

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Escuela de Estudios de Posgrado

**MAESTRÍA EN GESTIÓN PÚBLICA Y DESARROLLO
GUBERNAMENTAL**

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

Riesgo económico de los Contratos de Obra Pública en la
Argentina: la ruptura de la ecuación económica
financiera (2015-2019)

AUTOR: SEGUIN, MARIA FLORENCIA

DIRECTOR: LICO, MIGUEL AGUSTÍN

[AGOSTO 2020]

Resumen

Este trabajo tiene como finalidad investigar la recomposición económica-financiera de los contratos de obra pública en la Argentina, durante periodo Diciembre 2015- Diciembre 2019. El mecanismo para restablecer el equilibrio económico financiero en épocas inflacionarias y de devaluación, es la Redeterminación de Precios. Sin embargo, si hay situaciones absolutamente excepcionales, anormales, extraordinarias, se dispara la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

El objetivo de este trabajo es analizar en qué medida el régimen actual de redeterminación de precios de los contratos de obra pública, Decreto 691/2016, logra mantener el equilibrio económico financiero.

El análisis de este tema resulta relevante ya que obra pública tiene un efecto sustantivo, dinamizador e impulsor de la actividad económica nacional y permite satisfacer el interés de la comunidad y mejorar la calidad de vida de los argentinos.

Cuando no se mantiene la equivalencia de prestaciones del contrato de obra pública desde su origen hasta su finalización, se pone en riesgo su ejecución eficaz. Es decir existe el peligro de la disminución del ritmo de la obra o que la misma quede paralizada y en efecto, no se producirá la satisfacción del interés general.

Por lo mencionado, el problema de investigación planteado es significativo para la Argentina y la disciplina de estudio sobre la Gestión Pública y Desarrollo Gubernamental.

Para el marco teórico de este trabajo, se estudió, en profundidad, los aspectos relacionados con el problema desde una perspectiva sistémica y luego se realizó una integración de las dimensiones teóricas planteadas. La metodología utilizada es un estudio de enfoque mixto. En relación al tipo de diseño fue no experimental transversal.

El sistema de redeterminación de precios es un sistema automático de revisión de precios. Sin embargo, en algunas circunstancias extraordinarias el sistema de redeterminación de precios bien aplicado produce grandes distorsiones respecto a la realidad del mercado.

En el final del periodo bajo análisis, diciembre de 2019, la crisis en la económica en general y en la Obra Pública en particular, fue indudable. En ese sentido, y considerando el estudio realizado a lo largo de los diferentes capítulos, resulta importante resaltar que durante una crisis económica ningún régimen de redeterminación de precios logra mantener el equilibrio económico financiero contractual inicial, sino solo consigue, en alguna medida, mitigar los efectos de la inflación y conseguir que el desequilibrio no sea tan grande.

Luego de la investigación realizada, se puede afirmar que si existiera una inadaptación del sistema de redeterminación de precios a la realidad económica del contrato por alteraciones bruscas, extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes de la economía de gran magnitud, se hace necesario aplicar remedios jurídicos para volverlo al equilibrio. Como pueden ser la compensación vía teoría de la imprevisión o la recomposición integral del acuerdo, en el suceso de crisis contractual extrema. En ambos casos, considerando el criterio de sacrificio compartido.

Palabras clave: ecuación económica financiera, obra pública, Redeterminación de precios, teoría de la imprevisión, renegociación contractual. *Economic-financial equation; Public Works; price redetermination; theory of unforeseen contingencies/events; renegotiation of the contract.*

Índice

1. Introducción	7
2. Planteamiento del tema/problema.....	9
2.1 Formulación del Tema.....	9
2.2 Objetivos: General y específicos	9
2.3 Hipótesis.....	10
3. Marco teórico	11
3.1 Acerca del proceso de revisión de la literatura.....	12
3.2 La ruptura de la ecuación económica financiera de los contratos de Obra Pública.	13
3.2.1. Estado, Derecho Administrativo y Contrato Administrativo.....	13
3.2.1.1 Estado y Gobierno	13
3.2.1.2 Políticas públicas, programas y proyectos.	14
3.2.1.3 Derecho Común, Derecho Público y Derecho Administrativo	14
3.2.1.4 Contrato y Acto Administrativo.....	15
3.2.1.5 La formación del Contrato Administrativo. Procedimiento de Selección y su Ejecución	16
3.2.1.6 Principios de la contratación pública	18
3.2.2 La Obra pública y el Contrato de obra publica	21
3.2.2.1 Obra publica	21
3.2.2.2 Contrato de Obra Pública	22
3.2.3. Ecuación económica financiera:.....	27
3.2.3.1 Principio de intangibilidad de la remuneración	29
3.2.3.2 Modificaciones en los elementos de la ecuación económica financiera.	30
3.2.3.3 El precio en el contrato de Obra Pública.....	31
3.2.4 El Riesgo de los Contratos de Obra Pública.....	34
3.2.4.1 Distribución de Riesgos y Responsabilidades entre las partes.....	34
3.2.4.2 El riesgo propio del contrato de obra.....	37
3.2.4.3 Riesgo y ventura, riesgo empresario y sacrificio compartido vs intangibilidad de remuneración del contratista.....	38
3.2.4.4 Riesgo económico de los contratos de obra pública.....	40
3.2.4.5 El riesgo económico y sus remedios.....	43
3.2.4.6 Teoría de Imprevisión.....	46

3.2.4.7 Obras paralizadas, Gastos Improductivos y Renegociación de Contratos:	48
3.3 Integración de conceptos	49
4. Metodología y técnicas a utilizar.....	51
5. Hallazgos/ Desarrollo.	53
5.1 Instituto actual de Redeterminación de Precios- decreto N°691-2016	53
5.1.1 Similitudes y Diferencias del Decreto 691/2016 respecto al anterior Régimen de Redeterminación Decreto N° 1295- 2002.	54
5.1.1.1 Consideraciones Generales.	55
5.1.2 Procedimiento de Redeterminaciones definitivas y adecuaciones provisorias, Decreto 691/2016,	74
5.1.2.1 Procedimiento de adecuación provisoria de precios	75
5.1.2.2 Redeterminación Definitiva de Precios.	78
5.1.3 Conclusiones del apartado.	82
5.2 Antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.....	83
5.2.1 La ley N° 12910 y decretos complementarios y modificatorios.	85
5.2.2 El sistema de convertibilidad normado por la Ley N°23928 y el dictado de normas específicas, especialmente los decretos N° 1312/93 y N 1369/01.	94
5.2.3 El régimen de la emergencia económica y la reforma del sistema monetario y cambiario instituido por la ley N° 25561.....	98
5.2.4 Conclusiones del apartado.	103
5.3 Teoría de Imprevisión en la recomposición del equilibrio contractual de la obra pública	104
5.3.1 Teoría de Imprevisión.....	104
5.3.1.1 Teoría de la Imprevisión en el Ámbito Público.....	104
5.3.1.2 Diferencia de Teoría de Imprevisión con el Régimen de Redeterminación de Precios.	106
5.3.1.3 Equilibrio económico financiero Originario	108
5.3.1.4 Riesgo Económico.....	108
5.3.1.5 Principio de Equilibrio Económico Financiero	110
5.3.1.6 Teoría de la Imprevisión desde la Doctrina	111
5.3.1.7 Teoría de la Imprevisión desde la Jurisprudencia	120
5.3.1.8 Teoría de la Imprevisión desde la Legislación	138
5.3.1.9 Teoría de la Imprevisión desde la Práctica	145
5.3.2 Aplicación complementaria de Teoría de Imprevisión.....	146
5.3.2.1 Algunas causas que habilitarían el procedimiento.....	149
5.3.2.2 Inflación y Devaluación en la Argentina.	152

5.3.2.3 El costo financiero en las Redeterminaciones Precios.....	153
5.3.2.4 Limite a la obligación de cumplimiento del contratista.....	155
5.3.3 Caso Argentino	156
5.3.3.1 La emergencia y las crisis económicas en argentinas.....	156
5.3.3.2 Las crisis de los contratos y la renegociación.....	159
5.3.3.3 Renegociación de contratos de Obra Publica	164
5.3.3.4 Situación económica del periodo bajo análisis. (Diciembre 2015 a Diciembre2019). 168	
5.3.3.5 Hechos posteriores al periodo bajo análisis. El impacto del coronavirus en Sector de la Construcción.....	180
5.3.4 Conclusiones del apartado.....	181
5.4 Propuestas de Mejoras al Régimen Actual de Redeterminacion de Precios.....	183
5.4.1 Diagnostico de la situación actual respecto a la aplicación del Régimen de Redeterminación de Precios vigente.....	186
5.4.1.1 Problemas Prácticos desde el punto de vista de los contratistas.....	187
5.4.1.2 Problemas Prácticos desde el punto de vista de las Comisiones de Redeterminación.....	193
5.4.1.3 Debilidades y Problemas Prácticos del régimen actual desde el punto de vista de expertos en obra pública.....	195
5.4.2 Propuestas de Mejoras al sistema actual de redeterminacion de precios	196
5.4.2.1 Propuestas de Mejoras considerando los principales problemas prácticos	196
5.4.2.2 Propuestas de Mejoras desde la CAMARCO	204
5.4.2.3 Propuestas de Mejoras desde la Administración	205
5.4.3 Sistema Contratar.....	206
5.4.3.1 Beneficios del Sistema Contratar para el proceso de Redeterminación de Precios ...	207
5.4.3.2 Criticas al Sistema Contratar para el proceso de Redeterminación de Precios	207
5.4.4 Conclusiones del apartado.....	208
6. Conclusiones/ Reflexiones Finales	209
7. Referencias bibliográficas.....	214
8. Anexos	224

1. Introducción

En este trabajo se analiza el riesgo económico de los Contratos de Obra Pública asociados a la ruptura de su ecuación económica financiera en la Argentina durante el periodo diciembre 2015- diciembre 2019.

En nuestros días, estas cuestiones cobran especial relevancia, ya que en condiciones de alta inflación, como se dio en los últimos 4 años¹ y de fuerte devaluación² se potencia la necesidad de analizar los mecanismos de recomposición del precio de los contratos de obra pública, ya que dichos mecanismos se encaminan a restablecer la ecuación económica y financiera a favor del contratista.

Los desequilibrios causados por factores económicos han sido abordado por distintos instrumentos legales: la redeterminación de precios, los mayores costos y en situaciones graves y extraordinarias la teoría de la imprevisión o la recomposición contractual.

El instituto de redeterminación de precios, está regido en la actualidad por el decreto N°691/2016. La redeterminación de precios tiene por objeto mantener el valor de las prestaciones a lo largo del tiempo, en contextos donde los costos varían.

El estudio de este tema resulta relevante ya que Obra Pública tiene un efecto sustantivo, dinamizador e impulsor de la actividad económica nacional. El objetivo central de la Obra Pública es proporcionar un bien a la comunidad, a través de obras de transporte, energía, infraestructura, así como la construcción de edificios públicos, como escuelas, hospitales, oficinas, etc. La importancia de este tema radica en que por medio de la obra pública, se busca satisfacer el interés de la comunidad y mejorar la calidad de vida de los argentinos.

Además de esto, contribuye a fortalecer a la industria nacional en sus procesos de producción, distribución y comercialización, haciéndola más productiva y competitiva, al crear rutas, puertos, aeropuertos y telecomunicaciones para el transporte de mercaderías, personas e información.

¹ Según datos del INDEC- Índice de Costo a la Construcción: mes base octubre 2015 a Diciembre del 2019 se incrementó el costo de la mano de obra 253,33% y los materiales 304, 86%.

² Según datos estadísticos del Banco Central desde octubre del 2015 a diciembre del 2019 la moneda se devaluó un 559,69%.

La obra pública representa aproximadamente el 25³% del sector de la construcción. La industria de la construcción genera aproximadamente 451.583⁴ puestos de trabajo en la Argentina generando un efecto multiplicador y fortaleciendo el consumo interno.

Por otro lado, la gestión adecuada de la obra pública desempeña un papel central en el fomento de la eficiencia del sector público, dada la envergadura de los recursos públicos afectados, “que representan entre un 13 % y un 20% del PBI en promedio⁵”.

Por todo lo mencionado, el problema de investigación planteado es significativo para el país y la disciplina de estudio referida a la Gestión Pública y Desarrollo Gubernamental.

El objetivo de este informe es analizar en qué medida el régimen actual de redeterminación de precios de los contratos de obra pública logró mantener el equilibrio económico financiero de los mismos, durante el periodo Diciembre 2015 a Diciembre 2019.

Para este análisis se parte del marco teórico donde en principio, se trató en profundidad los aspectos relacionados con el problema considerando las posturas de los principales referentes de la doctrina administrativa desde una perspectiva sistémica y luego se realizó una integración de las dimensiones teóricas planteadas.

El trabajo se ha estructurado considerando los siguientes ejes temáticos. En primer lugar, se aborda los principales conceptos del instituto actual de Redeterminación de Precios, Decreto N°691-2016 y se determina las similitudes y diferencias respecto al anterior régimen, Decreto N° 1295- 2002 ;más adelante se describe los antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de Obra Pública ; para luego analizar el instituto excepcional que sirve para la recomposición del equilibrio contractual de la Obra Pública, la Teoría de la Imprevisión y antes crisis extremas la Renegociación contractual.

Finalmente, se reflexiona y realiza recomendaciones al mecanismo actual de redeterminación de precios en función de lo analizado y teniendo en cuenta las perspectivas de futuro.

³ Según dato brindado por la CAMARCO (Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 2)

⁴ Según datos de INDEC. Dirección Nacional de Cuentas Nacionales a mayo 2018.

⁵ Según estimaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)” (P.E.N P. E., 2018, pág. 1),

2. Planteamiento del tema/problema

2.1 Formulación del Tema

En este trabajo se propuso investigar la recomposición económica-financiera de los Contratos de Obra Pública en nuestro país, en el periodo Diciembre 2015- Diciembre 2019. El mecanismo vigente para restablecer el equilibrio económico financiero en épocas inflacionarias es la Redeterminación de precios. Sin embargo, si hay situaciones absolutamente excepcionales, anormales, extraordinarias, se dispara la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

El presente informe parte de la siguiente pregunta de investigación ¿En qué medida el régimen actual de redeterminación de precios de los contratos de obra pública logra mantener el equilibrio económico financiero?

A fin de desarrollar esta investigación se formularon las siguientes preguntas problematizantes:

1. ¿Cuáles son las características más relevantes del instituto actual de revisión de precios del Contrato de Obra Pública, Decreto 691/2016 y qué diferencias y similitudes tiene con el anterior Régimen de Redeterminación de precios- Decreto 1295/ 2002?
2. ¿Cómo fue evolucionando la normativa y los mecanismos para reconocer las variaciones de costos de los contratos de obra pública?
3. ¿Cuál es el mecanismo excepcional para la recomposición del equilibrio contractual?

2.2 Objetivos: General y específicos

El objetivo general de esta tesis consiste en analizar en qué medida el régimen actual de redeterminación de precios de los Contratos de Obra Pública logra mantener el equilibrio económico financiero de los mismos, considerando como periodo de análisis desde diciembre del 2015 hasta diciembre de 2019.

El periodo de análisis, comienza en Octubre 2015-Diciembre 2015 ya que fue el momento que se rompieron las series históricas⁶ de los principales índices que mide el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) por efecto de la emergencia estadística.

Dicho estudio se realizó considerándose los contratos de obra pública regidos por la ley N°13094, Ley Nacional de Obras Públicas(LOP), es decir no está bajo el objeto de esta investigación las obras públicas realizadas en jurisdicción provincial y municipal .

En sintonía con el objetivo general del trabajo, se establecieron los siguientes objetivos específicos:

- 1- Describir y Analizar los principales conceptos del instituto actual de Redeterminación de Precios- Decreto N°691-2016 y determinar las similitudes y diferencias respecto al anterior régimen Decreto N° 1295- 2002.

El análisis y la identificación de similitudes y diferencias entre el régimen actual y el anterior, sirve para formular recomendaciones y líneas de investigación futuras.

- 2- Describir y comparar los antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.

La observación, interpretación y sistematización de la normativa, facilita la caracterización de rasgos comunes, identificación de organismos públicos intervinientes y la comparación entre periodos.

- 3- Analizar el mecanismo excepcional, la Teoría de Imprevisión, que sirve para la recomposición del equilibrio contractual de la obra pública y en casos de crisis extrema la Renegociación Contractual.

- 4- Realizar recomendaciones al mecanismo actual de redeterminación de precios en función de lo analizado y teniendo en cuenta las perspectivas de futuro.

2.3 Hipótesis

De acuerdo con Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio:

En los estudios cualitativos las hipótesis difieren de las que suelen exponerse en investigaciones de tipo cuantitativo en diversos aspectos. Entre estos últimos, afirman que en los estudios cualitativos las

⁶ Este tema fue desarrollado con mayor profundidad en el apartado 5.3.3.4 Situación económica del periodo bajo análisis. (Diciembre 2015 a Diciembre 2019).

hipótesis se afinan a través del proceso investigativo o bien son el producto o resultado del estudio. (2010, pág. 370)

Conforme a lo anterior, las hipótesis que guiaron la presente investigación fueron las siguientes:

-En contextos económicos complejos, de alta inflación y fuerte devaluación el instituto de redeterminación de precios no permite restablecer el equilibrio económico financiero en los contratos de obra pública.

-El actual régimen de redeterminación de precios, decreto N°691/2016, tiene cambios respecto al régimen anterior, decreto N°1295/2012, que lo hacen más beneficioso para el contratista. Sin embargo, quedaron aun puntos sin resolver en el sistema vigente.

-Existen avances y retrocesos en los mecanismos de restablecimiento de la ecuación económica financiero de los contratos de obra pública, desde la primera normativa argentina, la ley N°12910 de 1947, hasta la actualidad, el decreto N°691 de 2016. Los cambios de normativa sobre variación de precios se dieron siempre como respuesta ante contextos de grandes crisis económicas y ante la paralización de gran cantidad de obras públicas.

-La teoría de la imprevisión permite tratar la excesiva onerosidad sobreviniente por circunstancias extraordinarias que no pudieran ser previstas y que modifiquen sustancialmente la ecuación económica financiera de los contratos de obra pública.

3. Marco teórico

De acuerdo con las ideas de Fassio y Pascual:

Para la elaboración del marco teórico el primer paso es la revisión exhaustiva de la literatura sobre el problema que nos preocupa, es decir la revisión del estado del arte y en segundo lugar la adopción de una teoría y el desarrollo de una perspectiva teórica.

(2015)

“El Desarrollo de la perspectiva teórica implica sustentar teóricamente el estudio, una vez que ya se ha planteado el problema de investigación.” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 52)

Es importante aclarar que marco teórico no es igual a teoría, por ende no todos los estudios que incluyen un marco teórico tienen que fundamentarse en una teoría.

Construir un buen marco teórico no solo se trata de reunir información sino relacionarla. Vincular lógicamente y coherentemente los conceptos y posiciones existentes, como así también interpretarlos. Por eso, es necesario precisar la perspectiva del investigador.

Conforme al tipo de investigación desarrollada, en el presente capítulo se brindará una exposición respecto a la forma en que se llevó a cabo el proceso de revisión de literatura (apartado 3.1), para luego presentar los conceptos y variables que contribuyen a explicar el problema de investigación desde una perspectiva sistémica, (apartado 3.2.).

Finalmente, se presentará en el último apartado una integración de las dimensiones teóricas planteadas (apartado 3.3.).

3.1 Acerca del proceso de revisión de la literatura

Según Sampieri “La Revisión de la literatura consiste en detectar, consultar y obtener la bibliografía y otros materiales útiles para los propósitos del estudio, de los cuales se extrae y recopila información relevante y necesaria para el problema de investigación.” (Metodología de la Investigación, 2010, pág. 53)

Para realizar la revisión de la literatura, se buscó en libros y revistas físicas y virtuales y en tesis y ponencias vinculadas a la temática.

A fin de iniciar dicha revisión, se consultó a expertos en el tema para que orienten la investigación y se buscó en internet fuentes primarias en centros o sistemas de información y en bases de referencias y datos.

Para ello, se eligió palabras claves, descriptores o términos de búsqueda, los cuales son distintivos del problema de estudio. Como palabras claves se seleccionó, obra pública, ecuación económica financiera, redeterminación de precios, mayores costos, teoría de la imprevisión, y renegociación, entre otros.

Para separar la información de nuestro interés, en el caso de los libros se revisó los índices y en el caso de los artículos de revistas y demás trabajos de investigación se leyó los resúmenes y palabras claves.

De la revisión de la literatura se observa que si bien existe mucha literatura que habla sobre la ruptura ecuación económica financiera en los contratos de obra pública y/o sobre la teoría de la imprevisión, no existe autores que hayan sistematizado esa información en una teoría y lo vinculen con el periodo bajo análisis y el contexto actual.

Con el propósito de organizar la construcción del marco teórico, se comenzó armando un mapeo de los conceptos y confeccionando un índice tentativo.

3.2 La ruptura de la ecuación económica financiera de los contratos de Obra Pública.

Se contempló la construcción de un marco teórico que transite desde lo general a lo particular con la finalidad de resaltar los rasgos sistémicos del tema y problema de investigación, con un énfasis exclusivo sobre, los conceptos, el proceso, las normas que lo regulan y las organizaciones que allí intervienen.

Para construir este marco teórico, se trató de analizar en profundidad solamente los aspectos relacionados con el problema, y vincular de manera lógica y coherente los conceptos y las proposiciones existentes en estudios anteriores.

3.2.1. Estado, Derecho Administrativo y Contrato Administrativo.

3.2.1.1 Estado y Gobierno

Estado:

Según O'Donnell puede definirse al Estado como:

Un conjunto de instituciones y de relaciones sociales, la mayor parte de ellas sancionadas y respaldadas por el sistema legal de ese Estado, que normalmente penetra y controla el territorio y los habitantes que ese conjunto pretende delimitar geográficamente. Esas instituciones tienen como último recurso para efectivizar las decisiones que toman, la pretensión de monopolizar la autorización legítima de los medios de coerción física, y además pretenden ejercer supremacía en el control de dichos medios, que algunas agencias especializadas del mismo Estado normalmente ejercen sobre aquel territorio. (Algunas Reflexiones acerca de la Democracia, el Estado y sus múltiples caras., 2008, pág. 7)

Si bien, existen múltiples concepciones del Estado, todas las cuales coinciden al menos en un punto: el mismo debe detentar el monopolio del ejercicio de la violencia legítima en territorio determinado. Esta coincidencia en cuanto que el monopolio de la coerción legítima corresponde

al aparato estatal, deja traslucir lo que es una de las funciones principales del mismo, y por ende habla de lo que es su naturaleza.

Gobierno:

El Gobierno es, normalmente, la autoridad que dirige, controla y administra las instituciones del Estado. “Es la conducción política general o ejercicio del poder del Estado.” (Ministerio del Interior, pág. 7). El Gobierno de la República Argentina adopta constitucionalmente la forma de una democracia representativa, republicana y federal.

3.2.1.2 Políticas públicas, programas y proyectos.

Políticas Públicas:

Según Oslak las Políticas públicas son: “el conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores de la sociedad civil” (OSZLAK, 1981)

La política es el conjunto de programas y proyectos que se proponen los mismos objetivos. Muchas veces las políticas públicas se concretan con la realización de obras públicas que permiten resolver un problema o una necesidad insatisfecha de la comunidad. Es decir detrás de una política pública esta como fin último el bienestar general.

3.2.1.3 Derecho Común, Derecho Público y Derecho Administrativo

El Derecho Común y Derecho Público tienen finalidades y aplicaciones distintas. “En uno se persigue el interés individual y en el otro el interés público, efectuando una clara definición de este último en cuanto que el interés público es el de la comunidad.” (Aberastury, 2013, pág. 2)

El derecho administrativo regula todas las relaciones que vinculan a las personas con el Estado. No puede soslayarse que este instituto del derecho administrativo posee particularidades propias que ameritan su autonomía conceptual. Es decir, “existen reglas propias del derecho común que resultan aplicables al contrato administrativo, pero también existen otras que hacen a su régimen especial en razón de que su finalidad es alcanzar el interés general.” (Buteler, 2016)

Según Marienhoff:

El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas y las de las entidades administrativas con los administrados. (1965, pág. 82)

3.2.1.4 Contrato y Acto Administrativo

Acto Administrativo:

Es una cuestión de permanente actualidad en tanto el acto administrativo es uno de los modos fundamentales de expresión de la voluntad administrativa.

Se entiende por acto administrativo “toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros” (Camadira, 1996)

Contrato administrativo:

Según A. Buteler:

Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración, y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (2016, pág. 13).

Las cláusulas exorbitantes son aquellas “distintas o diferentes al régimen de derecho común y que insertas en el marco de un contrato de derecho privado posiblemente resultarían ilícitas, abusivas o al menos inusuales” (Rejtman Farah, 2013, pág. 136). Así se consideran cláusulas exorbitantes las facultades de modificar unilateralmente el contrato, la facultad de rescisión unilateral del mismo, de aplicar multas por sí y ante sí, entre otras.

Esa finalidad pública y no la competencia jurisdiccional, es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil o de los regidos parcialmente por el derecho civil.

En ese sentido Díez afirma “La administración debe promover el bienestar general y de allí surge, implícitamente, que, la ejecución de los contratos administrativos actué investida de sus prerrogativas” (1986, pág. 3).

Ibarzabal afirma que “La concepción del contrato administrativa adoptada por la Corte Suprema Nacional recoge, en esencia, la figura del *contrat administratif* francés⁷” (2017, pág. 3). Esto se debe a que recurre al criterio orgánico la presencia de la Administración junto con el material, las cláusulas exorbitantes y el finalista la persecución del fin público a fin de delinear el concepto.

3.2.1.5 La formación del Contrato Administrativo. Procedimiento de Selección y su Ejecución

Contratación y sus diversos procedimientos de selección.

Para encarar la contratación, la Administración Pública puede realizar diversos modelos de selección para escoger al oferente más idóneo para su ejecución, a saber: la licitación, el concurso público y la contratación directa, entre otros.

Licitación:

En la legislación argentina, la licitación pública es el procedimiento de principio⁸ para la contratación en la administración pública. Así lo establecen la ley de obras públicas 13.064⁹ y el reglamento de contrataciones del Estado.

Según el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Dec. 1030/2016, en su artículo 10:

El procedimiento de licitación pública se realizará cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos, mientras que el de concurso público cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico científica, artística u otras, según corresponda. (P.E.N P. E., 2016, pág. 3)

⁸ Sobre el punto ha dicho la Corte Suprema que el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración Pública obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios. (Cardiocrp, Fallos, 329: 5976, 2006.)

⁹ En el art N° 9 de la ley 13094 se establecen excepciones. Para realizar dicho procedimiento.

Según Buteler, la licitación es “un procedimiento administrativo mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente (2016, pág. 8). Desde este punto de vista, la regla viene impuesta por el art. art. 16 de la CN. La igualdad de los postulantes hace obligatorio el proceso licitatorio.

Principios de la Licitación Pública:

El procedimiento de licitación pública está regido por ciertos principios que resultan aplicables hasta su finalización e, incluso, durante la ejecución del contrato.

Es importante destacar, asimismo, que tales principios no resultan exclusivos de la licitación sino que también rigen en otros procedimientos de selección contractual. Los principios son: Juridicidad, Igualdad, Concurrencia, Publicidad y Transparencia- Anticorrupción.

Pliegos de condiciones:

“Los pliegos de la licitación constituyen el marco jurídico y técnico que da base a la licitación. Se trata de diversos instrumentos escritos, planillas, gráficos, planos, etc., que van a regular la licitación” (Buteler, 2016, pág. 11).

A partir de ello, los pliegos licitatorios deben ser considerados reglamentos que se erigen en la ley que regirá durante la selección del contratista y la posterior ejecución del contrato.

Etapas del proceso licitatorio:

La licitación está compuesta de diferentes etapas, integradas por actos, hechos y reglamentos administrativos, cada una de las cuales le da base a la siguiente. De forma general podríamos mencionar la asignación presupuestaria, elaboración de los pliegos, publicación de los pliegos, llamado a ofertar, presentación de la oferta, preselección, preadjudicación, adjudicación y firma del contrato.

En relación a la firma de contrato se puede aclarar que el contrato administrativo es esencialmente formal razón por la cual dependerá de su especie para saber bajo qué forma debe instrumentarse.

Generalmente, en los sistemas de obra pública se prevé la firma del contrato mediante la instrumentación de la escritura pública o contrata. En los contratos de suministro, con la

adjudicación se produce emisión de la respectiva orden de compra¹⁰. En esta etapa suele exigirse la integración de la garantía de cumplimiento de contrato

La ejecución de los contratos administrativos

Luego de la formación del contrato que puede darse mediante la firma del mismo o la emisión de la orden de compra, según corresponda, comienza la etapa de la ejecución que no es otra cosa que la puesta en marcha del vínculo.

Esa nueva situación trae consigo una relación en la que el contratista y la Administración Pública tienen obligaciones, derechos y deberes.

3.2.1.6 Principios de la contratación pública

Los principios del contrato administrativo son los de: mutabilidad, continuidad, *pacta sunt servanda*, buena fe, de no enriquecimiento sin causa y de mantenimiento de la ecuación económica financiera¹¹.

1. Mutabilidad

Una de las características propias de los contratos administrativos es su mutabilidad, “la que persigue, no sólo facilitar la ejecución del contrato, sino también alcanzar la provisión de los bienes o servicios requeridos que constituyen el objeto del mismo” (Rejtman Farah, 2013, pág. 169).

Según este principio, “el contrato administrativo, por estar orientado a la satisfacción del bien común, traduce un vínculo que es esencialmente variable, tanto en su extensión temporal, como en su aspecto material” (Buteler, 2016, pág. 17).

Posteriormente, cada regulación aplicable debe establecer los mínimos y los máximos en donde el uso de tal facultad es posible con la razonabilidad del caso.

¹⁰ El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en su artículo N° 20 del decreto 1023/2001, establece que: “los contratos se perfeccionan en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación” (P.E.N., 2001).

¹¹ Otro principio que sobresale en los contratos de obra pública es la equidad. “La equidad consiste en la capacidad de los jueces para resolver una cuestión de acuerdo con el fin perseguido por la ley, dejando a un lado, en algunos casos su expresión formal, cuando esta expresión conduce a un resultado anti funcional o injusto.” (Crivelli J. C., 2004, pág. 64)

Vinculado al principio de mutabilidad, “la Administración Pública cuenta con la prerrogativa del *ius variandi* que le permite, de manera unilateral, introducir modificaciones en el objeto contractual. Esa potestad incluye la posibilidad de rescindirlo” (Buteler, 2016, pág. 17).

El uso de esa potestad, como contrapartida genera el deber de adecuar los plazos contractuales y el restablecer el equilibrio en la ecuación económico financiera que gobierna el vínculo entre las partes. En tales casos, como correlato debe existir una reparación integral de la ecuación económica financiera del contratista.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Dec 1023/01, en su artículo 12 inciso a) y b) establece que la autoridad administrativa posee la facultad de modificar los contratos por razones de interés público.

Por su parte, la Ley de Obras Públicas N° 13.064, en su art. 38°, contempla la figura del *ius variandi* en cuanto “permite reducir o aumentar los trabajos contratados siendo obligatorios para el contratista. Ese límite no puede exceder el veinte por ciento de los precios unitarios fijados” (Congreso Nacional, Ley 13094- Ley de Obra Publica, 1947, pág. 6).

Sin embargo, en el mismo artículo de la ley mencionada, se fija que:

Si en el contrato de obras públicas celebrado, la administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones o errores a que se refieren los artículos 30 y 37 importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un 20 % del importe del mismo, la administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo. (Congreso Nacional, Ley 13094- Ley de Obra Publica, 1947, pág. 6)

2. Continuidad

El principio de continuidad implica que, como regla, el contratista debe continuar ejecutando el contrato pues en la prestación que debe llevar adelante está en juego el bien común.

3. Pacta sunt servanda

Según este principio, el marco jurídico del contrato es ley para las partes. Entonces, “como lo ha dicho la Corte Suprema, en ello el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado” (Buteler, 2016, pág. 15)

4. Buena fe

De acuerdo con este principio, tanto la Administración Pública como el contratista deben obrar de buena fe durante todo el término contractual. “Se trata de un principio cardinal que rige por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho público” (Buteler, 2016).

Los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, de lo que resulta que la Administración no debe actuar como si se tratase de un negocio lucrativo, ni intentar obtener ganancias ilegítimas a costa del contratado, ni aprovecharse de situaciones legales que la favorezcan en perjuicio del contratado. (Cassagne J. C., 2012, pág. 5)

5. Principio de no enriquecimiento sin causa

En el marco de la ejecución de un contrato administrativo la Administración Pública debe obtener el cumplimiento del objeto del contrato y la consiguiente satisfacción del bien común. “El contratista, por su lado, debe obtener la rentabilidad que se ha reconocido en el contrato. En virtud de ello, ninguna de las partes puede enriquecerse sin causa.” (Buteler, 2016, pág. 15)

6. Principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera

Este principio es de vital importancia en la contratación administrativa y es fundamental para analizar el problema investigado.

Este principio tiene un vínculo fundamental con el principio de continuidad. De forma como al contratista se le demanda seguir adelante con el objeto contractual, a la Administración Pública se le exige la obligación de mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera. Constituye un principio de la contratación administrativa que durante todo el tiempo que comprende la ejecución del contrato se mantenga la ecuación económico-financiera. “Ello, a los fines de mantener un equilibrio entre las obligaciones y los derechos del contratista a los fines de garantizar la igualdad de las cargas públicas.” (Buteler, 2016, pág. 15)

De no admitirse ese principio, se habilitaría “la violación de los principios de la justicia conmutativa haciendo recaer en el patrimonio del contratista un sacrificio especial sin resarcimiento alguno, lo que implica una confiscación en términos constitucionales” (Buteler, 2016, pág. 15) según lo establecido art. 17 de la Constitución Nacional.

Según Aberastury “La fundamentación del mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato administrativo presupone no sólo su existencia sino que el mismo se encuentra en marcha, es decir, en ejecución” (Aberastury, 2013, pág. 15).

Finalmente, se aclara que según el decreto 1023/2001 en su art 3°, los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán:

a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) Transparencia en los procedimientos d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. (P.E.N., 2001)

3.2.2 La Obra pública y el Contrato de obra publica

3.2.2.1 Obra publica

La obra pública es “la cosa mueble e inmueble construida para utilidad o comodidad común que pertenece a una entidad estatal” (Gordillo, Obra Publica y Contrato de Obra Publica, 2014, pág. 50).

Según Gordillo, los elementos de la noción de obra pública son cuatro: “1) se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza, 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general” (2014, pág. 50).

Estamos dentro del concepto legal de obra pública acuñado por la Ley de Obra Pública N°13094 (LOP), si el Estado nacional, actuando por sí o por delegación, realiza inversión en construcciones, trabajos o servicios de industria que se costean con cargo a las rentas de la Nación. El Artículo 1° de la ley 13094 establece que se considera obra pública nacional:

Toda construcción o trabajo o servicio de industria¹² que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las

¹² Los conceptos de "construcción", "trabajo" o "servicio de industria" fueron identificados mediante una enumeración no taxativa en el dec. 19.324/1949. en su art. 1°, a saber: Construcciones: obras viales, portuenses, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas y telegráficas, aeródromos, monumentos, perforaciones, replanteos, plantaciones, etc. y todo trabajo principal o suplementario inherente a la materia; Trabajos: obras de ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y dragado,

construcciones militares, que se registrarán por la ley 12.737 y su reglamentación y mente por las disposiciones de la presente. (Congreso Nacional, Ley 13094- Ley de Obra Publica, 1947, pág. 1)

Esta definición legal comprende dos elementos: i) el resultado de un trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre y ii) el origen del financiamiento con el que se afronta su costo.

En relación al primer elemento, la mayoría de la doctrina considera que:

El criterio general que la obra pública es una creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana consistente en la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles incluyendo además a los bienes inmateriales. (Druetta R. T., 2013, pág. 2)

Por otra parte, en cuanto al segundo elemento, es de destacar que la financiación proviene de fondos del Tesoro de la Nación.

Esto presume la actuación de un comitente pertenezca éste a la Administración Nacional centralizada o descentralizada, y siempre que no exista una ley especial que los excluya, u otros entes ajenos a ella, actuando estos últimos por cuenta y orden del Estado nacional. (Druetta R. T., 2013, pág. 3)

Desde el punto de vista de la administración financiera “el concepto de fondos del Tesoro de la Nación ha sido interpretado con un criterio amplio, con el fin de delimitar el alcance material de la definición legal de obra pública.” (Druetta R. T., 2013, pág. 3)

3.2.2.2 Contrato de Obra Pública

El contrato de obra pública es una especie dentro de los contratos administrativos.

Según afirma Druetta habrá contrato de obra pública:

Cuando el Estado nacional, por sí o actuando a través de entes delegados públicos o privados encomienda a un tercero, contratista, ejecutar una obra, sea ésta inmobiliaria, mobiliaria o inmaterial, quien asume la obligación principal de resultado de realizarla y organizar los

balizamiento y relevamiento, etcétera y Servicio de industria: organización e instalación de servicios industriales (v.gr: talleres, fábricas, usinas, etcétera). (Druetta R. T., 2013, pág. 2)

factores de producción, con miras a satisfacer una finalidad de interés público, inmediata o mediata, a cambio del pago de un precio cierto, en dinero, determinado o determinable, con afectación de fondos del Tesoro Nacional. (Druetta R. T., 2013, pág. 5)

Los elementos básicos del contrato de obra son tres: 1) una obra determinada o determinable, 2) un precio determinado o determinable y 3) un plazo determinado o determinable.

Características del contrato de Obra Pública

Según Druetta, el contrato de obra pública es:

- a) bilateral o sinalagmático: por la existencia de obligaciones recíprocas. En lo esencial, la ejecución en término de la obra encomendada a cargo del contratista y la cancelación oportuna del precio de la locación de obra, por el comitente;
- b) oneroso: la gratuidad es ajena al contrato de locación de obra;
- c) conmutativo: los derechos y obligaciones de ambas partes son ciertos y determinados o determinables desde la celebración del contrato, no estando sujetos al acaecimiento de acontecimientos futuros e inciertos. El equivalente económico de las prestaciones prima en la relación jurídica sustancial.;
- d) administrativo: por expresa calificación de la Ley de Obra Pública (LOP), art. 21, y por estar sometido a un régimen exorbitante del derecho privado;¹³,
- e) formal: se perfecciona con la suscripción del instrumento respectivo, arts. 21 y 24 de la LOP. Este carácter abarca también el procedimiento de formación del contrato;
- f) de colaboración, por cuanto el cumplimiento de la prestación esencial, ejecución del opus, se encuentra a cargo del contratista;
- g) en sustancia, es una locación de obra en tanto el compromiso asumido por el contratista comporta una obligación de alcanzar un resultado material o inmaterial y el del comitente a pagar un precio cierto determinado o determinable;
- h) tracto sucesivo o ejecución diferida: no se verifica el cumplimiento instantáneo de la prestación a cargo del contratista, sino que la concreción del opus se difiere en el tiempo; y
- i) esencialmente de buena fe: el contrato de obra pública debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. (2013, pág. 6)

El contrato de obra es un contrato bilateral y conmutativo. Esto significa que dos partes, el comitente y el contratista, tienen que cumplir obligaciones recíprocas y determinadas, que

¹³ Una de cuyas expresiones de mayor relevancia es la potestad variandi que en el caso del contrato de obra pública no deriva del pacto sino de su reconocimiento expreso en la LOP, arts. 30 y 38;

mantienen cierto equilibrio obligacional. También se lo puede clasificar como un contrato nominado típico y de colaboración.

Distintas clasificaciones del contrato de obra:

- 1- Según la modalidad en que se percibe el precio, el contrato de obra puede ser directo o por concesión. En el primer caso, “el precio se percibe del comitente como contraprestación de la ejecución de la obra. En el segundo caso, el precio se percibe de los usuarios, como contraprestación de la obra ejecutada y financiada por el propio concesionario” (Crivelli J. C., 2004, pág. 48)”
- 2- Según la modalidad en la que se establece el precio, con mayor o menor determinación, los sistemas de contratación se pueden clasificar conforme el art N°5 la ley N°13064: de ajuste alzado, de unidad de medida o de costes y costas.

El grado de determinación de la obra contratada influye normalmente en la modalidad de contratación y depende del grado de desarrollo del proyecto.

El contrato de ajuste alzado, se realiza cuando:

Existe una determinación completa de la obra a realizar, tanto desde el punto de vista de necesidades del comitente como de la influencia de la naturaleza, puede desarrollarse un proyecto completo y terminado, que permite la realización de un contrato donde la obra está totalmente determinada y el precio también está determinado. (Crivelli J. C., 2004, pág. 51)

En el ajuste alzado, se conviene un precio global previo e invariable para la realización integral de la obra. Por otro lado, la doctrina distingue dentro de esta modalidad, el ajuste alzado relativo y el ajuste alzado absoluto.

El ajuste alzado absoluto implica que “la obra se ejecuta a cambio de una suma de dinero que no puede cambiarse por ninguna causa” (Crivelli J. C., 2004, pág. 52). En la actualidad esta modalidad es meramente teórica y no tiene aplicación práctica.

El ajuste alzado relativo implica que la obra se ejecuta a cambio de una suma de dinero que no puede cambiarse, salvo que existan variaciones de precio de los insumos.

Por otro lado, el contrato de unidad de medidas se adopta “en los casos de obras en lo que es posible determinar las tareas a ejecutar, ítem, pero es difícil o imposible determinar cantidades, pues esto exigiría análisis e investigaciones de la naturaleza” (Crivelli J. C., 2004, pág. 52).

El ejemplo típico de estas obras es el caso de obras de ingeniería a donde la medición de las cantidades se vuelve realmente compleja o imposible, puesto que exigiría estudios de suelo o estudios geológicos de una extensión y profundidad que son incompatibles con el costo razonable del proyecto, o son sencillamente imposibles.

En el contrato de la unidad de medida, no hay un precio¹⁴ sino que hay tantos precios como ítem, o sea, tantos precios como tareas típicas a ejecutar.

Por último, en el contrato de obra por coste y costas es frecuente cuando existe una gran indefinición en un proyecto de arquitectura o de ingeniería ya que:

En este caso, no solamente se desconocen las cantidades a realizar sino que existen, en el momento de ejecutar la obra, dudas sobre aspectos cualitativos del proyecto, o bien la obra, por las circunstancias que sea, debe ser ejecutada con un proyecto cualitativamente incompleto, que se irá completando a lo largo de la ejecución de la obra. (Crivelli J. C., 2004, pág. 53)

Esto quiere decir que no pueden definirse precios de los ítems a ejecutar, puesto que no existe el proyecto que permita cotizarlos. Este proyecto se irá desarrollando de acuerdo con la necesidad que impone la secuencia de construcción, con la suficiente antelación como para definir el precio de cada ítem antes del momento de ejecución.

En el contrato de obra por coste y costas el precio se determina a lo largo de la obra por medio de dos elementos: a) el coste que abarca todo el costo directo, los materiales, la mano de obra, las amortizaciones y todo el costo indirecto que son todos los gastos que se realizan y dependen de la obra y b) las costas que abarcan los gastos generales de estructura del contratista y su beneficio, expresadas como un porcentaje del coste.

En los contratos por costes y costas, al momento de firmar el contrato, no puede definirse un precio de la obra, solamente pueden definir lo que se llama costas.

En consecuencia, en la medida en que los materiales, la mano de obra y los costos indirectos se van pagando, se produce su ajuste automático, sin necesidad de mecanismos de recomposición de precios.

¹⁴ “Pero cabe consignar que en sí mismo cada precio, relacionado con la unidad que representa, metro cubico de suelo, metro cuadrado de pavimento, etc., tiene carácter invariable y solo puede cambiar por idénticas razones que para el caso del ajuste alzado” (Crivelli J. C., 2004, pág. 53).

En conclusión, en el caso de los contratos directos, ajuste alzado y unidad de medida, los sistemas de variaciones de precios deben aplicarse a la contratación, pero no son necesarios en el sistema de coste y costas, puesto que por la índole de la contratación el ajuste se produce automáticamente.

Régimen Jurídico del Contrato de Obra Pública:

En la esfera nacional este contrato está regulado de manera especial e integral por la ley N°13064 (LOP) y sus disposiciones reglamentarias y complementarias.

En los aspectos generales este régimen se integra además con las disposiciones pertinentes del Dec. 1023/2001. Por cuanto su art. 4° inc. b) dispone que entre los contratos sujetos al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional se encuentra el de obra pública y, en particular, su art. 35° prevé la aplicación de las disposiciones del título I de dicho régimen, disposiciones comunes, a los contratos de obras públicas regulados por la LOP, en tanto no se opongan a sus prescripciones.

En el supuesto de conflicto entre ambas normas, las disposiciones y principios especiales de la LOP tienen prevalencia sobre el régimen general del Dec. 1023/2001. Si no se configura tal colisión, se impone una interpretación armónica de ambos preceptos.

El Objeto del Contrato de Obra Pública:

El objeto del contrato de obra pública, por definición expresado en el art. 1° del Dec. 19.324/1949, decreto reglamentario a la Ley de Obra Pública, recae sobre bienes inmuebles, comprendidos también aquellos por accesión, muebles¹⁵ e, incluso, objetos inmateriales ajenos al concepto de obra física¹⁶, supuesto este expresamente previsto por el art. 4° de la LOP que involucra una locación de obra intelectual de objeto incorporal.

La LOP alude también en su art. 1° a los servicios de industria, que son definidos por el art. 1°, último párrafo, del Dec. 19.324 como organización e instalación de servicios industriales. En el art. 2° de este decreto se extiende el concepto de obra pública a "...las adquisiciones de materiales, maquinarias, mobiliario y elementos destinados a las construcciones, trabajos y

¹⁵ Por ejemplo: esculturas, maquinarias de especial construcción y características, embarcaciones, etc.)

¹⁶ Por ejemplo: proyectos constructivos y planos

servicios de industria... ()...hasta su habilitación integral" (P.E.N P. E., Decreto 19324, 1949), obra pública por accesoria.

3.2.3. Ecuación económica financiera:

Se ha definido a la ecuación económico financiera del contrato como:

Una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato (...), entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia igualdad); esta última no puede ser alterada. (Marienhoff, 1998, pág. 452)

En esa misma línea de pensamiento Cassagene define a la ecuación económico-financiera como “la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquéllos le corresponderá” (2012, pág. 129) .

La ecuación económica financiera expresa el equilibrio económico financiero inicial del contrato. Por tanto desde el punto de vista jurídico, “es un elemento del contrato que tiene la particularidad de ser una prestación común, esto es, que obliga y beneficia por igual a ambas partes contratantes. En cuanto a prestación común, tal equilibrio debe mantenerse intangible” (Barra R. C., 2012, pág. 374).

Entonces, puede afirmarse que en el momento de conformarse el contrato, “se estructura una relación cuantitativa y cualitativa entre la obra a construir, el precio y el plazo que conocemos como ecuación económica financiera” (Crivelli J. C., 2004, pág. 56).

Por ello, “la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se le otorgan a la contratista y lo que se le exige (...) deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas” (Cassagne J. C., 2005, pág. 129).

Por otro lado, el principio del equivalente económico representa una manifestación del régimen exorbitante en el marco de los contratos administrativos. De esta forma, el principio del equilibrio económico-financiero “es un fiel reflejo de la necesidad de mantener el equilibrio entre las prerrogativas públicas y las garantías del particular, régimen propio del derecho administrativo.”. (Ibarzabal, 2017, pág. 3)

La fundamentación del principio del equivalente económico en el contrato administrativo tiene base constitucional, como el art 16° de la Constitución Nacional, que prescribe la igualdad de cargas públicas y el art 17° que establece el principio de inviolabilidad de la propiedad privada. Asimismo, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser, en la exigencia de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública, como así también, se agrega la circunstancia de que el contratista público se transforma, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuyo fin superior tiende al bien común.

La justificación del principio del equilibrio financiero del contrato reposa “en razones inherentes a la justicia distributiva vinculadas a la igualdad, proporcionalmente comparativa, que se da entre las propuestas de los diferentes oferentes que concurren al procedimiento de selección contractual” (Cassagne J. C., 2005, pág. 132).

El contrato de obra es conmutativo cuando la ventaja que cada una de las partes obtiene del contrato es susceptible de ser evaluada por ella en el momento de la conclusión del acto. A diferencia del contrato conmutativo, en el contrato aleatorio, al momento de perfeccionarse el acuerdo contractual queda incierta la ventaja que las partes obtendrán, porque ello depende de un acontecimiento incierto.

Por lo tanto, en los contratos de obra, “la adjudicación contractual, fija una realidad económica, objetiva al momento de la adjudicación” (Barra R. , 2011, pág. 549). El oferente debe presentar su oferta considerando valores objetivos, de un momento dado del proceso de selección.

Si las condiciones a raíz de las cuales la obra fue adjudicada a ese determinado administrado se alteran, se quebrará también la relación de justicia distributiva ya que:

La oferta del administrado que resultó contratista perderá la relación proporcional que tenía originalmente con sus competidores concretos al momento de la adjudicación y también perderá la relación de la virtualidad con el resto de la comunidad ya que la obra tendrá una mayor riqueza incorporada con relación a la inversión exigida (Barra R. , Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1134)

En otros términos, el contratista al celebrar el contrato con la Administración pública, lo hace el fin de obtener un beneficio.

Cuando ese beneficio , sea por causas imputables a la Administración Pública o por causas no imputables a esta, sobrevinientes e imprevisibles en el momento de contratar , sufra el

menoscabo, el cocontratante tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean atenuado. (Bezzi, 1982, pág. 204)

En conclusión, el equilibrio obligacional pactado entre las partes es la esencia del contrato de obra y debe ser mantenido tal como fue pactado, más allá de las alteraciones de la economía en general y/ o de situaciones no previstas que influyan en el contrato. Si ese equilibrio no es mantenido, se pone en riesgo la continuidad y ejecución eficaz del contrato.

3.2.3.1 Principio de intangibilidad de la remuneración

Vinculo al principio de conmutatividad mencionado en el apartado anterior, la remuneración del contratista pertenece en todo contrato a la justicia conmutativa, dado que el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra contratada.

“La remuneración es el valor resultante de aplicar el criterio de la igualdad proporcional y comparativa, definida en el acto de la adjudicación, que deberá mantenerse intangible durante toda la vida del contrato” (Barra R. , Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1142).

El Principio de intangibilidad de la remuneración consiste en asegurarle una remuneración fija al contratista, es decir debe permanecer intangible.

Por otra parte, que el contrato sea mutable, no puede afectar a aquel equilibrio comparativo del momento de la adjudicación que es la remuneración del mismo. Mutabilidad e intangibilidad son conceptos complementarios. En ese sentido Bezzi, afirma:

Las remuneraciones no podrán ser modificadas unilateralmente por la administración. La intangibilidad de los elementos contractuales de la remuneración se aplica tanto a las ventajas materiales como a las pecuniarias, se refiere tanto al pago del precio establecido con el contratista de obra o suministro, como al de subvenciones o garantías de intereses establecidas en provecho del concesionario, etc. (El Contrato de obra Publica , 1982, pág. 205)

En palabras de Barra, la intangibilidad de la remuneración del contrato es “la permanecía durante la ejecución del contrato y hasta el referido saldo final de la obra, de la igualdad proporcional comparativa producto del procedimiento licitatorio, con respecto a todo lo cual el precio es solo un dato básico de referencia.” (1984, pág. 1142)

En ese orden de ideas afirma Barra:

Lo realmente intangible , es entonces, aquella relación que estableció la administración en el momento de adjudicar , entre todas las ofertas presentadas y en su examen o consideración frente a las exigencias del pliego y las circunstancias exteriores, precios de mercado de los insumos, condiciones de terreno conocidas o supuestas, etc. , que objetivamente se tomaron en cuenta para otorgarle una base homogénea a aquella comparación de ofertas- (Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 893)

3.2.3.2 Modificaciones en los elementos de la ecuación económica financiera.

La ecuación económica financiera del contrato de obra implica un equilibrio obligacional, configurado por la obra, el precio y el plazo. Según Crivelli:

Esto quiere decir que cada contrato de obra expresa obligaciones recíprocas de las partes en torno a estos tres elementos que están íntimamente relacionados, hasta el punto que, si por cualquier motivo alguno de ellos cambia, provocara alteraciones en los restantes. (2004, pág. 56)

Lo cierto es que para fijar el precio de un contrato se evalúan naturalmente dos elementos esenciales, a saber: el objeto del contrato y su duración, en razón de que ambos impactan en la cuantificación económica. Para proteger el equilibrio contractual habrá que considerar su plazo de duración para asegurar el recupero de las inversiones realizadas.

Modificaciones de la obra:

Es evidente que una mayor o menor cantidad de obra, o bien una mayor o menor complejidad de la obra objeto del contrato, producirá inexorablemente un impacto en el precio y en el plazo. Se requerirá una modificación contractual que absorba esos impactos, manteniendo el equilibrio obligacional pactado en el origen.

Modificación del plazo:

El plazo previsto en el contrato tiene un contenido importantísimo en la ecuación obligacional pactada en el origen por las partes.

No todas las modificaciones de plazo generan gastos o un impacto en el precio. Sin embargo, algunas extensiones de plazo por causas no imputables a la contratista, producen aumentos de los costos llamados gastos improductivos que deben ser compensados con una modificación

contractual con el fin de mantener el equilibrio obligacional originario. Ver apartado que habla sobre gastos improductivos. **3.2.4.7**

Modificación del precio:

En la economía moderna no existe la quietud. Los precios de la economía varían, respondiendo a las alteraciones en el valor de la moneda, como ser la inflación o la devaluación, a la oferta y la demanda y a las innovaciones tecnológicas y normativas ya sea tributarias o previsionales que afectan esos precios.

A lo largo del plazo que dura la realización de una obra siempre se producen modificaciones en la economía, que están fuera del dominio de las partes y que alteran necesariamente el valor adquisitivo del precio expresado en el contrato.

A modo de conclusión, podemos decir que en un contrato de larga duración, como generalmente ocurre en los contratos de obra pública por la dimensión de la obra a construirse, el vínculo entre las partes es habitualmente prolongado. Según Aberastury:

En ese período temporal, los elementos que determinan el precio evolucionan en relación a la variación de la moneda, tomada como nomenclador común; cuanto más si la economía sufre bruscas alteraciones o los efectos permanentes de la inflación. Además, se pueden agregar los diversos factores externos que incidan sobre los elementos que tienen una directa incidencia en la contratación. (2013, pág. 7)

Estas alteraciones del precio de los insumos, impactan directamente en el precio del contrato, afectando la ecuación económica financiera. Estas variaciones deben ser subsanadas en todos los casos para mantener la ecuación del contrato, el equilibrio obligacional originario y su continuidad.

3.2.3.3 El precio en el contrato de Obra Pública

Como se indicó en apartados anteriores, el precio es un elemento esencial del contrato junto a la prestación (opus) y con el plazo. El precio, en el contrato de obra pública, es la contraprestación en dinero que paga el comitente de la obra a cambio de la ejecución y entrega de la misma.

El pago del precio convenido es la principal obligación de la Administración como contraprestación por la ejecución del trabajo y entrega de la obra terminada¹⁷.

El precio es entonces el valor básico del contrato, el punto de referencia objetivo y homogéneo que la Administración tomó en consideración a los efectos de realizar la comparación en el acto adjudicatario. “A su vez es el punto de referencia objetivo y homogéneo para mantener intangible la remuneración hasta que se efectuó el saldo final de la obra” (Barra R. , Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1142).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que, en “los contratos administrativos, la oferta más la cláusula de reajuste constituyen el precio del trabajo pactado, que representa para el contratista un derecho de carácter patrimonial protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional” (Aberastury, 2013, pág. 8).

Entonces el valor de la adjudicación sumado al régimen de reconocimiento de variación de costos, conforman la remuneración del contratista, la que debe mantenerse intangible por su calidad de derecho patrimonial protegido constitucionalmente.

En un contrato de obra pública siendo bilateral, conmutativo y oneroso, las partes tienen obligaciones determinadas o determinables fijadas desde el inicio del contrato.

En esa línea, Balbin establece que:

Es posible definir que el precio debe ser cierto, es decir ya se encuentra determinado al momento de la firma del acuerdo según la propuesta económica (...). Sin embargo, no significa que necesariamente deba ser fijo e inamovible ya que durante la realización de la obra pueden surgir distintas situaciones que modifiquen el precio original llamado comúnmente precio básico contractual. (2011, pág. 210)

Entonces, primeramente, ha de sostenerse que el precio del contrato es el formulado por el contratista al momento de la presentación de su oferta.

El precio es la contraprestación que recibirá el oferente en contraprestación de los trabajos o servicios que se liciten, y la importancia del análisis del mismo reside en el hecho de que, en el caso de ser adjudicatario, ingresará en el patrimonio del oferente como un derecho de propiedad. (Aberastury, 2013, pág. 8) .

¹⁷ Durante la ejecución de los trabajos, no hay para ninguna de las dos partes del contrato cumplimientos definitivos. Toda será provisional y a cuenta hasta la recepción definitiva de la obra y la realización de la liquidación final de la misma. Es decir todo lo hecho y todo lo pagado serán rectificables.

Como se refirió en párrafos anteriores, el contrato de obra pública se caracteriza por ser un contrato oneroso y conmutativo. El precio debe encontrarse determinado, en el momento que se celebra el acuerdo contractual.

Pero en realidad, lo determinado es solo el precio en su valor nominal, pero no en su valor real, el que dependerá de distintas alternativas que podrán producirse durante la ejecución de trabajos y será determinado recién en el momento de la confección del certificado final de cierre de cuentas. (Barra R. , 1984, pág. 876)

Es decir el verdadero precio, la expresión numérica definitiva de la remuneración del contratista a mantenerse intangible, será aquella que resulte de la certificación de los trabajos ejecutados sometidos a revisión de precios hasta la emisión de la certificación final.

En ese sentido, Aberastury afirma:

La cuantitativa como cualitativa, pero esta determinación no significa que el precio sea invariable pues la potestad de variación de la obra, en cuanto la administración puede ejercer la potestad del ius variandi, directamente recae sobre el precio en más o en menos, por lo que puede existir una mutabilidad del contrato. (Aberastury, 2013, pág. 5)

Entonces, se distinguen así dos conceptos: el del precio del contrato como medida de contraprestación a cargo del comitente, identificación nominal de la contraprestación debida al contratista y el de remuneración del contratista.

De esta forma el precio del contrato, el nominal, o básico contractual, cambiara para mantener intangible la remuneración comprometida. El precio es solo un dato referencial, un modo de expresar, en un momento dado, el valor comparativo de la prestación del administrado que resultó adjudicatario.

Componentes del precio:

Dado el alcance de este trabajo y en modo simple se puede afirmar que el precio de la obra está dado por el valor de la oferta que se conforma básicamente con el costo¹⁸ de los distintos ítems,

¹⁸ El costo es el producto de erogaciones realizadas en un lapso predeterminado para prestar un servicio o para elaborar y vender un producto, incluyendo la actividad a producir, ofrecer, distribuir, administrar y financiar (Aberastury, 2013, pág. 8)

en especial, el costo de la mano de obra, los materiales a emplear, los costos indirectos, los equipos, la amortización, los seguros, los impuestos, los gastos generales y el costo financiero más la utilidad o beneficio empresario.

Pueden distinguirse entre costos fijos y variables. Los costos variables aumentarán o disminuirán teniendo en cuenta la cantidad realizada. A diferencia, los costos fijos, son invariables, es decir, haya o no producción deberán ser cubiertos aunque la empresa no produzca pues ha asumido una serie de obligaciones, tales como alquileres, salarios, insumos esenciales, que deberán ser afrontados

Otros autores prefieren clasificar los costos de las obras en directos e indirectos. Los primeros son los que tienen incidencia con la ejecución de la obra, devengándose en proporción también directa en relación al avance de ejecución de los trabajos (mano de obra, combustible, etc.).

En cambio los gastos indirectos son aquellos que no guardan relación directa con la ejecución y el avance de la obra, debiendo soportarlos el contratista aunque la obra no se ejecute, o lo haga de modo más lento. Los gastos indirectos se clasifican en gastos indirectos de obra y gastos generales de empresa.

En relación al costo financiero, Balbin afirma que “es el valor de financiamiento de la obra y resulta básicamente de multiplicar el capital de trabajo por la tasa de interés vigente al momento de la oferta y por el tiempo necesario para la recuperación de ese capital” (2011, pág. 228).

3.2.4 El Riesgo de los Contratos de Obra Pública

3.2.4.1 Distribución de Riesgos y Responsabilidades entre las partes.

Según Druetta, “el contrato de obra pública tal como está entendido por la LOP se equilibra en un sistema legal de distribución de responsabilidades y asignación de riesgos entre las partes contratantes” (2013, pág. 14).

Este sistema tiene varias finalidades¹⁹, pero por el objetivo de este trabajo, se va a poner especial atención al propósito de preservación del equilibrio de las prestaciones mediante la aplicación de metodologías de ajuste aplicadas al precio básico del contrato.

¹⁹Las finalidades que pueden mencionarse son: i) impedir que se malogre el objeto del contrato por causas o factores coyunturales externos ajenos a la responsabilidad del contratista frustrándose el cumplimiento del interés público involucrado en la contratación; ii) la preservación de la capacidad de producción del contratista mediante

Riesgos y Responsabilidades asignadas al comitente

Las responsabilidades y riesgos que la LOP asigna al comitente son de diversa naturaleza, como ser:

1. Obtención del financiamiento. Contar con partida presupuestaria suficiente, crédito legal.
2. Responsabilidad del comitente por la autoría del proyecto y por la idoneidad de los estudios que le sirvieron de base para su confección. Esta responsabilidad se complementa con el deber de interpretación del proyecto que tiene el contratista.
3. Responsabilidad del comitente por la falta de entrega del lugar de emplazamiento de las obras.
4. Responsabilidad del comitente por pérdidas o averías sufridas por el contratista por culpa de los empleados de la Administración, actos propios de la Administración no previstos en los pliegos y acontecimientos de origen natural extraordinario²⁰.
5. Responsabilidad del comitente por los perjuicios sufridos por el contratista con motivo de la orden de suspensión de la ejecución de las obras²¹.
6. Asunción de las variaciones de costos derivadas de la aplicación del régimen reglamentario de estabilización del precio del contrato. Según Druetta:

El desfase temporal que existe entre la formulación de la oferta y el cumplimiento de la obligación de resultado que en el caso de la locación de obra pública no es instantáneo sino diferido en el tiempo, requiere necesariamente de la implementación de mecanismos que reflejen las oscilaciones reales del mercado y sirvan para adecuar el precio pactado en su origen

técnicas de asistencia del comitente ante eventos extraños a la conducta de aquél y en supuestos en los que no se verifica falta de diligencia o mala praxis del empresario; iii) la preservación del equilibrio de las prestaciones mediante la aplicación de metodologías de ajuste aplicadas al precio básico del contrato y iv) el incentivo a contratar con el Estado que supone el reconocimiento de una estructura legal de riesgos cuya asignación la LOP y sus disposiciones complementarias y reglamentarias traslada a la parte, comitente o contratista, que se encuentra en mejores condiciones de controlarlos, favoreciendo de esta manera la colaboración de quienes aspiran a contratar con la Administración. (Druetta R. T., 2013, pág. 14)

²⁰ Cuando la LOP en su art. 39 hace mención a los actos de la administración no previstos en los pliegos involucra tanto a conductas materiales, como a actos administrativos. Estos actos administrativos de alcance particular o general, imponen al contratista obligaciones o cargas adicionales no contempladas en el contrato, de los que se deriva una mayor dificultad en la ejecución de las obras o su encarecimiento, con la consiguiente distorsión del equilibrio de las prestaciones acordadas. Véase (Druetta R. T., 2013, pág. 19)

²¹ “El art. 34 de la LOP hace recaer sobre la Administración las consecuencias económicas que sufra el contratista, derivadas del cumplimiento de la orden de suspensión de la ejecución de los trabajos. Esta disposición se refiere a causales de suspensión ajenas al ámbito de responsabilidad del empresario”. (Druetta R. T., 2013, pág. 19)

en consonancia con dichas oscilaciones, de manera de mantener el equilibrio de las prestaciones.
(El Contrato de Obra Pública, 2013, pág. 20)

En la actualidad se encuentra vigente el decreto 691/2016. En su art. 1º, se instauró el Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional.

7. Reconocimiento de compensaciones por mora en el pago del precio o por falta de pago. Art. 48 de la LOP. Principio de regularidad en los pagos.

El derecho a la percepción de los intereses no está condicionado a la acreditación del obrar culposo de la Administración, ni a la demostración de la existencia de perjuicio alguno.

La obligación de cancelar los intereses es un imperativo legal basado en un criterio de responsabilidad objetiva. Al tratarse de una mora legal automática que no requiere interpelación alguna, los intereses se devengan desde la fecha que, según contrato, deben hacerse los pagos.
(Druetta R. T., 2013, pág. 22) .

Riesgos y Responsabilidades asignadas al contratista

La LOP asigna al contratista diversos riesgos circunscriptos al alea normal respecto de su actividad como oferente, constructor de la obra pública y en su caso, proyectista, y responsable por la obtención del resultado comprometido en la encomienda. Los riesgos del contratista son:

1. Responsabilidad del contratista por la autoría del diseño constructivo.
2. Responsabilidad del contratista por el precio ofertado.
3. Deber de interpretación del proyecto. Es decir el contratista debe estudiarlo y hacerle saber las deficiencias a la administración.
4. Responsabilidad por asunción del riesgo técnico. Cumplimiento de las reglas del arte de construir.
5. Contingencia de pérdida de utilidad por ejercicio legítimo de *ius variandi*.²²

Druetta afirma que:

²² El ejercicio de *ius variandi* y la corrección de los errores del proyecto a que se refieren los arts. 30 y 37 de la LOP, respectivamente, de los que puede derivarse, según el caso, la limitación o supresión lisa y llana de obras contratadas en su origen, acarrea la pérdida del beneficio esperado por el contratista por la ejecución de las obras suprimidas, de conformidad con lo previsto por el art. 54 inc. f) en su correlación con la causal de rescisión previstas en el art. 53 inc. a). (Druetta R. T., 2013, pág. 26)

Entra así dentro del riesgo empresario, la eventual pérdida del lucro cesante o reparación a título de chance o frustración de una ganancia que, de no haber decidido el comitente la limitación o supresión de porciones de la obra, el contratista tenía derecho a percibir en el supuesto de ejecutarse la obra con base en el diseño inicial. (2013, pág. 23)

6. Responsabilidad por la gestión del subcontratista: subsistencia de la responsabilidad del contratista principal.
7. Responsabilidad del contratista por el incumplimiento de los plazos parciales y total pactados. Aplicación de multas.
8. Riesgos asociados a la revocación del contrato por razones de oportunidad o interés público.

3.2.4.2 El riesgo propio del contrato de obra

Se entiende por riesgo en la Obra Pública “cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometidos” (Ibarzabal, 2017, pág. 9).

Como ya se indicó, el contrato de locación de obra es un contrato no aleatorio, bilateral y conmutativo. “En consecuencia el riesgo propio del contratista radica en poder cumplir con la capacidad industrial comprometida” (Crivelli J. C., 2004, pág. 60)

La capacidad industrial es lo que diferencia a una empresa de otra y lo que, en definitiva, genera diferencias en las ofertas. Según Crivelli:

La capacidad industrial que una organización tiene le permite definir la productividad, el rendimiento, los precios de los materiales y subcontratos, los costos de dirección y supervisión. Todo ello configura el precio, con el cual compete y tiene una posición en el mercado. (2004, pág. 60)

Límite del riesgo y responsabilidad del contratista

El límite del riesgo y responsabilidad del contratista, son las condiciones vistas a contratar, condiciones de contorno de realidad física, económica jurídicas vigentes en el momento de la oferta. Según Crivelli:

Todo precio de un contrato de locación de obra, se establece referido a una realidad física, económica y jurídica, que existe al momento de determinarse el precio. Si las condiciones vistas a contratar, son modificadas después de la fijación del precio por agentes externos al contratista, el precio debe ser modificado. (2004, pág. 60)

El fundamento de los límites mencionados se basa esencialmente en la estructura conmutativa y no aleatoria del contrato de locación de obra.

Sería inadmisibles que el contratista, tengo que cargar con parte del costo necesario para construirla, puesto que si así fuese, el comitente se quedaría con la obra por un costo menor que le necesario para ejecutarla.

3.2.4.3 Riesgo y ventura, riesgo empresario y sacrificio compartido vs intangibilidad de remuneración del contratista.

Riesgo y ventura:

Barra sostiene que “En el contrato de obra pública, cualquiera sea el sistema de ejecución, incluso en el ajuste alzado, el alea está en cabeza de la administración comitente, lo que es coherente con el principio de intangibilidad de remuneración del contratista” (Barra R. , Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1144).

El contratista no está expuesto a contingencias de daño o pérdidas que no provengan de su propio actuar. Sólo debe asumir aquellos perjuicios ocasionados por su negligencia, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. El riesgo se limita a su capacidad industrial, como se refirió en el título anterior.

El riesgo y ventura no es un carácter del contrato de obra pública ya que no se trata de contrato aleatorio. Según Druetta:

La falta de consagración legal explícita o implícita del riesgo y ventura, unida a la proliferación de supuestos incompatibles con la aplicación de este principio, impide entronizarlo como caracterizante del contrato de obra pública, puesto que sus manifestaciones se encuentran intensamente atenuadas dentro de su régimen jurídico. Es por ello que el contrato de obra pública no puede ser conceptualizado como un contrato que se celebra a riesgo y ventura. (2013, pág. 31)

Riesgo y ventura y Riesgo Empresario:

Como se indicó en el apartado anterior, el contrato de obra pública no puede ser definido, como que se realiza a riesgo y ventura del contratista. Menos aún puede determinarse que se formaliza bajo absoluto riesgo empresario del contratante.

El contrato de obra pública, es un contrato conmutativo que se rige bajo los principios de mantenimiento de la ecuación económica financiera y de intangibilidad de remuneración del contratista.

En relación al riesgo en el contrato de obra, Gordillo establece “que si se obliga a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los hechos es que los oferentes calculen ese riesgo, bien o mal, e incrementen consecuentemente el valor de sus oferta” (Mayores Costos, imprevisión, Indexación, 2014, pág. 899).

Sacrificio Compartido:

El sacrificio compartido consiste, en teoría, “en que ambas partes realicen concesiones recíprocas tendientes a evitar la ruptura de un contrato en crisis o en situación de emergencia” (Mabromata, 2004, pág. 3).

La mención a este supuesto principio aparece recién en el año 1989 a partir del dictado de la ley N°23.696. “En ese marco de emergencia y paralización de los contratos cuya rescisión o recomposición se ordena, se introduce como concepto novedoso el principio del sacrificio compartido de ambas partes contratantes como presupuesto para acordar la continuación del contrato” (Mabromata, 2004, pág. 3).

Entonces, este principio surge en la década del 90 en un contexto de achicamiento del Estado, política de ajuste del gasto público y de emergencia permanente y políticas neoliberales.

En el año 2000 se dicta la ley N°25.344 también denominada de emergencia económico-financiera, la que reitera la vigencia de dicho principio nunca enunciado ni definido legislativamente.

Posteriormente, la otra emergencia económica, es declarada por la ley N°25.561 que dispuso la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos lo que fue regulado, entre otras normas, mediante el Dec. 293/2002 y la res. ME 20/2002 que dictó el Ministerio de Economía fijando el procedimiento de la renegociación y en la que se vuelve a establecer como uno de sus objetivos el realizar la misma sobre la base del criterio no ya del principio de sacrificio compartido.

El principio del sacrificio compartido está íntimamente ligado con los procedimientos de renegociación de los contratos administrativos. Ver apartado **3.2.4.7**

Algunos autores como Mabromata y Crivelli están en contra del criterio de Sacrificio Compartido. En esa línea afirma:

Al no declararse cómo se comparte o cómo se determina la equivalencia o reciprocidad de los sacrificios, la relatividad del concepto permite también todo tipo de desvíos o abusos, podría considerarse como un concepto difuso y en contra de los justicia conmutativa de los contratos. (2004, pág. 6)

Por otro lado, Crivelli también crítico del concepto, afirma que:

La falta de reconocimiento parcial o total de las consecuencias que en el contrato de obra pública provocan las alteraciones económicas constituye un indebida expropiación, por medio de la cual el comitente estatal se beneficia indebidamente al recibir la obra comprometida por un precio menor que le pactado. (2004, pág. 66)

3.2.4.4 Riesgo económico de los contratos de obra pública

“El riesgo en el lenguaje usual significa la posibilidad o contingencia de un daño, por su parte el vocablo incertidumbre expresa un fuerte estado de duda, perplejidad o falta de certeza acerca de un hecho futuro” (Mata, 2010, pág. 162).

Según Mata, riesgo es el concepto que se utiliza “para el análisis económico, a través de la identificación de variables cuya producción es insegura, asignando valores máximos y mínimo a las mismas” (Mata, 2010, pág. 163)

Se admite que existen diversas clases de riesgos, entre los cuales cabe destacar: los económicos, los legales, los casos fortuitos del hombre o de la naturaleza, la demanda, la oferta, los ambientales, los tecnológicos, entre otros. Todos ellos juegan un rol esencial al momento de fijarse el precio.

Existen distintos tipos de riesgos en los contratos de obra pública en Argentina de carácter técnico (baja calidad de los proyectos que son base de la licitación), económico (dificultad para mantener la ecuación económico financiera del contrato por la variación imprevisible de los precios relativos de los insumos de la obra) y político-administrativos (pérdida de relevancia política de la obra dentro de las políticas del ente contratante, falta de financiamiento en el mediano plazo, baja eficiencia del ente contratante en cumplir con los pagos, en la tramitación de las redeterminaciones de precios, en el estudio y tramitación de las modificaciones de obra). Entonces si bien los riesgos de los contratos administrativos, son diversos, según sus causas, vínculo con el contrato y efectos jurídicos y económicos, para esta investigación en función de la problemática tratada es necesario profundizar sobre los riesgos económicos, más precisamente ruptura de la ecuación económica financiera ante variación de precios.

El riesgo económico, es un riesgo exógeno al contrato está dado por la variación de precios en general. El riesgo económico, también se lo denomina:

Riesgo imprevisible, lesión sobreviniente, excesiva onerosidad sobrevinientes o alea económica, tratándose de un riesgo configurado por circunstancias extraordinarias, fuera de lo común, sobrevinientes a la celebración del contrato, que no pudieron ser previstas y que modifican sustancialmente la ecuación económica financiera del contrato. (Mata, 2010, pág. 173).

La doctrina suma que el deterioro debe producirse en perjuicio del cocotratante.

Es lógico afirmar que los riesgos económicos como por ejemplo, la inflación, la devaluación, la variación de la tasa de interés y la recesión impacten en el equilibrio del contrato de obra.

Barra, vinculado al riesgo económico por de la variación de los valores de mercado afirma que “todo variación le será reconocida sin importa su previsibilidad al contratista. De esta forma se mantiene el principio de igualdad proporcionalmente comparativa de ofertas” (Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 893).

Según Gordillo “Si se obligara al contratista a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los hechos es que los oferentes calculen ese riesgo e incrementen el valor de sus ofertas.” (2014, pág. 900)

En efecto, si no se reconoce la intangibilidad de la remuneración del contratista el único resultado práctico que ese criterio tiene es contribuir con otro factor más al encarecimiento de las cotizaciones que recibe el Estado en sus licitaciones públicas, en relación a iguales cotizaciones en el ámbito privado.

Las variaciones de precios en general

Como se mencionó en apartados anteriores, los precios varían permanentemente en la economía. Las causas por las que varía el precio de los bienes son bien conocidas: en primer término, por la variación de la relación entre la oferta y la demanda de bienes, en segundo lugar por la inflación, en tercer lugar por la devaluación, y finalmente, también puede producirse variaciones en los precios por cambio en la legislación de índole tributarias, laborales, financieras, aduaneras etc.

Inflación:

Se denomina inflación a un aumento del nivel general de precios. Usualmente se calcula a partir de los incrementos porcentuales del costo de vida, es decir, cuánto varía la suma de dinero que paga un consumidor por un conjunto representativo de los bienes y servicios que adquiere habitualmente. En nuestro país, la inflación es medida a nivel Nacional por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) mediante el Índice de Precios al Consumidor.

La inflación muy elevada es llamada Hiperinflación. “La tasa de inflación, es la tasa a la que aumenta el nivel de precios con el paso del tiempo” (Blanchard, 2012, pág. 626). En la sección 5.3.3.4, se analiza cómo se mide la inflación en el sector de la construcción sobre los materiales, mano de obra y demás servicios generales en la Argentina en el periodo de estudio.

Tipo de cambio y Devaluación:

Los tipos de cambio entre la mayoría de las monedas varían a cada día y cada minuto. Sin embargo, en Argentina hubo grandes devaluaciones en el periodo bajo investigación.

La devaluación es la pérdida de valor de una moneda con respecto a otra. “Es la depreciación de la moneda nacional, el descenso del precio de la moneda nacional expresado en moneda extranjera” (Blanchard, 2012, pág. 121).

El tipo de cambio nominal es el precio de la moneda nacional expresado en moneda extranjera.

Tasas de Interés y su aumento:

La tasa de interés²³: es la cantidad que se abona en una unidad de tiempo por cada unidad de capital invertido. La tasa de interés se conoce como el pago que realiza quien pide prestado dinero a quien se lo da.

Según la tasa de inflación, puede ser nominal o real:

- Nominal: Es el tipo de interés que no incluye la pérdida del valor del dinero por la inflación.
- Real: Al contrario que la nominal, ésta sí incluye la inflación ya que se obtiene de restar la inflación del tipo de interés nominal.

²³ La tasa de interés en un instrumento de la política monetaria. Si la tasa de interés sube, la gente invierte en plazos fijos o compran títulos de deuda como son los lebac o los lequics y de esta forma se busca mantener el tipo de cambio por un lado, al ser los dólares menos atractivos y por el otro, contener la inflación al caer el consumo

3.2.4.5 El riesgo económico y sus remedios.

Es evidente que en derecho público todas las teorías, mecanismos o técnicas correctores de desequilibrios tienen un fondo común que:

Está dado por la circunstancia de hecho de modificación de las condiciones contractuales originarias que altera el equilibrio financiero entre las obligaciones y derechos, las cargas y los beneficios, junto a un principio jurídico general que conduce al restablecimiento en forma total o parcial de la ecuación económica financiera del contrato administrativo. (Cassagne J. C., 2005, pág. 130)

Los desequilibrios causados en los contratos de Obra Pública por factores económicos han sido abordados por distintos instrumentos legales a lo largo de los años, desde la ley N° 12910/1947 al decreto 691/2016, hoy vigente. Esto es profundizado en el capítulo 5.2 Antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.

Dichos instrumentos siempre tuvieron por objetivo restablecer el equilibrio financiero de los mismos, tratando de colocarlos en una situación lo más cercana posible a la del momento de su celebración. Estas instituciones, están destinadas a mantener constante el valor de las obligaciones, lo cual es su finalidad instrumental.

Las metodologías para la recomposición del contrato, es decir, volverlo a la situación comparativa original, pueden ser varias y diversas. Algunas aplicables en situaciones normales y otras en situaciones excepcionales.

Los mayores costos, la actualización monetaria, el régimen de redeterminación de precios y el instituto de imprevisión, por ejemplo son sistemas de ajuste del contrato a la realidad cambiante en materia de precios pero se tratan de cuatro cuestiones distintas que suelen confundirse.

Como mínimo debe tener en cuenta que el pago de los mayores costos y los intereses moratorios rigen en todos los contratos y son obligatorios, la imprevisión es excepcional y la indexación está prohibida por la legislación vigente.

Ajuste, redeterminación y/o recomposición son todos ellos conceptos destinados a mantener el valor del precio frente a las distorsiones resultantes de la inflación y/o de cualquier otro factor económico.

Los métodos por fórmula polinómica son similares, sin cláusula gatillo y sin corrección final. Las formulas polinómicas están compuestas por monomios que representan los insumos principales de la obra, por lo general están compuestas por 8 o 12 monomios. Actualmente son utilizadas por los organismos multilaterales de crédito como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros.

El método de variaciones de costos es una actualización de precios en cada período de certificación en base a los análisis de precios.

El régimen vigente, decreto 691/2016, es una combinación de estos dos otros mecanismos con la particularidad de que no se aplica con una periodicidad establecida previamente, sino a través de que se active la cláusula gatillo, es decir de que la variación del precio del contrato estimada en base a una fórmula polinómica preestablecida supere el 5%.

El régimen actual de redeterminación de precios es básicamente una fórmula polinómica de aplicación con cláusula gatillo, que se corrige al final de la obra con una redeterminación definitiva en base a los análisis de precios presentados por el contratista con su oferta económica y aprobada por el comitente.

La teoría de la imprevisión es un mecanismo extracontractual que se aplica a pedido para reequilibrar las contraprestaciones debido a un hecho imprevisible, posterior a la firma del contrato, o que aun habiendo sido imprevisible no ha podido ser evitado. Este remedio no se aplica como metodología de mantenimiento de la ecuación económico financiera de los contratos, sino como remedio último cuando tal equilibrio se ha quebrado.

Sistemas de Variaciones de Precios:

Se denominan sistemas de variaciones de precios al conjunto de reglas establecidas por la legislación y/o por los contratos que procuran mantener el equilibrio obligacional pactado originariamente en el contrato de locación de obra.

Es muy importante destacar que los sistemas de variaciones de precios son imprescindibles para mantener el equilibrio obligacional originario en los contratos conmutativos, evitando que se transformen en aleatorios.

“Estos sistemas pueden ser de mayor o menor complejidad, y funcionan relacionando el precio de la prestación comprometida con la evolución de los costos, precios, de los insumos necesarios para cumplir con esa prestación” (Crivelli J. C., 2004, pág. 37) .

Mayores costos:

El régimen de mayores costos se aplica en situaciones normales, por aumentos previsibles en el mercado. Tiende a mantener la ecuación económica financiera lo más exactamente que sea posible, es decir la misma ecuación tenida en cuenta al momento de celebrar el contrato.

Tradicionalmente, el reconocimiento de los mayores costos, “fue una respuesta determinada al problema del constante incremento de los precios de los productos y mano de obra en el mercado” (Gordillo, 2014, pág. 899) .

En el mayor costo²⁴ se toma en cuenta la diferencia en el precio de los materiales y la mano de obra u otro elemento que se juzgue representativo entre la fecha de oferta y la fecha de inversión de la obra.

La ley 12910/1947, hoy no vigente, es considerada como la primer ley de mayores costos de nuestro país.

Actualización de precios- Indexación.

En la actualización monetaria se tiene en cuenta el valor de la moneda, es decir la diferencia en el valor de la moneda. En otras palabras en la indexación, “se toma en cuenta el valor del dinero al momento de la oferta por ejemplo, o al momento en que determinada obligación es exigible, o de plazo vencido, o al momento que la ley determina luego de transcurrido determinado plazo legal” (Gordillo, 2014, pág. 899).

“La indexación, consiste en afectar los precios por un índice cualquiera que se considera aproximado o representativo a las características de la obligación en cuestión y que permite recomponer aproximadamente el valor comprometido originalmente” (Crivelli J. C., 2004).

Con la ley de Convertibilidad, en el año 1989, se prohibió todo tipo de cláusulas de ajuste de precios, de variaciones de precios, de actualizaciones de precios o de indexación monetaria²⁵

²⁴ “Estos sistemas descomponen el precio en sus costos como componentes, y ajustan dicho precio contractual con las alteraciones que sufren los costos de los componentes, en la proporción que corresponda.” (Crivelli J. C., 2004, pág. 37)

²⁵ Uno de los argumentos que utilizó la corte, con el fin de convalidar la prohibición de actualización de deudas sancionada a partir de la Ley de Contabilidad fue el de calificar la indexación como “mero expediente” de origen” pretoriano que realimentaba la inflación (caso “YPF c/ Corrientes, 1992)

Esto ha continuado hasta la vigencia de la ley N° 25561 de Emergencia, que mantuvo las prohibiciones.

Redeterminación de precios:

La redeterminación de precio es un sistema que permite mantener la equivalencia de las prestaciones en el contrato de obra pública. La finalidad de la redeterminación “es el mantenimiento de un valor a lo largo del tiempo para que el precio o la remuneración del contratista se mantenga constante, por ser una derivación de la garantía del derecho de propiedad” (Aberastury, 2013, pág. 14) .

El decreto N° 1312/93, constituyó el primer sistema de redeterminación de precios, creado a partir del dictado de la Ley de Convertibilidad. Hoy en día, está vigente el decreto N° 691/2016. Existen dos posturas, por un lado algunos autores lo consideran un modelo diferente al régimen anterior de variaciones de costos de obras públicas y otros consideran al sistema de redeterminación de precios “simplemente como una de las especies sobre ajuste de precios dentro del género ya existente bajo el mandato normativo anterior, la ley 12910” (Balbin, 2011, pág. 231).

Es importante remarcar que, en la actualidad, el Régimen de Redeterminación de Precios es el único mecanismo vigente para la recomposición económica financiera de los contratos de Obra Pública. Dicho régimen es analizado en capítulo 5.1-Instituto actual de Redeterminación de Precios- Decreto N°691-2016.

3.2.4.6 Teoría de Imprevisión

Según se estableció en títulos anteriores, existen mecanismos automáticos de recomposición de precios aplicable en situaciones normales de la economía como el Régimen de Redeterminación hoy vigente y otros mecanismos excepcionales aplicables ante fuertes desequilibrios económicos.

La teoría de la imprevisión tiene lugar, cuando el cambio producido en las circunstancias originarias convenidas y previstas es a causa de un alea que tiene su origen en la economía en general.

El origen del instituto, en el derecho público, se dio en los contratos de Concesión de Servicios Públicos en Francia en el año 1916, ante la necesidad de asegurar la prestación de servicios públicos otorgados por concesión de particulares. La contratista se encontraba ante la

imposibilidad de seguir suministrando gas al precio fijado, por el gran aumento del costo del carbón a causa de la situación bélica. Según afirma Barra:

La aplicación orgánica de la doctrina, la realizó por primera vez el Consejo de Estado Francés en el ya clásico 24 de marzo 1916, conocido con el nombre de *Companie du Gaz de Bordeaux*, que concluyó con la condena del municipio concedente del servicio de soportar parte del quebranto de la concesionaria en un aumento extraordinario del precio del carbón, como consecuencia de la primera guerra mundial. (Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1127)

Entonces, la doctrina francesa del Consejo de Estado ya había considerado, a comienzos del siglo XX:

La necesidad de un equilibrio económico financiero que luego podría obligar a correcciones y modificaciones, para garantizar la continuidad del servicio, siempre fundadas en la teoría de la imprevisión, sobre la base de circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevisibles, y que tendían a una reparación fundada en el principio del sacrificio compartido, expuestas por la doctrina nacional que ha seguido esa escuela (Perez Hualde, 2004, pág. 3)

La doctrina y la jurisprudencia francesas continuaron construyendo la noción del equilibrio económico del contrato administrativo, hasta el lugar que hoy, no se menciona el principio de riesgo y ventura.

Podemos afirmar, por lo tanto, “que es en Francia donde nace y se consolida el principio del equilibrio económico como noción dominante de la fase de ejecución de los contratos administrativos” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 66).

Los principios que sentó el Estado Francés, son los siguientes: 1- La continuidad del servicio público se garantiza y se exige a pesar de la mayor onerosidad que debe afrontar el contratista, 2- el órgano jurisdiccional no puede modificar las cláusulas y estipulaciones contractuales, 3- si el acuerdo no se produce, la entidad concedente debería pagar al concesionario una indemnización por las consecuencias onerosas en razón del cumplimiento del contrato.

En nuestro país, la teoría tuvo recepción legislativa, primero en el derecho público a través de la ley 12910/1947 para el contrato de Obra Pública y luego de un modo genérico gracias a la modificación del artículo 1198 del Código Civil, establecido por la ley 1711 del año 1968. En la actualidad, el instituto de la imprevisión está contenido en el art 1091 del Código Civil y Comercial.

La teoría así consagrada fue extendiendo su campo de acción a todos los contratos administrativos, y en especial a los de obra pública y al de suministros, etc. Según como fue adoptada por la doctrina y la jurisprudencia, “lo principal es salvaguardar el interés público comprometido con el servicio que debe prestarse o la obra pública que debe realizarse para satisfacer una necesidad pública” (Bercaitz, 1980, pág. 464).

La teoría de la imprevisión tiende a ayudar económicamente al contratista, evitando que este suspenda la ejecución del contrato y facilitando, en cambio, el cumplimiento del mismo, cualquiera sea su especie, concesión de servicios públicos, construcción de obra Obra Pública, suministro, etc.

3.2.4.7 Obras paralizadas, Gastos Improductivos y Renegociación de Contratos:

Es una realidad que los contratos de obra pública están expuestas a riesgos económicos que cuando se materializan, pueden provocar distorsiones significativas en los sistemas estabilizadores de precios ocasionando, que las obras se queden sin financiamiento suficiente, o se paguen a precios desactualizados que no son los de mercado, generando una disminución de su ritmo o en algunos casos se producen paralizaciones completas de los trabajos.

Las obras pueden paralizarse por: a) orden de la Administración Comitente según lo establece el art 34 de la ley 13094, b) paralización por caso fortuito o fuerza mayor o actos de la administración , según las previsiones contenidas en el art 39 y c) paralización por causas excepcionales e imprevistas sobrevinientes al contrato.

Las obras paralizadas, por causas no imputables a la contratista, obliga a que se les reconozca los gastos improductivos, según lo establece el art 34 y 29 de la ley de obra pública.

Los gastos improductivos son aquellos que continúan devengándose aunque una obra esté parcialmente paralizada. En palabras de Bonina:

Los gastos improductivos son aquellos costos mensuales fijos que no son objeto de amortización mediante un ítem o renglón específico del presupuesto de la obra. Constituyen costos indirectos que el contratista calcula cuando formula su oferta teniendo en cuenta el plazo contractual previsto con eventuales prórrogas y luego distribuye en el precio total de la obra que cotiza. Cuando el plazo se alarga más de lo previsto, estos costos fijos se transforman en costos improductivos porque se siguen generando y no son amortizados por producción alguna de una obra que no certifica por estar paralizada. (2007, pág. 33)

Cuando la paralización o retraso es imputable al comitente o se encuentra como riesgo a su cargo, se originara un daño empresario, por eso la necesidad de su reconocimiento por parte de la Administración.

Algunos de los gastos improductivos más frecuentes²⁶ son: a) los gastos generales de empresa, b) gastos indirectos de obra, como por ejemplo la ingeniería y supervisión de obra y la administración de la obra, c) la amortización del equipo entre otros que pueden mencionarse. En efecto, estos costos fijos, indirectos o generales se transforman en gastos improductivos cuando la obra se paraliza o disminuye su ritmo de ejecución, ya que son costos incluidos en la oferta de modo indirecto y que a pesar de no certificar el contratista debe igualmente seguir pagándolos y, en caso de paralización total, son pura pérdida.

En otras palabras, al no certificar por avance de obra o certificar menos de lo establecido según cronograma, todos esos gastos o pérdidas resulta improductivos. La única manera de amortizar este tipo de gastos, es manteniendo el ritmo de certificación, ya que estos costos generales se distribuyen en el precio total de la obra, amortizándose mediante el ritmo de ejecución, curva de inversión y ritmo de certificación.

Por otro lado, la renegociación del contrato consiste en definir de nuevo el contrato de forma integral no solo se redefine su precio. El objetivo central de la renegociación de los contratos es el mantenimiento de la ecuación económica financiera y las pautas o parámetros objetivos que se tienen en cuenta deben tenerlo como mira.

Si la renegociación del contrato no tiende al restablecimiento del mismo y de su ecuación originaria, nos encontramos en presencia de un nuevo contrato que deberá ser licitado nuevamente, por ende se debe rescindir.

3.3 Integración de conceptos

El Estado tiene un fin primario que es el Bien Público. En efecto, para resolver los problemas públicos de forma de satisfacer directa o indirectamente necesidades de interés general de la sociedad, decide, formula y ejecuta Políticas Públicas.

²⁶ Algunos ejemplos alquiler de maquinarias, los gastos generales de obra, como alquiler de oficinas, obrador, los gastos de energía eléctrica, agua, gas, los depósitos, el sueldo del personal profesional y técnico mensualizado.

Esas Políticas Públicas se organizan en muchos casos, mediante Obras públicas que se materializan en caminos, hospitales, escuelas, obras de generación de energía, entre otras. Bajo este concepto se justifica la importancia de la Obra pública para nuestro país y la disciplina de estudio de esta Maestría.

Las Obras públicas se instrumentan a través del contrato de obra pública, una especie dentro de los contratos administrativo, con sus características principales, a saber: bilaterales, onerosos, no aleatorios, conmutativos y de tracto sucesivo o ejecución diferida.

En ese orden ideas, los contratos de obra pública, debe interpretarse bajo los principios indispensables de Buena Fe, Equidad, continuidad y del mantenimiento de la ecuación económica financiera.

Derivado del principio del mantenimiento del equivalente económico se desprende el concepto de ecuación económica-financiera contractual. Dicha ecuación es una relación de equivalencia entre las obligaciones y compensaciones económicas establecida por las partes al momento de iniciar el contrato. Esta ecuación se compone de tres elementos, precio, plazo y objeto (obra). Si alguno varía, la ecuación se rompe.

La importancia de la continuidad del contrato de Obra Pública y su correcta ejecución se basa en el interés público que dicha obra persigue. Esa continuidad depende del mantenimiento del equilibrio económico durante la ejecución del contrato.

En esa lógica, vinculado al principio de mantenimiento económico y la conmutatividad brota el principio de intangibilidad de la remuneración, cuya idea radica en asegurarle una remuneración fija al contratista.

La fundamentación del principio del equivalente económico en el contrato administrativo tiene base constitucional, como el art 16° de la Constitución Nacional, que prescribe la igualdad de cargas públicas y el art 17° que establece el principio de inviolabilidad de la propiedad privada. Asimismo, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser, en la exigencia de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública. Como así también, se agrega la circunstancia de que el contratista público se transforma, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuyo fin superior tiende al bien común.

Los contratos de Obra pública están expuestos a diferentes riesgos durante su ejecución, los económicos, los legales, los casos fortuitos del hombre o de la naturaleza, los ambientales, los tecnológicos, entre otros.

Entonces, si bien los riesgos de los contratos administrativos, son diversos, para esta investigación en función de la problemática tratada es necesario profundizar sobre los riesgos

económicos. Los riesgos económicos más destacables son la inflación, devaluación, aumento de los costos financieros, entre los principales.

Si durante la ejecución contractual, se modifica el precio, elemento esencial de la ecuación contractual, por alteraciones económicas, cambia la realidad económica objetiva al momento de la adjudicación.

En efecto, con la pérdida del equilibrio original, se quiebra la equidad y la justicia distributiva del contrato y se impone la necesidad del restablecimiento de la ecuación económica-financiera.

Por lo tanto, en estos motivos se apoyan las distintas técnicas de recomposición contractual como la redeterminación de precios o en casos excepcionales la teoría de imprevisión para mantener el equilibrio financiero del contrato de obra.

4. Metodología y técnicas a utilizar

Este trabajo se realizó bajo un estudio de enfoque mixto. En relación al tipo de diseño es no experimental transversal.

El enfoque mixto de la investigación, “implica un proceso de recolección, análisis y vinculación de datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio o una serie de investigaciones para responder a un planteamiento del problema” (SampieriHernandez, 2010, pag544)

Se define como diseño no experimental a:

La investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, se trata de estudios donde no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos. (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 149)

En consecuencia la investigación no experimental es sistemática y empírica “en la que las variables independientes no se manipulan porque ya han sucedido. Las inferencias sobre las relaciones entre variables se realizan sin intervención o influencia directa, y dichas relaciones se observan tal como se han dado en su contexto natural” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 150).

Los diseños de investigación transeccional o transversal son una foto de algo que sucede. Dichos diseños “recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es

describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de algo que sucede” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 151)

La unidad de análisis “indica quienes van a ser medidos, o sea, los participantes o casos a quienes en última instancia vamos a aplicar el instrumento de medición” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 182).

El objeto de estudio de nuestro trabajo es la obra pública, y dentro de ella el precio, y dentro de él, la recomposición del mismo en épocas inflacionarias, vía redeterminación de precios, vía teoría de la imprevisión. En función a lo mencionado nuestra unidad de análisis es el régimen de Redeterminación de Precios de la obra pública.

Por otro lado, se considera Población o universo “al Conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 174).

En el caso de nuestra investigación las entrevistas fueron realizadas en función a una muestra no probabilística intencional de expertos en la temática de nuestra investigación. En las muestras no probabilísticas “la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 176).

“Las variables son los conceptos o atributos a medir contenidos en el planteamiento e hipótesis o directrices del estudio” (Sampieri Hernandez, 2010, pág. 198). En el Anexo 1 se expone la variable multidimensional régimen de redeterminación de precios, con sus indicadores, categorías y fuentes de medición. Dicha variable contribuye al cumplimiento del objetivo número. En el mismo anexo se exponen la variable inflación y devaluación y sus indicadores. Las principales técnicas de recolección de datos fueron las entrevistas abiertas a informantes claves como son los especialistas en la temática de obra pública y redeterminación de precios, miembros de la Cámara Argentina de Construcción y de las Comisiones de Redeterminación de Precios considerados como unidades de respuesta. Es decir, las entrevistas a informantes claves fueron las fuentes primarias de esta investigación.

Se utilizó también datos secundarios a saber: documentos públicos, normas, doctrina, jurisprudencia y estadísticas. Las fuentes de datos secundarios a utilizar son: Informes de predeterminación de la SIGEN y de las Comisiones de redeterminación de cada Ministerio, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N) y la Procuración del Tesoro Nacional (P.T.N), datos de la oficina nacional de contrataciones (O.N.C) y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC).

En cuanto a los procedimientos de análisis de datos se realizó análisis documental y análisis cualitativos y cuantitativos de datos.

Se acompaña como Anexo 1 un cuadro de síntesis metodológica respecto a las fuentes de datos, muestras y técnicas de procesamiento respecto a los objetivos específicos propuestos.

5. Hallazgos/ Desarrollo.

5.1 Instituto actual de Redeterminación de Precios- decreto N°691-2016

El 19 de mayo de 2016 se publicó en el Boletín Oficial el decreto 691/2016 por el que se aprobó el Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública, hoy vigente.

Este decreto, según se desprende de sus considerandos, se promulgó en el entendimiento de que era necesario reemplazar la metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública prevista en el decreto 1295/2002:

Con el objeto de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y consultoría de obra pública, garantizando de esta manera la continuidad de su ejecución aplicando el principio de esfuerzo compartido y permitiendo, a su vez, la celebración de nuevos contratos que otorguen mayor certeza y transparencia. (P.E.N P. E., 2016, pág. 1)

Dicha novedad normativa, se introdujo en un contexto jurídico y económico con otras complejidades que las existentes en la época del dictado del decreto 1295/2002, tal como son las derivadas del mantenimiento de la prohibición legal de indexación de la moneda frente a la persistencia del fenómeno inflacionario, que ha sido caracterizado como endémico en nuestro país, en los últimos años.

La aplicación del Decreto N° 1295/2002 “se ha visto afectada en los últimos tiempos, entre otras causas, por el aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de sustanciación de los procedimientos de redeterminación de precios de los contratos.” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 1)

Por otro lado, en los considerando del decreto vigente se indica que asimismo, la alteración de la ecuación económico financiera de los contratos de obra pública ha importado un aumento significativo de los reclamos administrativos y judiciales. En ese orden de ideas, la situación planteada en los considerandos del decreto en cuestión, implicó que un gran número de obras públicas de vital importancia para el país se encuentren

paralizadas o con un grado de avance significativamente menor al que le hubiese correspondido, causado por la ruptura de la ecuación económica- financiera contractual, sin que el régimen anterior pueda recomponerlo.

Como se indicó en el marco teórico, en función de la naturaleza bilateral y conmutativa del contrato de obra pública y con el objetivo de garantizar la continuidad de las obras, el precio y el derecho del contratista a percibirlo implican un elemento esencial y constituye la obligación principal del comitente.

En el régimen de redeterminación de precios subyacen diversas clases de intereses:

De un lado, el del contratista privado, en cuanto tiende a resguardar el equilibrio económico financiero del contrato. Del otro lado, el interés del Estado de ejecutar las obras necesarias y asignar racionalmente sus recursos, para lo que es necesario evitar el innecesario incremento del precio de obra y del gasto público derivados del riesgo o incertidumbre puestos a cargo del cocontratante particular. (Guglielminetti, 2016, pág. 1).

De cualquier forma, las distintas figuras estabilizadoras del precio, entre ellas el régimen de redeterminación de precios, revelan la necesidad de mitigar los efectos perjudiciales de la inflación con el fin de asegurar la debida ejecución de las obras públicas y de preservar la economía del contrato.

En el apartado siguiente se van a identificar los principales conceptos del régimen de redeterminación vigente y se lo va a comparar con el régimen anterior, exponiendo las principales similitudes y diferencias. En la última parte del capítulo, se analizará el procedimiento del Régimen de Redeterminación vigente.

5.1.1 Similitudes y Diferencias del Decreto 691/2016 respecto al anterior Régimen de Redeterminación Decreto N° 1295- 2002.

El decreto 691/2016, por el que se sustituye el decreto 1295/2002 y se aprueba, como Anexo I, el Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional introdujo cambios sustanciales y procedimentales respecto al anterior.

Entre los cambios introducidos por esta nueva norma se pueden destacar por su importancia, las vinculadas con el ámbito de aplicación subjetivo y material, la Comisión de Control y Seguimiento, la cláusula gatillo, el no congelamiento del beneficio y el establecimiento de un nuevo procedimiento para obtener la redeterminación definitiva de precios.

5.1.1.1 Consideraciones Generales.

Ámbito de aplicación subjetivo

En relación al ámbito de aplicación, a diferencia de la reglamentación anterior, que establecía en su artículo 14º, su aplicación, en general, a la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, el art. 2º del decreto 691/2016 especifica que será aplicable a la “Administración Pública nacional en los términos de lo previsto en el art. 8º, inc. a), de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificatorias” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 1).

Por tanto el ámbito de aplicación subjetivo del instituto actual es a la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social.

El régimen actual, de forma subsiguiente, invita como lo hacía el decreto 1295/2002, a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e incorpora, también, a los municipios a adherir a lo establecido en el decreto comentado o a dictar normas similares en sus respectivas jurisdicciones.

Asimismo, determina que podrán también adherir a dicho régimen las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y los fondos fiduciarios integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

En relación a la oportunidad de adhesión de los fondos fiduciarios, la normativa prevé que puedan hacerlo no sólo los fondos fiduciarios que integran el sector público nacional esto es, los integrados mayoritariamente con fondos o bienes del Estado nacional sino también aquellos en que la participación del Estado sea minoritaria y no integran, por tanto, dicho sector.

Ámbito de aplicación Material

De la misma forma que la nueva reglamentación expande el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de Redeterminación de Precios, de manera indirecta, también extiende el ámbito de aplicación material. En efecto, a través de la adhesión, es viable que dicho régimen, en el ámbito nacional resulte aplicable a:

Contratos de locación de obras que no se encuentran sujetos a la ley 13.064, por tratarse de contratos celebrados por empresas o sociedades de titularidad estatal cuya regulación o leyes de creación excluyen la aplicación de la Ley de Obras Públicas o por fondos fiduciarios integrados minoritariamente por fondos u otro tipo de aportes estatales. (Guglielminetti, 2016)

Por otro lado, la incorporación expresa en el Art 1° del nuevo régimen, de los contratos de consultoría de obras regidos por la ley 22.460 dentro del ámbito de aplicación material del régimen de redeterminación de precios es otra novedad respecto del régimen anterior que solo alcanzaba a los contratos de obra pública.

Así, establece que los servicios de consultoría comprenden "los estudios, proyectos, controles y verificaciones de toda clase, necesarias para la planificación, proyecto, ejecución, mantenimiento y operación de una obra pública regida por la ley 13.064 y sus leyes modificatorias y complementarias" (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 2)".

En los considerandos del decreto se explica los motivos de tal decisión en el hecho de que estas contrataciones están íntimamente ligadas a la problemática de las obras públicas y "porque al tener extensos plazos de ejecución, muchas veces ligados al plazo de una obra pública, de no admitirse la redeterminación de precios, las propuestas presentadas no responderían a los valores de mercado" (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 1).

Por otro lado, resulta importante destacar que, a diferencia de la regulación anterior en el art. 2° del decreto 691/2016 no contiene una exclusión expresa de la aplicación a las concesiones de obra pública u otros contratos de concesión régimen propio y cobro directo al usuario, como así tampoco respecto de los contratos de concesión de servicios, licencias y permisos.

Finalmente, en lo que se refiere a la definición del ámbito de aplicación material del régimen comentado, es necesario precisar que prevé, al igual que el anterior, que en los contratos que incluyan financiamiento de organismos multilaterales de los cuales la Nación Argentina sea parte se regirán por las condiciones acordadas en los respectivos contratos de préstamo y supletoriamente por el régimen del decreto 691/2016, según art. 15, párr.1°, del Anexo I.

Organismo de Control y Seguimiento

El art. 4° del decreto 691/2016 crea la Comisión de Control y Seguimiento en el ámbito del Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda. Dicha comisión según lo establece el artículo 6° del mismo decreto estará integrada por dos representantes de los siguientes organismos: el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Energía y Minería, la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina y la Cámara Argentina de la Construcción.

Agrega que podrá estar integrada por tres senadores y tres diputados, a propuesta de las respectivas Cámaras. Asimismo establece que la Comisión podrá convocar a representantes de otras instituciones del sector público y privado con competencias en la materia, aunque no estén enumerados en el artículo.

Entre sus funciones²⁷ establecidas en el Art 5°, se desatacan analizar la problemática del sector de la construcción, proponer soluciones, y plantear acciones de mejora al procedimiento de redeterminación.

En síntesis, “su rol consiste en analizar aquellos factores que contribuyan a alcanzar un régimen más eficaz para determinar las variaciones de precios que inciden en la ejecución de este tipo de contratos administrativos” (Guglielminetti, 2016, pág. 3).

Dicha Comisión es similar a la establecida en el decreto 1295/2002, aunque con finalidades más específicas y una ampliación en su composición, atento a que duplica el número de miembros y admite la posibilidad de que se convoque a legisladores o a instituciones vinculadas.

Respecto al régimen anterior, mediante el art. 10° del decreto 1295/2002, se previó la creación de una Comisión cuyo objeto era “efectuar, periódicamente, el estudio y seguimiento de las condiciones generales del mercado de la construcción, como así también de la formación y evolución de los precios de los factores que inciden en el precio total de las obras” (P.E.N P. E., Decreto 1295/2002, 2002, pág. 2) .

²⁷ Las funciones establecidas por decreto son; a) analizar las problemáticas del sector de la construcción y proponer medidas para superarlas, b) analizar las dificultades que afecten a la política en materia de contrataciones de obra pública y consultoría de obra pública a fin de proponer soluciones, c) proponer acciones que contribuyan a la transparencia y certeza de los procedimientos de redeterminación de precios que se realicen por este régimen) proponer mejoras en el sistema de información y modificación en los procedimientos de redeterminación, e) colaborar con el INDEC, f) monitorear variaciones de las alícuotas impositivas, entre otras .

En cumplimiento de ello, la resolución conjunta del Ministerio de Economía y de la Secretaría de Obras Públicas 396/2002 creó la Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción.²⁸

Según Guglielminetti su finalidad esencial fue:

Asesorar, a través de recomendaciones no vinculantes, sobre el análisis de la factibilidad de incorporar otros elementos significativos del precio al régimen de redeterminación y proponer soluciones en los casos en que se registrara la falta de representatividad de la variación de referencia establecido en el decreto 1295/2002 (2016, pág. 3)

Entonces, se puede concluir que tanto en el régimen actual como el anterior, se contempla una estructura con representantes tanto del sector público como del privado ya que ambos ámbitos son interesados en la eficacia del sistema.

Organismo Asesor Técnico:

Según el artículo N° 20 del decreto 691/2016 “cada jurisdicción u organismo creará una Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios, la que intervendrá como órgano asesor técnico en los procedimientos de redeterminación de precios.” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016) Dichas Comisiones podrán asesorar a la autoridad competente en todos los proyectos de pliegos licitatorios que contengan cláusulas de redeterminación de precios.

En el régimen anterior el organismo interventor era la Sindicatura General de la Nación. Según el artículo N° 12 del decreto 1295/2012, intervenía en dos momentos²⁹:

- a) Con carácter previo a la suscripción del Acta de Redeterminación de Precios.
- b) Asimismo, la Sindicatura General de la Nación, intervendrá previamente a la aprobación del certificado definitivo final.

Aspectos esenciales de la redeterminación de precios

²⁸ La Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción estaba integrada por un representante de cada uno de los siguientes organismos: el Ministerio de Economía, la Secretaría de Obras Públicas, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía, la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA) y la Cámara Argentina de la Construcción. (Ministerio de Economía y Secretaría de obraPublica, 2002, pág. 1)

²⁹ En ambos casos, la opinión que en el ejercicio de las competencias asignadas por el presente, deba brindar la SIGEN, tendrá carácter no vinculante. Transcurridos los plazos indicados, su silencio será interpretado como conformidad.

El Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública aprobado como Anexo I del decreto 691/2016 tiene cambios notables en relación a dimensiones cuantitativos de la redeterminación de precios, en especial respecto a la denominada cláusula gatillo y al alcance de la redeterminación.

a) Admisibilidad de la redeterminación de precios. El sistema de cláusula gatillo

El régimen aprobado por el decreto 691/2016 conserva el sistema de la cláusula gatillo o el umbral de revisión del decreto 1295/2002 pero disminuye el porcentaje³⁰, del 10% al 5%, que habilita el inicio del procedimiento de revisión, en tanto dispone que:

Los precios correspondientes a la parte faltante de ejecutar podrán ser redeterminados —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 5% a los del contrato o precio de la última redeterminación. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 4)

El sistema de cláusula gatillo, consiste en:

La posibilidad de revisar el precio del contrato a partir de un determinado umbral cuantitativo cuya verificación tiene implicancias procedimentales, dado que determina el inicio del procedimiento de redeterminación, y sustanciales, por cuanto la redeterminación se aplica hacia el futuro, debiendo el contratista absorber las variaciones de los precios hasta tanto se verifique dicho porcentaje. (Guglielminetti, 2016, pág. 4)

Se ha calificado al umbral de revisión como un ámbito o límite "por debajo del cual se está dentro del alea normal del contrato, y configura además, una zona de riesgo o de inmunidad o tolerancia, dentro del cual los efectos del riesgo extraño al contrato, son compatibles con la causa del negocio jurídico" (Druetta R. T., 2013, pág. 21 y 22)

Es de destacar que la disminución del umbral de revisión del 10% al 5% aminora el riesgo del contratista con relación a la potencial pérdida acumulable. Se observa además que la nueva

³⁰ El decreto 1295/2002 en su art 2º permitía la redeterminación —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales del contrato (establecidos en su art. 4º) habían adquirido un valor que reflejaran una variación promedio superior al 10% de los precios básicos de contrato o al precio surgido de la última redeterminación.

normativa faculta a modificar dicho porcentaje³¹, lo cual permite su disminución pero también su incremento.

Por lo tanto, en el régimen anterior como actual los contratos podrán ser redeterminados a solicitud del contratista y no de oficio cuando la variación de referencia supere la cláusula gatillo prevista.

Oportunidad de Redeterminación de Precios:

En cuanto a la oportunidad de la redeterminación de precios, el art 4º del decreto 691/2016 prescribe que se redeterminarán a partir del mes en que los costos de los factores principales que los componen hayan adquirido una variación de referencia que supere el 5% de los precios básicos del contrato o la última redeterminación.

En esta misma sintonía el del decreto 1295/2002 establecía que se redeterminaran los precios cuando los costos de los factores principales del contrato tuvieran una variación promedio superior al 10%.

En el artículo 9º del decreto vigente 16 establece que los nuevos precios que se establezcan se van a aplicar sobre la parte del contrato que falte ejecutar al inicio del mes en que se produce la variación de referencia promedio, la cual refleja que su aprobación continúa siendo hacia el futuro como en el decreto 1295/2002.

Sin embargo, en el régimen actual a diferencia del anterior, se establece una limitación a la aplicación de nuevos precios en el Art N°9:

En el supuesto de que la solicitud de redeterminación y adecuación provisoria se hubiere presentado pasados cuarenta y cinco días corridos contados desde el último día del mes en que se haya alcanzado la variación de referencia, los nuevos precios se aplicarán a la parte de contrato faltante de ejecutar a la fecha de aquella solicitud. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5)

³¹ En el art. 3º, párr. 2º, del Anexo I se establece que "el porcentaje fijado en el párrafo precedente podrá ser modificado por resolución conjunta de los ministros del Interior, Obras Públicas y Vivienda, de Transporte y de Energía y Minería, con la previa intervención favorable de la Comisión de Control y Seguimiento. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 4).

Esta limitación a la aplicación de nuevos precios es una incorporación novedosa del nuevo régimen de redeterminación y apela a la diligencia de solicitud del contratista para mantener actualizado el contrato.

Obligaciones en mora:

“La mora es el retraso no excusable que no impide el cumplimiento tardío” (García-Trevijano Garnica, 1988, pág. 555).

En efecto, un resultado del cumplimiento en mora imputable al contratista, desde las previsiones legales afecta sobre la aplicación del régimen de redeterminación de precio. “Para que sea plenamente operativa, la redeterminación de precios, es necesario que se cumplan los plazos parciales y el plazo final” (García-Trevijano Garnica, 1988, pág. 566).

Bajo esta lógica, otra limitación a la aplicación de nuevos precios es que suceda la situación establecida en el Art N°12 del nuevo decreto, obligaciones en mora. Es decir al igual que en el régimen anterior se sostiene la imposibilidad de aplicar el régimen correspondiente a las obligaciones en mora con causa imputable al contratista:

Los costos correspondientes a las obligaciones que no se hayan ejecutado conforme al último plan de trabajo aprobado, por causas imputables al contratista, se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5)

La limitación a la aplicación de nuevos precios también se estableció en el anterior decreto 1295/2002 en su Art. N° 3:

Las obras públicas que no se hayan ejecutado o que no se ejecuten en el momento previsto en el plan de inversiones mencionado anteriormente, se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder. (P.E.N P. E., Decreto 1295/2002, 2002, pág. 2)

Análisis de precios/ Estructura de precios

De la misma forma que en el régimen anterior, el decreto N° 691/2016, con relación a los factores principales de la estructura de precios, en el art. 5° establece que:

Los nuevos precios se determinarán ponderando, según su probada incidencia en el precio total, (i) el costo de los materiales y de los demás bienes a la obra, (ii) el costo de la mano de obra, (iii) la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos y (iv) todo otro elemento que resulte significativo, a criterio del comitente, en su probada incidencia en el precio total. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5)

En lo que respecta al contrato de consultoría de obra pública, los limita sólo a las variaciones de los costos de mano de obra y traslado³².

Alcance de la Redeterminación de precios:

Vinculado al punto anterior, es necesario aclarar que en el Régimen 1295/2002, los nuevos precios se determinaban teniendo en cuenta las mismas ponderaciones del régimen actual, pero la vital diferencia es que un 10% del precio total del contrato se mantenía fijo e inamovible durante la vigencia del contrato.

Bajo el decreto 1295/2002 la redeterminación de precios es parcial, porque excluye el 10% del contrato, que era el porcentaje conceptualmente atribuido al beneficio, que se mantenía fijo e inamovible. La Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002, estableció que:

Se entenderá que el 10% del precio del contrato que se mantendrá fijo e inamovible, según lo establecido en el artículo 4° de Decreto N° 1295/02, se computará en cada redeterminación de precios respecto de las cantidades de obra faltante de ejecutar en ese momento. (Ministerio de Economía y Secretaria de obraPublica, 2002, pág. 1)

El alcance parcial del régimen de redeterminación del decreto 1295/2002, solo conllevó a la especulación del contratista al realizar su oferta. Es decir que incluían el beneficio dentro de los rubros que si eran sujeto de redeterminación incrementando los valores de mercado de los

³² "Sólo en los casos en que a criterio del comitente, hubiere otros elementos que tengan probada y relevante incidencia en el precio total de la prestación, se podrá disponer la inclusión de otros factores en la estructura de ponderación y, en consecuencia, redeterminar dichos contratos de consultoría en relación con las variaciones de esos insumos" (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5).

mismos y haciéndolos pocos representativos. Asimismo, esto también generaba distorsiones en caso de haber adicionales de ítems contrato original.

En esta sintonía Gordillo afirma que:

Si se obliga al contratista a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los Hechos es que los oferentes calculen ese riesgo, bien o mal, e incrementen consecuentemente el valor de sus ofertas. En otras palabras, el único resultado práctico que ese criterio tiene es contribuir con otro factor más al encarecimiento de las cotizaciones que recibe el Estado en sus licitaciones públicas” (2014, pág. 901).

Por tanto, el congelamiento de la ganancia conlleva a la mayor onerosidad de los contratos y distorsión de los precios, porque necesariamente trasladar ese riesgo económico al contratista tiene un precio.

En cuanto al texto de la nueva reglamentación, puede determinarse que se aplica sobre el 100% del contrato, es decir el alcance es total.

El art. 5° del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obras Públicas de la Administración Pública Nacional, al regular lo atinente a los factores principales de la estructura de precios, a diferencia del art. 4° del decreto 1295/2002, no establece que el 10% del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible.

Al reglamentarse, en el Decreto 691/2016, en el capítulo IV la redeterminación definitiva de precios, nada se establece tampoco acerca de la existencia de un porcentaje fijo e inamovible.

Es importante destacar que tanto la disminución del umbral de revisión, como que aumente el alcance la revisión de precios, es decir que pase de ser parcial a total como es el caso del actual régimen 691/2016, supone un menor riesgo para el contratista y trae aparejado, en efecto, un disminución del monto de la oferta. De hecho esto queda de manifiesto en el segundo párrafo de la cláusula 1a del decreto 691/2016, según se expone a continuación:

Los oferentes que adhieran a la aplicación del presente régimen en virtud de lo previsto en esta cláusula, y cuyas ofertas hubieren sido presentadas en el plazo de SEIS (6) meses anterior a la entrada en vigencia del presente régimen, deberán aceptar una quita en el monto de su oferta equivalente al CINCO POR CIENTO (5 %). (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 9)

Fuentes de Información de los precios de referencia

En lo atinente con las fuentes de información de los precios de referencia, el nuevo régimen conserva, en su Art 6º, el criterio del régimen anterior. Los precios de referencia, se obtendrán del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) o por otros organismos oficiales³³ o especializados aprobados por el comitente.

Estructura de ponderación de insumos principales – Calculo Variación de referencia.

En el régimen del decreto N° 1295/2002, la estructura de ponderación de los insumos principales y las fuentes de información, eran seleccionados por el comitente según las categorías de obras establecidas en el Art N°6 del mencionado decreto.

En el art 6º se disponía que:

Los comitentes clasificarán, a solicitud de la contratista, sus contratos de obra pública en alguna de las siguientes categorías de obra: I. Obras de Arquitectura, II. Obras Viales, III. Obras de Vivienda, IV. Obras de Saneamiento y Agua Potable, V. Obras Hidráulicas (P.E.N P. E., 2002, pág. 4)

En ese orden de ideas, la Variación de Referencia se calculaba como el promedio ponderado de las variaciones de precios de cada insumo, según la estructura de ponderación de insumos principales. “La Variación de Referencia así calculada, y siempre que supere el 10% establecido en el Artículo 2º del presente Decreto, será condición necesaria para iniciar la redeterminación de precios” (P.E.N P. E., Decreto 1295/2002, 2002, pág. 4).

El régimen aprobado por el decreto 691/2016 no contempla, a diferencia del anterior, categorías de obras predeterminadas con su correspondiente estructura de ponderación de insumos y fuentes de información de los precios.

Es por esa razón que se obliga, en el Art N° 5 del régimen actual que como contenido necesario “en los pliegos de bases y condiciones establezcan la correspondiente estructura de ponderación

³³ La Procuración se ha expedido en este sentido “Se inician estas actuaciones con la presentación realizada por la Cámara Argentina de la Construcción ante la Dirección Nacional de Vialidad donde ellos piden cambiar los Índices utilizados que son los publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos(INDEC) por no representar a su modo de ver la real variación de dicho factor en las construcciones viales para el cálculo de la Variación de Referencia “ (P.T.N P. d., 2008, pág. 8).

En conclusión la PTN consideró que “resulta valido afirmar que resultan competentes para sustituir los índices de referencia aplicables , cuando lo consideren necesario, siempre que exista el debido fundamento técnico que, con absoluta claridad, revele la inexistencia de mediciones del Indec o que estas no resulten aplicables “ (P.T.N P. d., 2008, pág. 8).

de los insumos principales y las fuentes de información de los precios correspondientes”. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5)

Esta estructura es un subconjunto de los insumos principales, entre 8 y 12 insumos por lo general, de ese contrato en particular organizados en forma de polinómica “para que a través de un cálculo sencillo, se pueda evaluar el impacto de la inflación de forma de poder hacer la adecuación provisoria del contrato” (A, 2020, pág. 5).

Este remedio normativo, establecido en el instituto actual, sortea las distorsiones que podía generar el régimen anterior en relación a la representatividad de dichas estructuras e índices respecto de la singularidad de la obra licitada.

También contempla la nueva legislación que en el caso de modificación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y que ello conlleve, una alteración en alguno de los componentes que forman parte de la estructura de ponderación de los insumos principales, el comitente deberá ajustarlo con la previa intervención de la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios.

Forma de Redeterminación y Variación de Precios

La forma de redeterminación, al igual que la utilizada en el anterior régimen, es por el sistema de análisis de precios.

Serán redeterminados cada uno de los precios de los ítems que componen el cómputo y presupuesto del contrato. Para eso, según el régimen actual, se tendrán en cuenta los ítems que componen la estructura de costos o análisis de precios de cada uno de los ítems desagregados del contrato, incluidas las cargas sociales y tributarias o su incidencia en el precio total.

Según el art. 7° “Los precios o índices de referencia a utilizar van a ser los aprobados por el comitente al momento de la adjudicación” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 2).

En el régimen anterior la forma de redeterminación sigue esa misma lógica, la contratista debía presentar los análisis de precios junto con la oferta, y el comitente deberá expedirse respecto de su razonabilidad.

Con el fin de calcular la variación de precios de cada factor, en el régimen actual se tomarán como punto de partida la oferta o la última redeterminación hasta el mes en que se haya alcanzado la variación de referencia promedio conforme el art. 8°. En ese mismo orden de ideas se rige la reglamentación anterior, según lo establecido en su art 2°.

Estabilidad tributaria:

El art. 10° del régimen actual mantiene la cláusula de estabilidad tributaria del decreto anterior, en cuanto dispone que:

Los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales, trasladables al consumidor final, serán reconocidos en el precio a pagar al contratista a partir del momento en que entren en vigencia las normas que los dispongan, en su probada incidencia. Las reducciones de las alícuotas impositivas, aduaneras y/o de cargas sociales, trasladables al consumidor final, serán deducidas del precio a pagar" (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5).

En el decreto 1295/ 2002 en su art 5°, tiene las misma consideración que tiene el régimen actual respecto a las variaciones tributarias.

Renuncia del Contratista.

En la misma sintonía que el punto precedente tanto el anterior régimen,³⁴ como el actual establecen una cláusula de renuncia del contratista.

En el Anexo I, Art 11° del decreto 691/2016 dispone una cláusula de renuncia a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos y gastos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza resultantes del proceso de redeterminación al suscribir el acta de redeterminación.

Algunos autores se manifiestan en contra de esta disposición. Cornet afirma “Admitir una cláusula de renuncia transforma, de hecho, un contrato conmutativo en aleatorio, sin que las prestaciones se ajusten a esta modalidad” (2002, pág. 14).

Anticipo Financiero y Acopio de materiales:

En relación al anticipo financiero y acopio de materiales, el decreto vigente en su art 13° dispone que los montos abonados por dichos conceptos no estarán sujetos al régimen a partir de la fecha de su efectivo pago.

³⁴ En el régimen del decreto 1295/2002, se establecía en su art 11.

En igual lógica, habla la Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 aclaratoria del decreto 1295/2002 en su art 4° “Los anticipos financieros otorgados a los contratistas mantendrán fijo e inamovible el precio de los ítems y/o del contrato, según corresponda, en la proporción de dicho anticipo.” (Ministerio de Economía y Secretaria de obraPublica, 2002, pág. 1).

Adicionales y modificaciones del Contrato

Tanto en el régimen actual como en la reglamentación anterior, los adicionales y las modificaciones del contrato están sujetos al mismo régimen de redeterminación de precios aplicado al contrato original.

Sin embargo existe una diferencia en el criterio de su cotización. Para el régimen del Decreto 1295/2002, se establecía que los adicionales y modificaciones, debían cotizarse a los precios de “la fecha de oferta reflejando los valores de los insumos correspondientes a dicha oportunidad” (Ministerio de Economía y Secretaria de obraPublica, 2002, pág. 2).

A diferencia, en el decreto 691/ 2016 se establece que “los precios serán considerados a valores de la última redeterminación de precios aprobada si la hubiere y les serán aplicables las adecuaciones provisorias de precios que se encuentren aprobadas para el contrato hasta ese momento” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 5).

Garantía de contrato.

En idéntico razonamiento con la normativa anterior, el régimen actual, establece que se debe actualizar el monto de la garantía de cumplimiento del contrato para llevarlo al monto de la nueva situación tanto sea de adecuación provisorias como de redeterminación definitiva de precios.

En el caso del decreto 691/2016, en su art 27 inciso e), para las adecuaciones provisorias dispuso que “se fijará el nuevo monto de la garantía de contrato teniendo en cuenta el porcentaje de variación de referencia que corresponde reconocer respetando el porcentaje estipulado en el contrato para dicha garantía.” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 8)

También establece, en el art 28, que el acto administrativo aprobatorio de la adecuación provisorias dejara constancia del nuevo monto de la garantía de contrato que debe integrar el contratista.

Readecuación del plan de Inversiones:

También existe una similitud en el régimen actual y el anterior respecto a la readecuación del plan de inversiones por parte del comitente.

Según establece el art 13° del decreto 1295/2002, el comitente debe readecuar el plan de trabajo y curva de inversión de la obra, sin exceder las previsiones presupuestarias y financieras, al nuevo monto contractual.

Por el otro, el decreto 691/2016 dispone, en su art 28°, que los comitentes deberán adecuar, si correspondiere, el plan de trabajos y la curva de inversiones de la obra, sin exceder las previsiones presupuestarias y financieras que permitan el cumplimiento del nuevo precio contractual.

Momento de la Redeterminaciones definitivas:

Con la reglamentación actual, las redeterminaciones definitivas se realizan en la etapa final de extinción del contrato y no secuencialmente luego de cada adecuación provisoria como con el régimen anterior.

Esta lógica obedece a los fines explicitados en los considerandos de este decreto actual, es decir darle mayor celeridad y dinamismo al procedimiento de redeterminación para mantener dicho equilibrio contractual y acortar los tiempos de tramitación de los procesos de redeterminación de precios de los contratos y evitar la gran cantidad de reclamos administrativos y judiciales.

Sin embargo, la reglamentación prevé en el segundo párrafo del art 31°, la posibilidad de realizar Redeterminaciones Definitivas³⁵:

Sin perjuicio de lo expuesto, el comitente, de oficio o a pedido del contratista, en atención a las características particulares del contrato o a otras circunstancias que así lo exijan, podrá efectuar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, con la periodicidad que se estime necesario. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 8)

³⁵ Este tema fue analizado en profundidad en el apartado 5.4.2. Propuestas de Mejoras al sistema actual de redeterminación de precios.

Intervención del Servicio Jurídico del Organismo Comitente:

Otra diferencia que puede marcarse entre la reglamentación actual y la anterior es el momento en que interviene Servicio Jurídico del Organismo Comitente.

En el régimen anterior 1295/2002, es previo a la intervención de la SIGEN conforme lo señala la resolución 55/ 2012 de la SIGEN³⁶. En cambio en el régimen vigente, la intervención del servicio jurídico es posterior a la intervención de la comisión asesora creada como organismo técnico, según lo establece el Art 35°.

A continuación se exponen una comparación de ambas normativas tratadas en este apartado:

³⁶ Puede ampliarse en Resolución 55/ 2012 de la SIGEN en (SIGEN, 2012)

Tabla 1. Comparación de la Reglamentación de Régimen de Redeterminación de Precios, Decreto 1295/2002 y Decreto 691/2016.

	Variables	Regimen 1295/2002 (Anterior)	Regimen 691/2016 (Vigente)	Similitud o Diferencia	Observación
Regimén de Redeterminación de precios.	Antecedente Normativo.	Ley 13094 y el Decreto 1312/1993. Ley 25.561, Decreto 214/2002	Ley 13094 y el Decreto 1312/1993. Ley 21561, Decreto 214/2002 y decreto 1295/2002.	Diferencia	
	Contexto	Dada las características de la emergencia pública declarada por la Ley N° 25.561 y la necesidad de adecuar determinadas disposiciones vigentes en la materia, se dictó el Decreto N° 1295 de 2002, mientras se mantuviera la prohibición del Artículo 8° de la Ley N° 25.561 antes mencionada. Los cambios producidos han establecido nuevas reglas económicas, que difícilmente pudieron ser previstas por los contratistas de obras públicas al hacer las ofertas con anterioridad al 6 de enero de 2002. Las circunstancias económicas han producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos.	La aplicación del Decreto N° 1295/2002 se ha visto afectada en los últimos tiempos, entre otras causas, por el aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de sustanciación de los procedimientos de redeterminación de precios de los contratos. Asimismo, la alteración de la ecuación económico financiera de los contratos de obra pública ha importado un aumento significativo de los reclamos administrativos y judiciales. Todo lo mencionado conllevó a que un gran número de obras públicas de vital importancia para el país se encuentren paralizadas o con un grado de avance significativamente menor al que le hubiese correspondido.	Similitud	En ambos casos se dio un contexto de crisis económicas, desajustes en los precios de los contratos de obras no previstos por los contratistas y la consecuente ruptura económica financiera y paralización de obras.
	Fin de Normativa	Restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública, regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias permitiendo una excepcional redeterminación del precio de los contratos en ejecución para reactivar el sector de la construcción y su efecto multiplicador en la economía.	Mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y consultoría de obra pública, garantizando de esta manera la continuidad de su ejecución aplicando el principio de esfuerzo compartido y permitiendo, a su vez, la celebración de nuevos contratos que otorguen mayor certeza y transparencia para contribuir a la reactivación del sector de la construcción, trayendo aparejado un significativo aumento de la demanda de mano de obra requerida a tal efecto.	Similitud	Ambos tienen como fin mantener el equilibrio económico financiero de los contratos.
	Invitación a adhesión o a dictar normas similares	A las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el dictado de normas similares en sus respectivas jurisdicciones.	A las Provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los Municipios, a las empresas y sociedades del Estado, a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y a los Fondos Fiduciarios integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional.	Diferencia	Se amplía la invitación a adherirse al nuevo régimen, como por ejemplo los Fideicomisos Públicos.
	Ambito de aplicación Subjetivo	Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada. (art 14)	Administración Pública Nacional en los términos de lo previsto en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias. (Art 2)	Diferencia	Se amplían los sujetos a quien se les aplica el Regimén.
	Ambito de Aplicación Material	Contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064, y sus leyes complementarias y modificatorias(art 1).	Contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus leyes modificatorias y complementarias y a los Contratos de Consultoría de Obras Públicas regidos por la Ley de Servicios de Consultoría N° 22.460 que tengan un objeto directamente relacionado con una obra pública(art 2).	Diferencia	Se agrega a los contratos de Consultoría de Obra pública, novedad respecto al regimen anterior.

	Variables	Regimen 1295/2002 (Anterior)	Regimen 691/2016 (Vigente)	Similitud o Diferencia	Observación
Regimén de Redeterminación de precios.	Organismo de Control y Seguimiento.	Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción (art 10).	Comisión de Control y Seguimiento en el ámbito del Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda(art 4, 5 y 6).	Diferencia	La Comisión de Control y Seguimiento tiene finalidades más específicas y una ampliación en su composición, atento a que duplica el número de miembros y admite la posibilidad de que se convoque a legisladores o a instituciones vinculadas.
	Organismo Asesor Técnico en los Procedimientos de Redeterminación de precios	Sindicatura General de la Nación(art 12).	Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios (art 20).	Diferencia	La SIGEN, solo intervenía en dos momentos: con la primer acta y previo a la recepción definitiva .
	Admisibilidad- Sistema de clausula gatillo- Umbral de Revisión.	Cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 10% a los del contrato o precio de la última redeterminación. (art 6).	Cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 5% a los del contrato o precio de la última redeterminación (art 3).	Diferencia	Ambos utilizan el sistema de clausula gatillo , pero el regimen 691/ 2016 disminuye sustancialmente el mismo y en ambos el procedimiento no es de oficio sino a solicitud de contratista.
	Oportunidad de redeterminación/ Nuevos precios.	Los nuevos precios que se establezcan se van a aplicar sobre la parte del contrato que falte ejecutar al inicio del mes en que se produce la variación de referencia promedio(art 2 y 3).	Los nuevos precios que se establezcan se van a aplicar sobre la parte del contrato que falte ejecutar al inicio del mes en que se produce la variación de referencia promedio(art 4 y 9).	Similitud	La reglamentacion actual refleja que la aprobación de la redeterminación continúa siendo hacia el futuro como en el decreto anterior 1295/2002.
	Oportunidad - Solicitud de Redeterminación	No existe plazo para la presentación de la solicitud de redeterminación de precios. Sin embargo, no puede haber presentación luego del cierre de cuentas.	En el supuesto de que la solicitud de redeterminación y adecuación provisoria se hubiere presentado pasados 45 días corridos contados desde el último día del mes en que se haya alcanzado la variación de referencia, los nuevos precios se aplicarán a la parte de contrato faltante de ejecutar a la fecha de aquella solicitud.(Art 9)	Diferencia	La solicitud de redeterminación debe ser realizada por la contratista no de oficio en ambos casos pero en el regimen actual ,se establece un plazo de 45 días desde el ultimo día del mes del gatillo para presentar la solicitud de redeterminación. Esta limitación a la aplicación de nuevos precios es novedosa del regimen 691/2016.
	Obligaciones en Mora	Las obras públicas que no se hayan ejecutado o que no se ejecuten en el momento previsto en el plan de inversiones , se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder. (art 3)	No se redetermina , aplican nuevos precios a las obligaciones que se encuentren en mora por causas imputables al contratista conforme al último plan de trabajo aprobado. (art 12)	Similitud.	Limitación Nuevos precios . Obligaciones en mora. En ambos regimenes no se aplica nuevos precios sobre la porción de la obra que se encuentre en mora según el ultimo plan de trabajo aprobado al mes donde opera el gatillo.

	Variables	Regimen 1295/2002 (Anterior)	Regimen 691/2016 (Vigente)	Similitud o Diferencia	Observación
Regimén de Redeterminación de precios.	Analisis de precios.	Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total de la prestación: a) El precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra;b) El costo de la mano de obra de la construcción;c) La amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos;d) Todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente. (Art 4)	Los nuevos precios se determinarán ponderando, según su probada incidencia en el precio total: (a) el costo de los materiales y de los demás bienes a la obra, (b) el costo de la mano de obra, (c) la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos y (d) todo otro elemento que resulte significativo, a criterio del comitente, en su probada incidencia en el precio total. En el caso de las consultorias, en lo que respecta al contrato de consultoría de obra pública, los limita sólo a las variaciones de los costos de mano de obra y traslado (Art.5)	Similitud	En ambos casos se utilizan los analisis de precios para el calculo de las redeterminaciones definitivas.
	Alcance de la redeterminación de precios	Parcial. Un diez por ciento (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del mismo (Art 4)	Total . Sobre el 100% del contrato.	Diferencia	Esta es una diferencia sustantiva, el regimen 691/2016 no contiene el termino fijo del decreto 1295/2002.
	Precios de Referencia Fuentes de Información.	Los precios de referencia, se obtendrán del INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente (art. 8°).	Los precios de referencia, el nuevo régimen conserva el criterio de que se obtendrá del INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente (art. 6°).	Similitud	Se conserva el criterio del regimen anterior.la fuente de Información será el INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente.
	Estructura de ponderación de Insumos Principales para el calculo de la Variación de Referencia.	Establecida por el comitente segun la clasificacion de sus contratos de obra pública en alguna de las siguientes categorías de obra:I. Obras de Arquitectura,II. Obras Viales,III. Obras de Vivienda,IV. Obras de Saneamiento y Agua Potable ,V. Obras Hidráulicas. La estructura de ponderación de insumos principales y las fuentes de información de los precios correspondientes a cada categoría de obra d. (Art 6)	Establecida por el comitente en los pliegos de bases y condiciones. El decreto obliga al comitente que como contenido necesario, en los pliegos de bases y condiciones establezcan la correspondiente estructura de ponderación de los insumos principales y las fuentes de información de los precios correspondientes. (Art 5°)	Diferencia	Esta remedio regulatorio del 691/2016, evita las distorsiones que podía generar el régimen anterior en relación a la representatividad de dichas estructuras e índices según categorías respecto de la singularidad de la obra licitada.
	Forma de Redeterminacion	Por analisis de precios o estructura de costos presentada por la contratista de todos los items del contrato. (art 5)	Por Analisis de Precios o estructura de costos. Según el régimen actual, se tendrán en cuenta los ítems que componen la estructura de costos o análisis de precios de cada uno de los ítems desagregados del contrato. (art 7)	Similitud.	El sistema estabilizador del precio en ambos casos es por analisis de precios.
	Variación de precios.	En el régimen 1295/2002, se tomaba como punto de partida la oferta o la última redeterminación hasta el mes en que se haya alcanzado la variación de referencia promedio. (art 2°)	En el régimen actual se tomarán como punto de partida la oferta o la última redeterminación hasta el mes en que se haya alcanzado la variación de referencia promedio (art. 8°).	Similitud.	
	Variaciones de cargas tributarias	Los aumentos y disminuciones de las cargas impositivas, aduaneras o de cargas sociales seran reconocidas del precio a pagar al contratista (art 5)	Los aumentos y disminuciones de las cargas impositivas, aduaneras o de cargas sociales seran reconocidas del precio a pagar al contratista (art 10)	Similitud	
	Renuncia del Contratista.	Se renuncia a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza con la suscripción del Acta de Redeterminación de Precio. (art 11)	Se renuncia a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos y gastos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza resultantes del proceso de redeterminación al suscribir el acta de redeterminación. (art 11)	Similitud	

	Variables	Regimen 1295/2002 (Anterior)	Regimen 691/2016 (Vigente)	Similitud o Diferencia	Observación
Regimén de Redeterminación de Precios	Anticipo Financiero y Acopio de materiales	Los anticipos financieros otorgados a los contratistas mantendrán fijo e inamovible el precio de los ítems y/o del contrato. (Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 aclaratoria del decreto 1295/2002, Art 4)	Los montos abonados por Anticipo Financiero y Acopio de materiales, no estarán sujetos al régimen a partir de la fecha de su efectivo pago. (Art 13)	Similitud	
	Ampliaciones y modificaciones del contrato	Los adicionales y modificaciones de obras estarán sujetos al mismo régimen de redeterminación de precios de los contratos originales, (Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 aclaratoria del decreto 1295/2002, Art 10)	Los adicionales y modificaciones de obra o de los trabajos de consultoría estarán sujetos al mismo régimen de redeterminación de precios aplicado al contrato original. (Art 14)	Similitud	
	Garantía Contractual	La contratista deberá integrar la garantía de cumplimiento del contrato que restablezca la proporción del contrato fijada en los pliegos. (Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 aclaratoria del decreto 1295/2002 , Art 14)	Se debe actualizar el nuevo monto de la garantía de contrato que debe integrar el contratista, según la adecuación provisoria o Redet definitiva aprobada.(Art 27 y 28)	Similitud.	
	Readecuar el plan de Inversiones.	El comitente debe readecuar el plan de trabajo y curva de inversión de la obra sin exceder las previones presupuestarias y financieras al nuevo monto contractual.(Art 13)	Los comitentes deberán adecuar, si correspondiere, el plan de trabajos y la curva de inversiones de la obra, sin exceder las previsiones presupuestarias y financieras que permitan el cumplimiento del nuevo precio contractual (Art 28)	Similitud.	
	Obligación de documentación a presentar junto a la oferta , sino descalificación de la misma.	a) El presupuesto desagregado por ítem, indicando volúmenes o cantidades respectivas y precios unitarios, o su incidencia en el precio total, cuando corresponda. b) Los análisis de precios de cada uno de los ítems, desagregados en todos sus componentes, incluidas cargas sociales y tributarias. (Art 13)	a) El presupuesto desagregado por ítem, indicando volúmenes o cantidades respectivas y precios unitarios, o su incidencia en el precio total, cuando corresponda. b) Los análisis de precios o estructura de costos de cada uno de los ítems, desagregados en todos sus componentes, incluyendo cargas sociales y tributarias. (Art 19 inciso c)	Similitud	
	Adecuación Provisoria - Plazo para Solicitud	No existe plazo establecido.	El plazo para la solicitud es hasta 30 días corridos anteriores a la finalización de la obra. (Art 21)	Diferencia	Novedad, no existía plazo para resolución en el decreto anterior.
	Adecuación Provisoria - Plazo para Resolución	No existe plazo establecido.	El plazo de Resolución es de 30 días hábiles contados desde presentada la solicitud hasta el acto administrativo de aprobación o rechazo. (Art 22)	Diferencia	Novedad, no existía plazo para resolución en el decreto anterior.
	Factor de Adecuación Provisoria	Representa el porcentaje equivalente al 90% de la Variación de Referencia acumulada en el período del que se trate. (Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 Art 7 a) ii)	Representa, el 90% de la variación de referencia .(Art 23)	Similitud	
	Momento de realización de la Red. Definitiva	Con cada gatillo, secuencialmente luego de cada adecuación provisoria.	Al final con la extinción del contrato. Sin embargo el comitente puede solicitarlo de oficio en cualquier momento. (Art 31)	Diferencia	Esta novedad que trae el regimen actual, obedece a la logica de disminución de tiempos en los procesos de Red,darle mayor celeridad al procedimiento ya que los tiempos de las Adecuaciones Provisorias son mas rápidos.
	Redeterminación Definitiva . Plazo para resolución	No existe plazo establecido.	El plazo es de 90 días corridos desde la suscripción del acta de recepción provisoria . (Art 32)	Diferencia	Con esta modificación, también se le intenta dar mayor celeridad al proceso.
Dictamen del servicio jurídico permanente del organismo	Previo a la intervención del órgano Técnico SIGEN. Según resolución N 55 de la SIGEN	Luego de la intervención de la Comisión de Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios (Art 35)	Diferencia		

Nota: Esta tabla muestra de forma sintética las principales similitudes y diferencias entre el instituto actual de redeterminación de precios, Decreto 691/2016 y el régimen anterior, Decreto 1295/2002.

Fuente: Elaboración propia en base a análisis documental y normativo.

(P.E.N P. E., Decreto 1295/2002, 2002) (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016)

5.1.2 Procedimiento de Redeterminaciones definitivas y adecuaciones provisorias, Decreto 691/2016,

En los capítulos II, III y IV del Decreto 691/2016, Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública, se instaura el procedimiento de redeterminación de precios.

Se observa que el decreto 691/2016 establece para el procedimiento de redeterminación de precios dos etapas, en su art 16°:

- 1- un régimen de adecuación provisoria, según la denominación del reglamento y
- 2- uno de redeterminación definitiva, el que se efectuará al finalizar el contrato³⁷ que comprende todas las adecuaciones provisorias aprobadas.

La reglamentación detalla las pautas procedimentales que se deberán cumplir para solicitar la redeterminación:

- La solicitud de redeterminación que realice el contratista debe respetar la estructura de precios por ítem presentada en el análisis de precios contenido en la oferta (art. 18).
- Se redeterminarán los precios de cada uno de los ítems que componen el contrato.
- Los nuevos precios que se determinen se aplicarán a la parte del contrato faltante a ejecutar.
- La Variación promedio de referencia debe calcularse como el promedio ponderado de las variaciones promedio de cada insumo.
- Los requisitos que deben incluir los pliegos de bases y condiciones de los procedimientos licitatorios elaborado por el comitente son: a) indicación del régimen de Redeterminación de Precios decreto 691/2016 como norma aplicable, b) la estructura de ponderación de insumos principales o la estructura de costos

³⁷ Como se mencionó en el apartado anterior, el comitente, de oficio o a pedido del contratista, en atención a las características particulares del contrato o a otras circunstancias que así lo exijan, podrá efectuar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, con la periodicidad que se estime necesaria.

estimada y las fuentes de información de precios base para calcular el factor de adecuación provisoria.

Asimismo deben incluir la obligación del oferente de presentar el presupuesto desagregado por ítem, el análisis de precios o estructura de costos por ítem y los precios de referencia asociados a cada insumo (art. 19 inciso c).

La consecuencia jurídica que trae aparejado el incumplimiento por parte de los oferentes de presentar juntamente con la oferta la documentación prevista en el art. 19, inc. c), es la inadmisibilidad de la oferta.

5.1.2.1 Procedimiento de adecuación provisoria de precios

El capítulo III del Decreto 691/2016, regula el Procedimiento de adecuación provisoria de precios.

Es muy relevante observar que el diseño del nuevo régimen exige al comitente, tener mayor consideración sobre la definición de la estructura de ponderación de insumos principales, debido a que esa información se aplicará para fijar el porcentaje de adecuación provisoria.

En efecto, dado que la Adecuación Provisoria se aplica durante toda la vida del contrato tiene que ser representativa y su mayor o menor precisión tendrá incidencia en la magnitud de la diferencia, positiva o negativa, que pudiera arrojar la redeterminación definitiva que, por regla, según este régimen, se realiza en la etapa final del contrato.

Este nuevo régimen es concordante con la forma de pago en el contrato de obra pública, especialmente si se tiene en cuenta la modalidad de cancelación parcial y provisoria del precio en función del avance físico de la obra y sobre la base de la medición y de la certificación.

Solicitud de adecuación Provisoria:

Según el art 21°, el procedimiento se inicia a requerimiento del contratista, quien debe presentar la solicitud de adecuación provisoria de precios “hasta treinta días corridos anteriores a la finalización de la ejecución de la obra o prestación del servicio. Vencido dicho plazo, ninguna solicitud podrá ser aceptada” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 7).

En palabras de Guglielminetti “Dicho plazo tiene, por regla, carácter preclusivo y no ordenatorio” (2016, pág. 6).

Asimismo, se dispone que la tramitación de la adecuación provisoria no podrá excederse más allá de los treinta días hábiles contados desde que se presenta la solicitud hasta que se firma el acto administrativo que admite o deniega la adecuación.

La reglamentación no dispone la consecuencia jurídica que trae aparejada el incumplimiento por parte de la Administración de dicho plazo, por lo que la solución remite al régimen general del silencio negativo consagrada por el art. 10° de la LNPA:

El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. (Congreso de la Nacion Argentina, 1972, pág. 2).

Es destacable que el establecimiento de un plazo inferior al plazo general establecido por el art. 10° de la LNPA tiene por finalidad asignarle mayor celeridad al procedimiento de redeterminación de precios, por las razones explicitadas anteriormente.

Finalmente, teniendo en cuenta que en la dinámica del contrato de obra pública, la redeterminación definitiva, el cierre de cuentas y el certificado final constituyen, seguridades adecuadas para subsanar después las eventuales diferencias entre el resultado de la adecuación provisoria y la redeterminación definitiva.

Factor de Adecuación Provisoria:

Al igual que en el régimen anterior, las adecuaciones provisorias de precios serán equivalentes al 90% de la variación de referencia. La lógica obedece a evitar que no se generen diferencias a favor del comitente al resolverse las redeterminaciones definitivas de precios al final del contrato³⁸.

Las diferencias resultantes entre las adecuaciones provisorias de precios y las redeterminaciones definitivas serán liquidadas a valores del mes de la última redeterminación.

³⁸ Como se indicó en instancias anteriores, el comitente, de oficio o a pedido del contratista, en atención a las características particulares del contrato o a otras circunstancias que así lo exijan, podrá efectuar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, con la periodicidad que se estime necesaria.

Finalmente, se aclara que las adecuaciones provisorias no generan derecho a un nuevo precio de contrato, como así lo hace el trámite definitivo sino que estipula un valor de anticipo para darle tiempo a las redeterminaciones definitivas de concretarse.

Forma de Solicitud de Adecuación Provisoria.

En lo que respecta a la forma de la solicitud de adecuación provisorias, el contratista deberá presentar una nota conforme al modelo que se acompaña como Anexo I.A del decreto 691/2016. En esa presentación, se deberá asentar que ha existido una variación de referencia y acompañar el detalle del cálculo y documentación que respalde los índices utilizados para el cálculo.

Para el cálculo de dicha variación de referencia, según los establece el art 25°, se deberán utilizar los índices que surjan de la última publicación del organismo oficial que corresponda, INDEC u otro/s organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente al momento de la solicitud. En otras palabras, los primeros provisorios son los índices a utilizar.

Se debe conservar este criterio para todas las presentaciones, de forma de poder mantener la consistencia y que todos los índices tengan el mismo nivel de análisis.

Actuación de la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios

Una vez recibida la petición, y corroborado los requisitos de admisibilidad, la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios, deberá emitir un informe, según el art 27°, donde se verificará, básicamente, a) la procedencia de la solicitud, b) la correspondencia de los índices utilizados, c) el porcentaje de variación a aprobar, d) el período a partir desde que corresponde aplicar el porcentaje y, finalmente, e) determinará el nuevo monto de la garantía que se deba integrar con motivo de la variación del precio.

Acto administrativo de aprobación o rechazo de la adecuación provisorias

El art. 28° dispone que, de ser adecuada la solicitud de adecuación provisorias, deberá emitirse un acto administrativo de aprobación de la adecuación por la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo, previa intervención del servicio jurídico permanente competente.

Así, se detalla que en el acto administrativo se:

Dejará constancia de que se han cumplimentado los requisitos legales exigidos por la normativa vigente y fijará la adecuación provisoria de precios determinada, el mes a partir del cual corresponde su aplicación y el nuevo monto de la garantía de contrato que debe integrar el contratista. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 7)

En su defecto, en el caso de considerar que no se hallan reunidos los requisitos, previo dictamen legal, se rechazará la solicitud.

Por otro lado, en el art. 28º, in fine, se prevé la posibilidad de que la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo delegue la aprobación o el rechazo de las adecuaciones provisorias de precios del presente régimen.

Finalmente se explica que, el acto administrativo que apruebe o rechace la adecuación provisoria, “se debe notificar al contratista de forma fehaciente, según lo establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo- Ley 19549” (Congreso de la Nación Argentina, 1972).

5.1.2.2 Redeterminación Definitiva de Precios.

En el capítulo IV del decreto 691/2016, se regula el mecanismo de Redeterminación definitiva de precios.

Presentación del contratista

Como se indicó anteriormente, la redeterminación se llevará a cabo una vez finalizado el contrato, salvo que el comitente, de oficio o a pedido del contratista, realice redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, con la periodicidad que se estime necesario.

En ese momento, el contratista deberá acompañar el cálculo correspondiente a la redeterminación definitiva de precios, lo cual deberá llevarse a cabo dentro de los noventa días corridos posteriores a la suscripción del acta de recepción provisoria³⁹.

Dicha presentación deberá realizarse en soporte digital y de forma tal que permita la trazabilidad y verificación en el plazo antes mencionado.

³⁹ Cabe recordar, aquí, que con la recepción provisoria se inicia el proceso de extinción del contrato que requiere del tránsito de varias etapas, esto es, de la recepción provisoria, el período de garantía, la recepción definitiva, la liquidación final o cierre de cuentas, el pago del saldo del precio de la locación de obra y la devolución de las garantías, de corresponder.

Intervención de la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios

Tanto para las adecuaciones provisorias como para las redeterminaciones definitivas, el organismo promotor, deberá realizar un informe técnico, donde se evalúe entre otras cuestiones si el contrato tiene mora en su ejecución respecto al último cronograma aprobado por las partes, el estado actual de la obra, los adicionales aprobados, entre otros.

La Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios, una vez que haya corroborado el cumplimiento de los requisitos exigidos, efectuará o verificará los cálculos y emitirá el informe de redeterminación definitiva de precios del Contrato.

Una vez emitido el informe de la comisión y previo a la suscripción del acta de redeterminación, se produce la intervención del servicio jurídico permanente de la jurisdicción u organismo del comitente, según lo establece el art 35° del régimen vigente.

El art 34° establece que cumplida la intervención de la comisión y del servicio jurídico permanente, el contratista y el comitente suscribirán una Acta de Redeterminación de Precios en la que se determinarán los nuevos precios contractuales. Dicha acta, como mínimo, deberá contener:

a) La solicitud del contratista, b) Los precios redeterminados del contrato, c) El incremento de la obra o servicio de consultoría, expresado en monto y en porcentaje, d) Los análisis de precios o la estructura de costos, como así también los precios o índices de referencia utilizados, e) La nueva curva de inversiones y el plan de trabajo, si correspondiere, f) Constancia de que la suscripción del Acta de Redeterminación de Precios implica la renuncia automática de la contratista a todo reclamo) Deberá establecer expresamente la finalización de los procedimientos de adecuaciones provisorias, consignando la diferencia en más o en menos que corresponderá ser certificada, la que será liquidada a valores de la fecha de la última redeterminación. (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 8)

Acto administrativo de aprobación o rechazo del acta de redeterminación de precios

La máxima autoridad del organismo, dictará el acto administrativa por el cual se aprueba el acta de redeterminación, si el procedimiento cumplió los extremos legales exigidos por el

régimen actual. A partir de este momento el acta de redeterminación de precios producirá efectos jurídicos para las partes.

En caso de no verificarse los condicionamientos, la máxima autoridad dictará un acto administrativo rechazando la redeterminación de precios. En ambas situaciones, el plazo para resolver la aprobación o rechazo de la redeterminación de precios será de noventa días hábiles. Conforme lo establecido en el art 38° de la actual reglamentación, si la redeterminación arroja un saldo a favor de la Administración, se procederá a descontar del próximo pago que debiera realizarse. En el caso que no hubiere pagos pendientes, se requerirá la devolución al contratista en un plazo de treinta días corridos contados desde que fuera notificado, bajo apercibimiento de ejecutar el fondo de garantía o, en su defecto, de iniciar las acciones judiciales pertinentes. Luego de su entrada en vigencia, el 19 de abril del 2017, se emitió una Resolución Conjunta 1-E/2017⁴⁰(Régimen de Redeterminación de Precios, Decreto 691/2016- Normas aclaratorias y complementarias por parte del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, de Transporte y de Energía y Minería.

Las aclaraciones versan respecto de la aplicación de las cláusulas transitorias, la fijación de porcentaje de financiación externa en un contrato que permite crear un régimen específico, las tablas a utilizar durante el período en que no se publicó índices; fórmula para la aplicación de los arts. 17°y 23°, etc.

Tabla 2. *Procedimiento de Redeterminaciones Definitivas y Adecuaciones Provisorias, según Decreto 691/2016.*

⁴⁰ Según informan miembros de las comisiones de Redeterminación, estuvieron trabajando en un proyecto de nueva Resolución conjunta aclaratoria ya que se detectaron errores en la práctica de la implementación del régimen actual pero ese proyecto quedó suspendido por el cambio de gestión.

Entrada	Proceso	Salida
Solicitud de adecuación provisoria realizada por contratista	La Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los procesos de Redeterminación de Precios (CECyS) corrobora los requisitos de admisibilidad y emite un informe	Informe de la (CECyS)
Informe de la (CECyS)	El área de jurídicos permanente y competente interviene, analiza el informe y emite su dictamen sobre el procedimiento de adecuación provisoria.	Dictamen de jurídicos sobre la adecuación provisoria
Informe de la (CECyS) y Dictamen de jurídicos sobre la adecuación provisoria	La máxima autoridad del organismo, si es procedente la solicitud de adecuación provisoria emitirá el correspondiente acto administrativo aprobatorio de la adecuación provisoria de precios sino dictará el acto administrativo por el cual se rechace la solicitud de adecuación provisoria	Acto administrativo de aprobación o rechazo de la Adecuación Provisoria.
Acto administrativo de aprobación o rechazo de la Adecuación Provisoria.	Se notificará el acto administrativo que apruebe o rechace la adecuación provisoria al contratista	Acto administrativo de aprobación o rechazo de la Adecuación Provisoria notificado al contratista.
Solicitud de redeterminación definitiva de precios	La Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios del organismo del comitente, verificará o efectuará los cálculos, según corresponda, corrobora el cumplimiento de los requisitos exigidos por el presente régimen y emitirá el respectivo Informe de Redeterminación Definitiva de Precios del Contrato	Informe de la CECyS de Redeterminación Definitiva de Precios del Contrato.
Informe de la CECyS de Redeterminación Definitiva de Precios del Contrato.	El área de jurídicos permanente y competente interviene, analiza el informe y emite su dictamen sobre el procedimiento de redeterminación definitiva de precios.	Dictamen de jurídicos sobre la redeterminación definitiva
Dictamen de jurídicos sobre la redeterminación definitiva e Informe de Redeterminación de precios de la CECyS.	Suscripción de acta de redeterminación por comitente y contratistas con las exigencias que marca la reglamentación.	Acta de Redeterminación definitiva firmada por las partes.
Dictamen de jurídicos sobre la redeterminación definitiva, Informe de Redeterminación de precios de la Comisión y acta de redeterminación de precios suscripta.	La máxima autoridad del organismo, en caso de que el procedimiento seguido se ajuste a las previsiones previstas, emitirá el correspondiente acto administrativo aprobatorio del acta de redeterminación de precios suscripta. En caso contrario, la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo dictará el acto administrativo por el cual se rechace la de redeterminación de precios.	Acto administrativo de aprobación o rechazo del Acta de redeterminación definitiva

Nota: Esta tabla muestra de forma sintética las entradas , procesos y salidas (productos) que hacen al Proceso de Redeterminación de precios reglado por el Decreto 691/2016.

Fuente: Elaboración propia en base a análisis documental y normativo. (Decreto 691/16, 2016)

5.1.3 Conclusiones del apartado.

A modo de cierre de este capítulo, se recuerda que dos de los principios más importantes de los contratos administrativos son la continuidad y la intangibilidad de la remuneración del contratista que supone la idea de equilibrio económico financiero del contrato e igualdad de las cargas públicas.

Este último principio está plasmado en el art. 1º del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública aprobado por el decreto 691/2016, que expresamente establece que:

Tiene por objeto el mantenimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y de consultoría de obra pública financiados total o parcialmente con fondos del Estado nacional a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de los insumos (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 4).

El mantenimiento del equilibrio económico de los contratos importa porque hace a la continuidad de los mismos, otro principio fundamental de los contratos administrativos y en particular de los contratos de obra pública.

En materia de contratos de obra pública, son muchos los motivos de esta particular protección. Por un lado, se busca asegurar una debida ejecución de las obras, reducir y eliminar riesgos de forma de obtener ofertas más competitivas, impidiendo sobre costos innecesarios y del otro extremo, evitar exponer al contratista a una sobre carga que los haga caer en la ruina.

En el principio del capítulo, se realizó la comparación entre el decreto actual, N°691/2016 y el anterior, DecretoN°1295/2002, para definir similitudes y diferencias con el fin de poder determinar que cuestiones se intentan corregir con la reglamentación actual y que cuestiones aun quedaron sin solucionar.

Como se vio a lo largo de este apartado, el régimen actual de redeterminacion de precios implicó mejores condiciones respecto a su antecesor. A saber, las mejoras estuvieron en el alcance total y disminución del umbral de revisión. Como así también, implicó un progreso al permitir que

para cada licitación, el comitente pueda armar la estructura de ponderación de insumos principales acorde a cada obra⁴¹.

Sin embargo, hubo dimensiones que quedaron sin resolverse y otros aspectos cuyo desarrollo quedo condicionado al ejercicio de facultades discrecionales de la Administración. Como por ejemplo el diseño de la estructura de ponderación de insumos principales y las fuentes de información de precios seleccionados por comitente para cada contrato de obra, la modificación del porcentaje de la cláusula gatillo, la valoración de la oportunidad de realizar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, entre las más relevantes.

La importancia de conocer el Régimen actual radica en poder definir mejoras que lo conviertan en un sistema más eficiente y eficaz para cumplir el objetivo instrumental de su existencia, o sea restablecer el equilibrio contractual. Esto será desarrollado en el capítulo 5.4.

5.2 Antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.

El propósito de este apartado es hacer un recorrido por los antecedentes normativos en la temática de variación de costos de los contratos de Obra Pública.

El objetivo será analizar en cada etapa histórica, las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico para restablecer la ecuación económica financiero del contrato, considerando variables como: ámbito de aplicación subjetivo y material, contexto, modalidad, procedimiento de redeterminación, entre otros.

El 17 de julio de 1876 se sancionó la ley N°775, la primera Ley Nacional de Obra Pública. Dicha ley regulaba los procedimientos de selección, adjudicación y ejecución de contratos de obra pública. Sin embargo en su art 62°, establecía el siguiente principio general: “El contratista no podrá, bajo pretexto alguno de error u omisión de su parte, reclamar aumento de los precios del contrato” (Barra R. , 1976, pág. 328). Solo reconoció el derecho del contratista a ser indemnizado en aquellos supuestos de clara responsabilidad de la administración por el mayor costo de la obra.

A finales del siglo XIX, la construcción de obras tenía un consenso definitivo acerca de la función del Estado como proveedor de infraestructura para el desarrollo de actividades productivas.

⁴¹ Esto último resultó de mayor representatividad de la obra a la realidad, antes debían limitarse a las tipificaciones que establecía la Tabla I del Dto. 1295/02. Ver apartado 5.1.1

En el siglo XX, desde la crisis económica del año 30 en adelante, hubo un contexto caracterizado por el incremento de la obra pública y una intensa conflictividad sindical. La obra pública se utilizó como estrategia de reactivación de una industria multiplicadora y herramienta de empleo.

Las administraciones de Justo y Ortiz⁴² buscaron transformar, a tono con el clima keynesiano que empezaba a predominar en el mundo, las obras públicas en un programa planificado a largo plazo, con el objetivo de alcanzar el máximo impacto social. Se reconocía la necesidad imprescriptible de que el Estado fuera el autor del diseño de las Obras Públicas.

En el año 1942 se creó la Cámara Argentina de la Construcción y en el año 1944 la Unión de Obreros de la Construcción de la República Argentina (UOCRA).

Por otro lado, por efecto de la segunda Guerra Mundial y la grave situación económica de la época, muchas obras públicas quedaron paralizadas. Sumado a esto, por falta de norma expresa que regule este asunto, “la Administración no podía abonar a los contratistas las enormes variaciones producidas en los costos, principalmente en los materiales de importación” (Aberastury, 2013, pág. 9). En efecto, estas circunstancias obligaron al legislador a establecer un sistema especial para regular la variación de costos de obra.

Bajo este escenario, durante el gobierno de Perón nace el 2/1/1947 la ley N°12910, para resolver la problemática de la alteración de los precios en los contratos de obra Pública. Por otra parte, el 06/ 10/ 1947 se sancionó también la ley N°13094, ley Nacional de Obra Pública, en un ambiente de complejidad provocado por la magnitud creciente de las obras públicas en curso.

Los análisis de antecedentes legales sobre revisiones de precios, permiten definir diversos momentos normativos sustentados por:

- 1- La ley N° 12910 y normas de menor rango como los decretos N° 3772/64 y el 2348/76.
- 2- El sistema de convertibilidad normado por la Ley N°23928 y el dictado de normas específicas, especialmente los decretos N° 1312/93 y N° 1369/01.
- 3- El régimen de la emergencia económica y la reforma del sistema monetario y cambiario instituido por la ley N° 25561, y el decreto N° 1295/2002.
- 4- Situación Actual, decreto N° 691/2016. El análisis del decreto 691/2016, actualmente vigente, fue realizado en el capítulo anterior 5.1.

⁴² Gobierno de Agustín Pedro Justo (1932-1938) y Gobierno de Roberto M. Ortiz (1938-1940)

5.2.1 La ley N° 12910 y decretos complementarios y modificatorios.

En primer lugar se aclara que la ley 12910/1947 es una ley sin eficacia en la actualidad. Por medio del art. 1° de la ley 12.910, se reconocieron a las empresas las variaciones de costos en mas o en menos de los elementos determinantes del costo de la obra, es decir de “los materiales, el transporte, la mano de obra, los combustibles, y demás elementos determinantes del costo de las obras derivadas de la situación de emergencia consiguiente a la guerra y de los actos del poder público” (Congreso, 1947, pág. 1)

Por otro lado , en el artículo 3°, se estableció que no eran reconocidos los mayores desembolsos referentes al rubro de gastos de administración general de la empresa, como tampoco los que sean consecuencia de la imprevisión⁴³, negligencia, impericia o erróneas operaciones de los empresarios.

Es decir el riesgo del contratista se centraba sobre la base haber realizado correctamente sus costos al momento de la oferta, conforme a lo razonablemente previsible según el contexto económico financiero y legal.

Otra limitación al reconocimiento de mayores costos fue establecida en el art 4°, donde dice “En ningún caso los reconocimientos que resulten de la aplicación de la presente ley, podrán excederse a las mayores erogaciones comprobadas” (Congreso, 1947, pág. 1).

Según surge de la ley 12910, cada repartición designaba una comisión liquidadora, única de tres funcionarios, a los efectos de la liquidación de los reajustes determinados por esta ley. Las comisiones practicaban las liquidaciones mediante los siguientes procedimientos:

- a) Por aplicación de tablas que establecían la variación de costos, por semestre, durante los respectivos periodos de ejecución. Estas tablas debían ser confeccionadas en base a los elementos de juicio que poseía cada repartición y los que hayan aportado los contratistas.

- b) Por el reconocimiento de las pérdidas sufridas en cada obra, a revisión por los medios que establece el art 2° de la ley 12910 , mediante la comprobación de la contabilidad de la contratista, informes aduaneros de bancos oficiales y dictamen técnicos del

⁴³ Según Barra se utiliza el término imprevisión en un sentido diferente al señalado por la teoría de Imprevisión. El mayor costo que queda a cargo del contratista es el causado por la imprevisión culposa, provocada por el inexacto cálculo económico realizado por el contratista al momento de formular su oferta (La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública., 1976, pág. 331).

Ministerio de Obras Públicas de la Nación, pudiendo adoptarse soluciones transaccionales en caso de duda.

El art 2º otorgó la potestad a la Administración de resolver en cada caso la procedencia y modo de aplicación de los procedimientos. Estos dos procedimientos no se excluían recíprocamente y eran aplicados indistintamente a criterio de las comisiones, según lo considerado más justo en cada caso. Las resoluciones adoptadas eran aprobadas definitivamente por la autoridad competente.

En los casos en que se encontrasen total o parcialmente paralizadas las obras, la ley en cuestión establecía en el art 6º que:

Se examinará atendiendo a las causas particulares de la paralización, la posibilidad de proseguirlas mediante modificaciones en su estructura técnica, reajuste de precios y condiciones, prórrogas de plazos y otras medidas; o bien, si ello no fuera viable, se procederá a la rescisión de los respectivos contratos sin aplicación de penalidades. (Congreso, 1947, pág. 1)

En otras palabras, solo para el caso de que tal renegociación del contrato no fuera viable, se disponía la rescisión

La ley 12910 tuvo varios decretos y leyes que la reglamentaron e intentaron a través de sus disposiciones mantener el espíritu de equidad y justicia de la norma en cada momento y contexto de nuestro país.

Su primera reglamentación, el Dec. 11.511/1947 (hoy derogado), en su art. 31º, estableció el criterio de indemnizar en forma tabulada las mayores erogaciones que se generan por paralización parcial o total de una obra, producidas por actos de gobierno como compensación por los Gastos Directos Improductivos.

Es decir, los “llamados costos fijos directos, que no han podido ser recuperados por la empresa en razón de no haber producido y no poder destinar parte del precio a su pago” (Aberastury, 2013, pág. 9).

El concepto era que el monto indemnizable se calculaba como un porcentaje acumulado del contrato por año de paralización. Para las fracciones inferiores al año se determinaba la parte proporcional correspondiente.

Por otro lado, el decreto N° 11511/47, en su art 8° estableció la creación de la Comisión Arbitral, transformada luego en Tribunal Arbitral de Obras Públicas con composición colegida y paritaria.

El decreto N°1978/64 fue reglamentario de la Comisión Arbitral. Dicha institución fue considerada como una instancia de alzada ante las resoluciones de la comisión liquidadora por cuestiones vinculadas a las variaciones de costos.

Con el decreto 1496/91, en su art 6° se estableció la responsabilidad primaria y acciones del Tribunal Arbitral, ampliándose su funcionamiento a la resolución de controversias derivadas de contratos de obra pública, consultoría y concesión de obra pública “que opera a instancia voluntaria del contratista y cuyas decisiones poseen fuerza de verdad legal” (Crivelli J. C., 2004, pág. 154).

En esta instancia, se puede concluir que hasta ese momento la Ley N°12910, solo reconoció los costos variables. En efecto, ítems como la utilidad, amortización de equipos y gastos generales, no fueron considerados.

Sin embargo, tuvo en cuenta las erogaciones que siguen ocurriendo a pesar de la paralización de la obra, como son los gastos improductivos bajo los conceptos Gastos de Administración General de la empresa y Gastos Directos Improductivos.

Posteriormente, se dictó la ley N°15.285 en el año 1961. Esta norma mejoró respecto a la ley 12.910, pues en el art 1° reconoció las variaciones en los costos de otros ítems, anteriormente no reconocidos, tales como la Amortización del equipo, los Gastos Generales y los Gastos Indirectos:

A esos importes y en las obras que así estuviese estipulado, se les adicionará el porcentaje previsto para gastos indirectos y a los importes resultantes se les adicionará en concepto de variación de "gastos generales" un porcentaje del diez por ciento (10%) para las obras de arquitectura y del quince por ciento (15%) para las obras de ingeniería.” (Congreso, Ley 15285, 1960, pág. 1)

En relación a los Gastos Improductivos, se incrementaron los porcentajes de reconocimiento según lo establece el art 3° de la antedicha ley.

Decreto N° 3772/64:

Otra reglamentación importante a la ley N° 12910 lo constituyó el decreto N° 3772/1964, hoy derogado.

En los considerandos del decreto en cuestión se establecía que es necesario adecuar la reglamentación de la ley 12910 para que de su aplicación se cumpla el objetivo de la misma, de ajustar los valores de la obra pública a sus verdaderos valores con equidad y justicia⁴⁴:

Que el estudio de los distintos Decretos reglamentarios de la Ley 12910 y la apreciación objetiva de los resultados de su aplicación hacen necesaria la revisión de los mismos para adecuarlos al espíritu que determinó la sanción de la llamada Ley de Reconocimiento de Mayores Costos. (P.E.N P. E., 1964, pág. 1)

La mayor importancia de esta reglamentación está dada por la definición, en su Art 3º, de tres procedimientos que la comisión liquidadora, única por repartición compuesta por tres funcionarios, debían realizar a los efectos de la determinación de los reajustes y liquidaciones pertinentes. Los procedimientos eran los siguientes:

a) Por análisis de los costos para cada obra, por cuatrimestre, durante los respectivos períodos de ejecución; es decir análisis de precios, esto es el procedimiento llamado actualmente Redeterminación de precios.

b) Por el reconocimiento de las variaciones de costos de los elementos: mano de obra, materiales, transporte, combustible y lubricantes y otros elementos indicados expresamente en el pliego, real y justificadamente empleados en la ejecución de la obra.

Según Crivelli “este segundo sistema es el del reconocimiento de las variaciones efectivamente ocurridas, determinadas por medio de un sistema de auditoria⁴⁵” (2004, pág. 111)

c) Por fórmulas matemáticas deducidas de los análisis de costos pertinentes, establecidos en los pliegos de condiciones especiales, es decir las llamadas formulas polinómicas o paramétricas. Este sistema⁴⁶ “corrige los precios cotizados con un cociente que se obtiene mediante la

⁴⁴Según los considerandos del decreto 3772/64, “el propósito de asegurar la equidad y la justicia se ha visto desvirtuado en la práctica por la complejidad de las formas de liquidación formuladas en base a la reglamentación vigente, con el consecuente perjuicio para el Estado” (P.E.N P. E., 1964, pág. 1).

⁴⁵ . Es sistema de auditoria no se aplica en nuestro país y tampoco en la legislación comparada por su difícil aplicación práctica.

⁴⁶ Este sistema según surge de la doctrina mayoritaria y los considerando del decreto 1913 y 1295 es inaplicable.

relación matemática entre los precios de plaza del ítem en el momento de la corrección (momento actual) y los precios de plaza en el momento de cotización (precios básicos)” (Crivelli J. C., 2004, pág. 106)

Estos tres procedimientos no se excluían recíprocamente y podían ser aplicados en forma indistinta, aunque sea en aspectos parciales de una misma obra.

Por su parte, el contratista debía mostrar su conformidad o reparo a la liquidación practicada.

Asimismo, y para obras de tipo común, el decreto mencionado establecía que “la comisión podrá fijar tablas de costo sobre la base de los costos determinados por los procedimientos precedentes, y teniendo en cuenta los porcentajes de los elementos determinantes de los costos de cada ítem y para cada obra, por períodos cuatrimestrales” (P.E.N P. E., 1964, pág. 2).

Por otro lado, se establecía una limitación al reconocimiento de las obligaciones en mora en el Art 7° del decreto 3772/64. El retardo o paralización de las obras de responsabilidad del contratista implicaba que las liquidaciones se efectuaban sobre los valores que regían al momento en que correspondía ejecutar los trabajos. Al efecto, el oferente debía presentar un plan de trabajo con la oferta, sometida a estudio por las oficinas técnicas correspondientes.

De igual modo, en ningún caso, y cualquiera sea el procedimiento de liquidación que se adopte, el reconocimiento podía exceder a las mayores erogaciones que haya realizado el contratista, reservándose el comitente el derecho de verificarlas, según lo dispuesto en el Art 3°.

Otro límite al reconocimiento a los mayores costos establecido por el decreto 3772/64 en su Art 8°, eran la imprevisión, impericia o erróneas operaciones y negligencia de los contratistas.

En resumen, se estableció en el decreto reglamentario a la ley 12910, tres limitaciones al reconocimiento de los mayores costos: obligaciones en mora, las erogaciones efectivamente realizadas y por últimos los gastos causados por la impericia o negligencia de la contratista.

De igual modo, este decreto tiene un apartado especial donde menciona a las Obras paralizadas. Según lo establece el Art. 14° de la Ley, se entenderá por trabajos totalmente paralizados:

Aquellos en que no se haya ejecutado obra alguna durante un lapso equivalente al veinte por ciento (20%) del plazo contractual, por causas imputables a los actos de los poderes públicos (...) o por otras causas excepcionales e imprevistas, sobrevinientes al contrato, originadas en la

situación económica de la plaza. (Párrafo incorporado por Decreto 2874/1975, Art. 1). (P.E.N P. E., 1964, pág. 3)

Se entenderá por trabajos parcialmente paralizados a:

Aquellos en los cuales durante un período equivalente al 30% del plazo contractual, y por las mismas causas citadas, el valor de los trabajos ejecutados a los precios contractuales sea inferior al cincuenta por ciento (50%) de la Inversión que corresponda al mismo período en el Plan de Trabajos oportunamente aprobado por la administración. (P.E.N P. E., 1964, pág. 3)

El decreto 3772/1964 había dispuesto en sus art 22° y 23° dos alternativas para determinar los análisis de precios a saber: análisis de precios o formulas polinómicas suministradas por la administración en el pliego de condiciones y los análisis de precios preparados por los oferentes.

Finalmente, según lo estableció el art 17° del decreto en cuestión , sustituido por el decreto 2347/1976, se procederá a la rescisión del contrato y a la devolución de los depósitos de garantía y fianza cuando la reestructuración del proyecto o renegociación del contrato no sea posible por falta de acuerdo entre las partes⁴⁷.

Decreto 2874 y 2875 de 1975

En nuestro país, a mediados de la década del 70, se produjo una terrible crisis económica conocida como Rodrigazo⁴⁸ “plan extremo de ajuste externo y fiscal que a pesar de las alzas brutales de precios no logró la redistribución regresiva del ingreso que procuraba debido a la

⁴⁷En ese mismo artículo aclara que “Los materiales adquiridos por el contratista para la obra que sean de recibo con los cuales él no quiera quedarse, deberán ser adquiridos por la Administración a los precios vigentes en plaza o en su caso a los de acopio en la proporción en que el comitente hubiere concurrido a su financiación. Asimismo, la Administración podrá convenir con el contratista la adquisición de las instalaciones y equipos que estime necesarios para la prosecución de la obra” (Poder Ejecutivo, 1964, pág. 3).

⁴⁸ En términos históricos, “Rodrigazo” refiere al plan de ajuste promovido por el ingeniero Celestino Rodrigo, designado por Isabel Perón e íntimo colaborador de López Rega. La tasa de inflación llegó hasta el 777% anual y los precios nominales subieron un 183% al finalizar el ciclo 1975. Se produjo el desabastecimiento de gran cantidad de productos esenciales, entre ellos alimentos, combustibles y otros insumos para transporte.

resistencia de los sindicatos” (Rapoport, 2010, pág. 9). Esta crisis tuvo graves efectos como alta inflación, devaluación y gran desabastecimiento de todo tipo de insumos.

Como consecuencia de distorsiones sobrevinientes y significativas, entre los años 1974 y 1975, según los considerandos del decreto 2875/1975, se había podido comprobar que en muchos casos, resultaban inadecuados y por tanto inequitativos los métodos adoptados contractualmente para la liquidación de las variaciones de costos, ya que en su aplicación práctica no arrojan resultados que reflejen fielmente las mayores erogaciones sufridas por los contratistas de obras.

En consecuencia, conforme lo establecía el art 1° del decreto 2875/1975, las comisiones liquidadoras ante estas distorsiones significativas y ante la pérdida de eficacia de los sistemas de variaciones de costos, debían resolver una nueva mecánica que sea adecuada a las condiciones existentes de la ejecución de la obra y que refleje de forma equitativa las verdaderas variaciones de costos.

Asimismo, aclaraba que tal procedimiento no afectaba los principios de contratación de obra y satisfacía:

Las disposiciones y finalidades de la Ley N°. 12.910, y también las exigencias de una justicia conmutativa, de conformidad a lo prescripto por el artículo 1198 del Código Civil, mejorando equitativamente los efectos del contrato, por haberse tornado excesivamente onerosa la prestación de una de las partes a raíz de circunstancias imprevistas. (P.E.N P. E., Decreto 2875/1975, 1975, pág. 1)

Lo novedoso de este decreto es que hace referencia por primera vez a la teoría de imprevisión y se la vínculo con el reconocimiento de los mecanismos automáticos de variaciones de costos. En ese orden de ideas, según la ley N° 21250 hoy sin eficacia, debía existir la posibilidad de modificar el sistema de variaciones de precios si este no respondía a la realidad y en efecto, determinaba los extremos legales que debían verificarse.

Decreto 2347/8 de 1976

Otro decreto de gran importancia lo constituyó el decreto 2347/1976, reglamentario del decreto 3772/1964. Dicha legislación puso énfasis en dar un marco a la renegociación de las obras paralizadas total o parcialmente según lo dispuesto en el art 14° del decreto 3772/1964, mencionado en el apartado anterior.

En su art 2°, estableció que:

Se podrán renegociar precios, condiciones técnicas y financieras, plazos de terminación y pago y sistemas de liquidación de variaciones de costos para toda o parte de la obra que falte ejecutar a la fecha del acuerdo de renegociación, sin perjuicio de la aplicación, cuando corresponda, de la nueva mecánica que se establezca para el reconocimiento de las variaciones de costo, autorizada por el Decreto 2875/1975. (P.E.N P. E., 1976, pág. 1)

Asimismo el art 3° agregó que: “Los precios pactados a la fecha de la renegociación pasarán a ser los precios básicos a los efectos de la aplicación del régimen de variaciones de costo que se establezca” (P.E.N P. E., 1964, pág. 1).

Por otro lado, el mismo decreto, en el art 5°, estableció que el acuerdo emergente de la renegociación, tendrá carácter transaccional, incluirá determinación de los gastos improductivos sufridos por la contratista a raíz de la paralización de la obra, sin tener en cuenta los porcentajes fijados en el art 2° del decreto 4124/1964⁴⁹.

En esta misma sintonía el decreto N° 2348/76, ratificado por la ley N°21250, en su art N° 1 reafirmó la facultad otorgada a las Comisiones Liquidadoras y estableció que la nueva mecánica de reconocimiento de variaciones de costos a que se refiere el Art.1° del Decreto 2875/1975 debía contemplar las siguientes causas :

- Inequidad por fórmulas o métodos de reajuste inadecuados.
- Improductividad de la mano de obra.
- Mayor incidencia de gastos indirectos de obra.
- Menor rendimiento por desabastecimiento de materiales, repuestos e insumos críticos.
- Cambio en las condiciones de importación.
- Cambio en las modalidades de comercialización.
- Modificación de los gastos financieros.
- Diferencia entre los precios considerados por las comisiones liquidadoras y los reales de plaza.

⁴⁹ Con el decreto 4124/1964, se disponía que los gastos improductivos se calculaban con una tabla que relacionaba el monto de la obra a ejecutar en el periodo de paralización con un porcentaje, que representaba los gastos improductivos habidos durante el mismo lapso. Estos porcentajes se iban disminuyendo en forma inversa al crecimiento de la obra no ejecutada.

La enumeración que precede puede considerarse meramente enunciativa y no excluye la consideración de cualesquiera otras causas que hayan provocado las distorsiones.

En cuanto al procedimiento de liquidación de las variaciones de costos, se remite al art 2° del mencionado decreto:

Las variaciones de costos de contratos (...) se liquidarán y certificarán mensualmente con arreglo a la nueva mecánica dispuesta por el Art. 1°, en base a valores o índices definitivos correspondientes al mes inmediato anterior al de la fecha de certificación de dichas variaciones de costos. (P.E.N P. E., Decreto 2348/1975, 1976, pág. 1)

Por otra parte, es importante remarcar que en el art 2° inciso a) se establece un principio básico de equidad, que es que las variaciones de costos deberán determinarse siempre con los datos más próximos en el tiempo a la fecha de certificación de dichas variaciones de costos.

“La novedad incorporada, de gran importancia, era que a los fines de las variaciones de costos, se deja de lado el periodo de ejecución, que está alejado en el tiempo del momento de certificación y se adopta el mes anterior al mes de certificación” (Crivelli J. C., 2004, pág. 112). Esto es una cuestión de destacar ya que en la actualidad las variaciones de costos se liquidan teniendo en cuenta un el umbral de revisión y conforme los índices de los periodos de certificación.

Por otra parte, en el art 4° del decreto 2348/ 1976 se estableció que en los pliegos se debían incluir los siguientes elementos integrantes del costo⁵⁰, a los fines de determinar las variaciones de costos: Mano de obra, incluidas las mejoras sociales, Materiales, Transporte, Combustibles y lubricantes. Como así también Amortizaciones de los equipos, Reparaciones y repuestos, Gastos financieros, Gastos indirectos de obra, Gastos generales de empresa y todo otro elemento significativo integrante del costo de la obra.

En función de todo lo mencionado, a partir de la nueva reglamentación de la ley 12910, por el decreto 3772/1964 y las modificaciones introducidas por el decreto 2875/1975, como así también, lo previsto por el decreto 2348/1976, se autorizó la adopción de una nueva mecánica en cuanto se verificara una real distorsión de los sistemas de liquidaciones de variaciones de costos.

⁵⁰ Cuando un elemento integrante del costo, involucrado en las denominaciones precedentes justifique, por su incidencia, un tratamiento particularizado, podrá ser desagregado y considerado independientemente.

Asimismo, con el avance de las reglamentaciones de la Ley 12910, se fue ampliando el ámbito de aplicación del sistema de variación de costos. Sin embargo, solamente cuando la presión inflacionaria alcanza niveles de derrumbe, después de 1975, “las normas empezaron a reconocer la intangibilidad de la totalidad del precio pactado y, por lo tanto, la fórmula se aplicó sobre el precio ofertado, incluyendo al beneficio” (Aberastury, 2013, pág. 11).

5.2.2 El sistema de convertibilidad normado por la Ley N°23928 y el dictado de normas específicas, especialmente los decretos N° 1312/93 y N 1369/01.

En el año 1989 se generó otra gran crisis económica conocida como la hiperinflación⁵¹ argentina de 1989 y 1990⁵² ya que tuvo dos fuertes picos en los mencionados años.

En el año 1990, los precios al consumidor aumentaron 3.079% (comparando el índice de precios al consumidor de 1989 con el del año anterior).”Esta inflación siguió a la ruptura abrupta del último plan de ajuste del gobierno de Alfonsín, el plan Primavera. (Rapoport, 2010, pág. 10).

Estas circunstancias influyeron fuertemente para que el presidente radical Raúl Alfonsín adelantara las elecciones presidenciales al 14 de mayo de 1989, y para que en las mismas ganara el candidato peronista Carlos Menem.

A partir del 1989, con la asunción anticipada del nuevo gobierno, la caótica situación económica se convirtió en el disparador de una reforma estructural sin precedentes en el Estado Argentino. La crisis hiperinflacionaria garantizó la incorporación en la agenda pública de la cuestión estatal.

De manera acorde a este presupuesto, con la sanción a fines de 1989 de las leyes N° 23696 de Reforma del Estrado y N° 23697 de Emergencia Económica, el congreso Nacional otorgó el marco jurídico para iniciar, durante el Gobierno de Menem, el proceso de reformas tendientes a dominar la inflación y sentar las bases de una economía dominada por el sector privado. En otros términos, se declaró el Estado en emergencia económica y administrativa.

El 27/3/1991 se sancionó la ley N° 23.928, llamada Ley de Convertibilidad. Por medio de dicha ley se adoptó el nominalismo monetario disponiendo que un dólar estadounidense era convertible a un peso. De esta forma, se salía del Austral, como signo monetario.

⁵¹ Las consecuencias de la hiperinflación fueron graves: “la monetización de la economía cayó a valores ínfimos (el 3,7% del PBI en el primer trimestre de 1989 y el 1,7% en el segundo), la deuda pública interna creció en forma exponencial (a una tasa del 60% mensual promedio entre febrero y junio) y los ingresos de la Tesorería General de la Nación se redujeron violentamente en términos reales” (Rapoport, 2010, pág. 10).

⁵² “La segunda hiperinflación tuvo lugar entre enero y marzo de 1990, año en que la inflación alcanzó al 2.314%” (Rapoport, 2010, pág. 11).

Asimismo, se declaró la eliminación de cualquier referencia al verdadero valor de la moneda. De acuerdo lo expresado, se dispuso, en el art. 7º, que "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada." (Congreso, 1991, pág. 2)

En consecuencia el art. 7º estableció la prohibición de la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor y declaró inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieran lo dispuesto.

En esa misma línea de pensamiento, el art 10º de la misma norma, derogó todas las disposiciones legales y reglamentarias que autorizaran la indexación monetaria , variaciones de costos o cualquier otra clase de repotenciación de deudas, impuestos , precios o tarifas de los bienes, obras o servicios .

De tal modo, la convertibilidad había introducido el principio de la nominalidad y prohibido, en consecuencia, todo lo referido a la actualización monetaria o reconocimiento de la inflación.

Decreto N° 1312/1993

A pesar de reconocerse el principio de la nominalidad, ello no impidió el dictado del decreto N° 1312 de fecha 24 de junio de 1993(hoy derogado), luego modificado por el decreto N°1936/1993, donde se autorizó la redeterminación anual de los precios en los contratos de obra pública, aun en contra de la prohibición contenida en la Ley de Convertibilidad 23.928.

El decreto N° 1312/93, constituyó el primer sistema de redeterminación de precios, creado a partir del dictado de la Ley de Convertibilidad y no se consideraba que este sistema de revisión, estuviera incluido dentro de las prohibiciones antes mencionadas. Se utilizó un nuevo concepto, la redeterminación de precios en lugar de ajuste, variación de costos, etc.

El objetivo fue establecer un sistema que permita la redeterminación periódica de los precios en las contrataciones de obras públicas a largo plazo que se licitaran a partir de su dictado.

El criterio esencial de este sistema era que "que resultaba posible que el precio sea cierto y determinado para las obras que corresponda ejecutar durante un período de tiempo, y que sea cierto pero determinable para las obras a ejecutar luego del periodo". (P.E.N P. E., Decreto 1312/1993, 1993, pág. 1)

Bajo este criterio, los precios de los contratos de obras públicas que se licitarán a partir del dictado del decreto, y que tuvieran duración superior a un año, podían redeterminarse luego de

transcurrido 1 año contado desde la fecha de la oferta. En otras palabras, este sistema reconoció nuevos precios hacia futuro con una periodicidad anual. Esto significa que durante el periodo anual los precios quedaban fijos e inamovibles. Asimismo, también reglamentó una limitación sobre las obligaciones en mora. En el art 2° del decreto 1312/1993 se estableció que:

Las obras públicas que no se hayan ejecutado o que no se ejecuten en el momento previsto en el plan mencionado anteriormente, se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que se debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder. (P.E.N P. E., Decreto 1312/1993, 1993, pág. 1)

En el régimen establecido por este decreto, se consideraba precio de origen al de la oferta. Los oferentes debían desagregar los ítems que componen el precio total indicando los volúmenes o cantidades respectivas, precios unitarios y rendimientos cuando correspondan, es decir desagregado por análisis de precios.

Por otra parte, según el art 4°, los aumentos o las disminuciones en las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales serían reconocidas a partir de su entrada en vigencia al contratista.

En relación a los análisis de precios, cabe resaltar que para llegar a esa determinación, los nuevos precios se determinaban ponderando exclusivamente los precios de materiales y demás bienes incorporados a la obra, el costo de la mano de obra para la construcción y amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos proporcionados por el INDEC, según su probada incidencia en el precio total de la prestación, ítem o unidad de medida.

Sin embargo, bajo este sistema se mantenía fijo e inamovible un porcentaje del precio del total del contrato:

Un veinte por ciento (20%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante toda la vigencia del mismo, considerándose que incluye los beneficios o utilidades, los gastos generales o indirectos, los costos financieros o cualquier otro concepto que integre el costo de producción, los que estarán exclusivamente a costo y riesgo del contratista. (P.E.N P. E., Decreto 1312/1993, 1993, pág. 2)”

En esta misma sintonía el decreto 1936/1993 en su artículo 3° establecía el término fijo:

Salvo respecto a los beneficios, gastos generales, costos financieros y todo otro concepto que integre el costo de producción, los que mantendrán en el nuevo precio los mismos importes nominales fijados en los análisis de precios aprobados y vigentes al 1° de abril de 1991, los que permanecerán fijos e inamovibles hasta la finalización del contrato. (P.E.N P. E., Decreto 1936/1993, 1993)

Según Crivelli, “las restricciones o prohibiciones a las cláusulas de variaciones de costos, lejos de sanear nuestra practica administrativa, la envilecen, al incentivar la búsqueda de caminos marginales y torpes en procura de la justicia que la ley niega.” (El ajuste de precios de la locación de obra , 2004, pág. 91)

Es decir los elementos que se incluyen en el término fijo quedaban a riesgo del contratista y expuestos a las características de un contrato aleatorio. Por otro lado, la falta de reconocimiento de las variaciones del costo financiero, en un contexto donde las tasas aumentaron muchísimo, quito todo el interés por la aplicación del régimen.

Finalmente, el secretario de Obras Públicas y Comunicaciones dictó la Resolución N° 55/1993 del 29/09/1993, estableciendo la metodología y pautas que serían de aplicación a las obras definidas en el decreto N° 1312/1993.

Por otro lado, vale destacar que por medio del decreto, ya derogado, 1339/93, se había otorgado autorización bajo ciertas condiciones para acordar nuevos precios para la ejecución de Obras Publicas ofertadas antes del 20 de marzo de 1993, ante la gran cantidad de obras paralizadas.

Decreto 1349/2001

En un contexto de emergencia económica, achicamiento del Estado, y bajo la lógica de la reforma administrativa, de simplificación de procedimientos administrativos y reducción del número de organismos administrativos innecesarios, a través del decreto 1349/2001, se disolvió el Tribunal Arbitral de Obras Públicas. El Tribunal arbitral era un organismo jurisdiccional idóneo y técnicamente especializado para resolver controversias en el manejo de la obra pública con mayor rapidez y eficacia que la justicia común, por eso su disolución represento una gran pérdida.

5.2.3 El régimen de la emergencia económica y la reforma del sistema monetario y cambiario instituido por la ley N° 25561.

La crisis del 2001 fue una crisis política, económica, social e institucional, potenciada por una revuelta popular que causó la renuncia del entonces presidente de la Argentina, Fernando de la Rúa. El desencadenante inicial de la crisis fue la imposición del Corralito⁵³, el 2 de diciembre de 2001, pero las causas principales fueron el atraso cambiario, baja constante del nivel de actividad y el gran desempleo reinante.

La esencia de la crisis que daño a nuestro país, en diciembre del 2001 y se extendió a lo largo del 2002, dio lugar a que el Congreso Nacional la reconozca legislativamente al promulgar la ley nacional N° 25.561, de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

La mencionada ley introdujo cambios trascendentales a la Ley de Convertibilidad pero mantuvo las restricciones de los art 7° y 10° de la Ley N°23928, que implican las derogaciones y prohibiciones a cualquier clausula indexatoria o de mayores costos.

En definitiva, la ley 25561, que permitió el abandono a la ley de Convertibilidad, altero las reglas cambiarias y monetarias. “El resultado fue la proclamación de *default* de la deuda externa y una severa devaluación en el primer semestre de 2002 que triplicó el tipo de cambio y se trasladó gradualmente a los precios al consumidor, cuyo índice aumentó un 25.6%” (Rapoport, 2010, pág. 12).

En efecto, dado el grave contexto, los objetivos buscados por la ley fueron el reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios, la reactivación del funcionamiento de la economía, empleo y distribución del ingreso, restructuración de las obligaciones, en curso entre los principales.

En el art 8° de la norma en cuestión, se dispuso que a partir de la sanción de la misma, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaban sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio.

⁵³ El corralito fue una disposición del gobierno que restringía la extracción de dinero en efectivo de los bancos, diseñada por el entonces ministro de Economía Domingo Cavallo

Dicha norma fue complementada por el Dec 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero entre otras significativas medidas que modificaron el escenario económico de nuestro país⁵⁴.

Por su parte el art 5° del Decreto N°214/2002, ratificó lo legislado en el sentido de que “las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generan con posterioridad a la sanción de la norma precedentemente mencionada, no podían contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste.” (P.E.N P. E., 2002, pág. 1)

De esta forma, bajo este contexto, ante la gran cantidad de obras paralizadas y contratos rotos, se podían entrever principalmente dos posibilidades: “rescindir las contrataciones (con indemnización total o disminuida), aplicando a tal fin la denominada teoría de la imprevisión o permitir su continuidad reconociendo los desfasajes que recaían sobre el contrato. (Aberastury, 2013, pág. 12)

Es necesario remarcar que, los cambios producidos a partir de la sanción de la Ley N° 25561, establecieron nuevas reglas económicas que no fueron previstas por los contratistas de Obras Publicas al hacer las ofertas con anterioridad al 6 de enero del 2002.

Las circunstancias económicas extremas de ese momento habían producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y por lo tanto, desequilibrios en los contratos.

Como consecuencia de este escenario de crisis, a nivel legislativo se plantearon dos caminos. Por un lado en el art 9° se autorizó al poder ejecutivo nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos. En ese mismo artículo se disponían criterios⁵⁵ que resultan insuficientes para la renegociación de los contratos de servicios públicos y no se determinó ninguna pauta para los contratos de obra.

Por el otro, se dictó el Decreto 1295/2002 con el fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones de los contratos en marcha

Decreto 1295/2002

⁵⁴ Algunas de estas reglamentaciones son profundizadas en el apartado 5.3.3.2 - Las crisis de los contratos y la renegociación.

⁵⁵ Los criterios para la Renegociación de contratos de Servicios Públicos eran: “1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.” (Congreso Nacional, Ley N° 25561, 2002, pág. 4)

Dada las características de la emergencia pública declarada por la Ley N° 25.561, conforme a la necesidad de adecuar las disposiciones en la materia de variaciones de costos y con el propósito de restablecer el equilibrio de las prestaciones de los contratos en marcha, se dictó el Decreto N°1295 de 2002.

Se pretendió asimismo, otorgar un marco de certeza a los procedimientos de selección en curso, a los que se efectúen en el futuro y a reactivar el sector de la construcción.

Esta medida se fundamentó en la realidad económica imperante en el país. Las circunstancias económicas habían producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos.

En esta orientación, el art. 1° del Dec. 1295/2002 instituyó un régimen de redeterminación de precios o reexpresión del precio del contrato.

El decreto 1295/2002 dispuso su vigencia hacia el futuro, es decir desde julio 2002 en adelante, dejando congelados los precios de los tramos de obra ya construida pérdida. El decreto 1953/2002 que sin derogar el 1295/2002 formando con él un todo inescindible, reconoció retroactivamente el derecho a redeterminar los precios del segmento de obra ejecutado entre enero y junio 2002.

Las características de este sistema fueron descriptas en el capítulo anterior, como así también las del régimen legal vigente Decreto 691/2016.

Tabla 3. *Comparación de Antecedentes Normativos sobre Variación de Costos en contratos de Obra Pública.*

	Primera etapa			Segunda Etapa	Tercera Etapa	Cuarta Etapa
	Ley 12910/ 1947	Decreto 3772/64	Decreto 2874 y 2875 de 1975 , 2348 de 1976. Ley 21250	Decreto 1312/1993 y 1936/1993	Decreto 1295/2002	Decreto 691/2016
Derogado	Ley sin eficacia por objeto cumplido.	Derogado.	Decreto 2874/5 de 1975, 2347/8 de 1976 están vigentes con alcance general. Ley 21250 (Ley sin eficacia)	Derogado por Decreto 1295/02	Derogado por Decreto 691/2016	Vigente
Ambito de aplicación Subjetivo	Administración Pública Nacional.	Administración Pública Nacional según Art 8° de la ley 24156.		Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada (Art. 5 dec 1312/93)	Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada (Art 14)	Administración Pública Nacional en los términos de lo previsto en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias. (Art 2)
Contexto	Gracias a la Segunda Guerra mundial , gran cantidad de obras paralizadas por enormes variaciones de costos.	La reglamentación vigente (Ley 12910) había enervado la eficiencia de la licitación como medio apto de competencia de precios, corruptela que debe evitarse para asegurar la seriedad del proceso de oferta. Gran complejidad de las formas de liquidación formuladas en base a la reglamentación vigente, con el consecuente perjuicio para el Estado.(Considerandos del decreto 3772/64)	Las causas que originaron la paralización de las obras se encontraban, por lo general, en el extraordinario e imprevisible encarecimiento de los costos y parcial desabastecimiento provocados por la situación económica internacional y su inevitable repercusión en el mercado interno del país.(Considerandos del decreto 2874/195)	Gran crisis económica, hiperinflación sucesivas en 1889 y 1890, Ley de convertibilidad que derogaba las cláusulas indexatorias de variación de costos.	Gran crisis económica del 2001, recesión económica , deuda externa, déficit fiscal, crisis financiera, devaluación extrema, gran pobreza, desempleo y paralización de obras pública. Ley de Emergencia Económica N°25561 .	La aplicación del Decreto N° 1295/2002 estaba afectada , por el aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de tramitación de los procedimientos de redeterminación de precios. Todo lo mencionado, conllevó a que un gran número de obras públicas se encuentren paralizadas o con un grado de avance mucho menor.
Finalidad	Ajustar el valor de la obra pública a los verdaderos valores dado la inestabilidad monetaria y la variación de materiales y salarios.	Los resultados de la aplicación de la ley N°12910 , habían hecho necesaria su revisión para adecuarlos al espíritu de equidad y justicia que determinó su sanción.	La adopción por los Com. Líqui. de una nueva mecánica que se adecue a las condiciones existentes en el momento de la ejecución de los trabajos, en caso de comprobar distorsiones significativas en los sistemas de liquidación de variaciones de costos (Art 1° de Dec 2875/1975).	Adopción de un sistema de revisión de precios que resulte compatible con la Ley de Convertibilidad con el fin de restablecer el equilibrio de los contratos de Obra Pública.	Restablecer el equilibrio de las prestaciones de los contratos en marcha, dar un marco de certeza a las contrataciones en curso y a futuro para reactivar el sector de la construcción.	Mantener el equilibrio económico financiero de los contratos , garantizando de esta manera la continuidad de su ejecución aplicando el principio de esfuerzo compartido y otorgando mayor certeza y transparencia a los nuevos contratos para contribuir a la reactivación del sector de la construcción.
Ambito de Aplicación Material	Obras Públicas regidos por ley N° 12094.	Obras Públicas regidos por ley N° 12094.	Obras Públicas regidos por ley N° 12094.	Obras Públicas regidos por ley N° 12094.	Contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064, y sus leyes complementarias y modificatorias (Art 1)	Contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus leyes modific y complement y a los Contratos de Consultoría de Obras Públicas regidos por la Ley de Servicios de Consultoría N° 22.4600(art 2).
Organismo de Control y Seguimiento	Comisión Arbitral y luego Tribunal Arbitral	Comisión Arbitral y luego Tribunal Arbitral	Comisión Arbitral y luego Tribunal Arbitral	Tribunal Arbitral , estuvo desactivado de hecho, durante el primer período de Menem.	Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción(Art 10).	Comisión de Control y Seguimiento en el ámbito del Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda(Art 4, 5 y 6).
Organismo Asesor Técnico en los Procedimientos de Redeterminación de precios	Comisión Liquidadora creada en cada jurisdicción integrada por tres miembros.	Comisión Liquidadora creada en cada jurisdicción integrada por tres miembros.	Comisión Liquidadora creada en cada jurisdicción integrada por tres miembros.	Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. (Decreto 1312, Art 3)	Sindicatura General de la Nación. (Art 12)	Comisión de Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios. (Art 20)
Modalidad	Compensatorio	Compensatorio	Compensatorio	Corrige a futuro	Corrige a futuro	Corrige a futuro
Período de aplicación / Umbral de revisión.	Cuatrimestre Ejecutado.	Cuatrimestral ,se compara la diferencia de costos entre el cuatrimestre de certificación de los trabajos y el cuatrimestre de la fecha de contratación. (Art 9)	Las variaciones de costos se liquidaran mensualmente.(Art 2 del dec 2348/1976)	Anual, futuro no ejecutado.	Clausula Gatillo 10%	Clausula Gatillo 5%
Procedimiento de redeterminación	Dos opciones:a) Por aplicación de tablas que establezcan la variación de costos, por semestre, durante los respectivos periodos de ejecución, b) Por el reconocimiento de las pérdidas sufridas en cada obra, a comprobarse por los medios que establece el Art 2 de la ley 12910.	Tres opciones: a) Por análisis de los costos para cada obra, por cuatrimestre;b) Por el reconocimiento de las variaciones de costos de los elementos mencionados en el Art. 2 y real y justificadamente empleados (c) Por fórmulas matemáticas deducidas de los análisis de costos pertinentes, establecidos en los pliegos de condiciones especiales.(Art 3)	Las variaciones de costos de contratos (...)se liquidarán y certificarán mensualmente con arreglo a la nueva mecánica dispuesta por el Art. 1. (Art 2 del decreto 2348/1976.) Se habilitaba la liquidación mensual provisoria, quedando sujeta al reajuste que resulte de la liquidación cuatrimestral o fracción de carácter definitivo.(Art 27)	Por análisis de precios. Los precios de los contratos de obras públicas que se licitarán a partir del dictado del decreto , que tuvieran duración superior a un año , podrán redeterminarse luego de transcurrido 1 año contado desde la fecha de la oferta(Art 1 dec 1312/93).	Por análisis de precios o estructura de costos presentada por la contratista de todos los items del contrato (Art 5).	Por Analisis de Precios o estructura de costos. Para analizar qué precios serán redeterminados, según el régimen actual, se tendrán en cuenta los ítems que componen la estructura de costos o análisis de precios de cada uno de los ítems desagregados del contrato (art 7)

	Primera etapa			Segunda Etapa	Tercera Etapa	Cuarta Etapa
	Ley 12910/ 1947	Decreto 3772/64	Decreto 2874 y 2875 de 1975 , 2348 de 1976. Ley 21250	Decreto 1312/1993 y 1936/1993	Decreto 1295/2002	Decreto 691/2016
Limite - Obligaciones en mora		Si el contratista fuera único responsable del retardo o paralización de las obras, además de las multas que debiera abonar, se establece que las liquidaciones que deban efectuarse por variaciones de costo se harán considerando los valores que rijan en el período de tiempo en que correspondió ejecutar los trabajos (Art 7).		Las obras públicas que no se hayan ejecutado o que no se ejecuten en el momento previsto en el plan de inversiones, se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que se debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder (Art 2, decreto 1312/93).	Las obras públicas que no se hayan ejecutado o que no se ejecuten en el momento previsto en el plan de inversiones, se liquidarán con los precios correspondientes a la fecha en que debieron haberse cumplido, sin perjuicio de las penalidades que pudieren corresponder(Art 5).	No se redetermina, aplican nuevos precios a las obligaciones que se encuentren en mora por causas imputables al contratista conforme al último plan de trabajo aprobado (Art 12).
Limite- Erogaciones reales	En ningún caso, los reconocimientos que resulten de la aplicación de la presente ley, podrán excederse a las mayores erogaciones comprobadas(Art. 4).	Nunca el monto reconocido, podrá exceder las mayores erogaciones reales que haya realizado el contratista (Art 3).		No establecido.	No establecido.	No establecido.
Limite-Imprevision, impericia y negligia de la contratista	No serán reconocidos los mayores gastos que sean consecuencia de la imprevisión, negligencia, impericia o erróneas operaciones de los empresarios (Art 3).	No serán reconocidas como causas eximentes de la responsabilidad en él establecidas: la imprevisión, impericia o erróneas operaciones y negligencia de los contratistas(Art 8).		Si, aunque no expuesto explícitamente.	Si, aunque no expuesto explícitamente.	Si, aunque no expuesto explícitamente.
Alcance de la Revisión de Precios.	Parcial, solo gastos variables.Items como la utilidad, amortización de equipos y gastos generales , no fueron considerados por la ley 12910(Art 1). La ley 15.285/ 1961, mejor respecto a la ley 12.910, ya que reconoció además las variaciones en los costos como la Amortización del equipo, los Gastos Generales y los Gastos Indirectos (Art 1).	Parcial, solo a) Mano de obra, incluidas las mejoras sociales;b) Materiales;c) Transporte;d) Combustibles y lubricantes;e) Y otros elementos indicados expresamente en los pliegos. (Art 2)	Parcial, solo a) Mano de obra, incluidas las mejoras sociales;b) Materiales;c) Transporte;d) Combustibles y lubricantes;e) Amortizaciones de los equipos.f) Reparaciones y repuestos.g) Gastos financieros.h) Gastos indirectos de obra.i) Gastos generales de empresa.j) Todo otro elemento significativo integrante del costo de la obra(Art 4 decreto 2348/1976).	Parcial, un 20% del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante toda la vigencia del mismo. Se considero que incluía los beneficios o utilidades, los gastos generales o indirectos, los costos financieros o cualquier otro concepto que integre el costo de producción (Art 3 decreto 1312/1993).	Parcial, un 10% del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del mismo (Art 4).	Total. Es decir sobre el 100% del contrato.
Gastos Financieros	Se interpretó que el costo financiero estaba distribuido en los distintos ítems que componen el precio del contrato.		Fue tratado de modo separado de las variaciones de costos (Art 4 decreto 2378/1976).	El costo financiero estuvo excluido en términos de reconocimiento específico, formando parte del termino Fijo del 20%(Art 3 decreto 1312/1993).	Incluyó el costo financiero expresamente en la Tabla de Insumos y Ponderaciones Principales(Art 15).	Se entiende que esta incluyó el costo financiero con un tratamiento particular. La obligación de presentar a los oferentes, los análisis de precios cada uno de los ítems, desagregados en todos sus componentes, incluyendo cargas sociales y tributarias(Art 19 inciso c).
Gastos Improductivos.	El dec 11511/1947 tuvo en cuenta los gastos improductivos bajo los conceptos Gastos de Administración General de la empresa y Gastos Directos Improductivos. Con la ley 15285/1961, en su Art 3, se incrementó el % de reconocimiento.		Estableció que el acuerdo emergente de la renegociación, tendrá carácter transaccional, incluirá determinación de los gastos improductivos sufridos por la contratista a raíz de la paralización de la obra, sin tener en cuenta los porcentajes fijados en el art 2 del decreto 4124/1964. (Art 5°del decreto 2347/1976)			En la actualidad , la normativa que los rige tanto la ley 13064 . en sus art 34 y 39, como el decreto 2347/1976, en su art 5°.
Precios de Referencia - Fuentes	Las Comi. Liqui publicaban mensualmente tablas de precios de los insumos correspondientes al tipo de obra. Era un sistema especializado pero la critica era la posible colusion con el contratista.			INDEC- Indicadores Generales(Art 3 dec.1312/1993).	Los precios de referencia, se obtendrán del INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente (Art. 8°).	Los precios de referencia, el nuevo régimen conserva el criterio de que se obtendrá del INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente (Art 6°).
Adecuación Provisoria.		Se habilitó la liquidacion mensual provisoria, quedando sujeta al reajuste que resulte de la liquidacion cuatrimestral o fraccion de carácter definitivo(Art 27).		No establecida.	El porcentaje equivalente al 90% de la Variación de Referencia acumulada en el período del que se trate (Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 Art 7 a) ii).	EL 90% de la variación de referencia (Art 23).
Renegociación de Contrato por Obras Paralizadas.	Establecía que para el caso de las obras paralizadas, se iba a analizar conforme las causas particulares de la paralización, la posibilidad de proseguirlas mediante modificaciones en su estructura técnica, reajuste de precios y condiciones, prórrogas de plazos y otras medidas; o bien, si ello no fuera viable, se procederá a la rescisión de los respectivos contratos sin aplicación de penalidad (Art 5).	Establecía que resuelta la reestructuración del proyecto, los precios unitarios a fijarse lo serán sobre la base de los procedimientos establecidos en el Art. 3 para determinar las variaciones de costos de los diversos factores contenidos en el Art. 2 , cuya variación será agregada a los precios unitarios del primer contrato (segun Art 16, derogado por 2347/1976 Art 6.).	Establecía que se podían renegociar, precios, condiciones técnicas y financieras, plazos de terminación y pago, y sistema de liquidación de variaciones de costos, para toda o parte de la obra que falte ejecutar a la fecha del acuerdo de renegociación (Art 2 dec 2347/1976).	No establecido en esta normativa.	No establecido en esta normativa.	No establecido en esta normativa.

Nota: Esta tabla muestra de forma sintética la evolución de la normativa sobre la variación de costos desde la ley 12910 hasta el decreto 691/2016, estableciendo variables que permite su comparabilidad entre los diferentes periodos históricos.

Fuente: Elaboración propia en base a análisis documental y normativo.

5.2.4 Conclusiones del apartado.

De lo expuesto en el capítulo, se advierte que de no reconocer variación alguna antes de la sanción de la Ley N°12910, se fue avanzando tanto legislativa como reglamentariamente, de tal forma que los elementos integrantes del costo, en cuanto su incidencia afectaba la remuneración del contratista, fue reconocida.

En otras palabras, se fue ampliando el ámbito de aplicación subjetiva y material, como así también se fue achicando el umbral de revisión con el correr de las distintas reglamentaciones.

Del recorrido histórico, se desprende que cada nuevo ciclo de normativa sobre variaciones de precios fue una respuesta a fuertes crisis económicas, como como el Rodrigazó, la hiperinflación de 1989 y 1990 y la debacle financiera del 2001 entre otras, que generaron distorsiones significativas y grandes desequilibrios en los contratos de obra pública.

En efecto, los sistemas de variaciones de precios también entraban en crisis al no poder llevar al contrato al de su realidad económica y en consecuencia dejaban de tener eficacia operativa. Esto quedaba en manifiesto con la disminución del ritmo de la obra o en muchos casos con la paralización completa de los trabajos. Es importante volver a resaltar que cuando una obra se paraliza, se pone en riesgo el interés público comprometido.

Los sistemas de variaciones de precios establecidos desde la ley N°12910 hasta la actualidad son totalmente independientes de la teoría de la imprevisión, ya que el reconocimiento de las variaciones de precios radica en el carácter conmutativo de la locación de obra, que lleva inexorablemente a la necesidad de mantener el equilibrio obligacional pactado.

Sin embargo, la teoría de la imprevisión estuvo mencionada en el art 14° del decreto N° 3772/64, modificado por el decreto N°2874/1975 y en los considerandos del decreto N° 2875/1975. Lo interesante de estas referencias es que fueron las primeras y únicas vinculaciones entre la teoría de imprevisión y mecanismos automáticos de reconocimiento de variaciones de costos a nivel normativo

Luego de la Ley de Convertibilidad, se delinearon figuras estabilizadoras del precio no asociadas a los regímenes de variación de costos bajo el régimen de la Ley N°12910. Se utilizó un nuevo concepto, la redeterminación de precios en lugar de ajuste, variación de costos, etc.

Por más que el sistema actualmente en vigencia se lo denomina redeterminación, se considera que es una manera de escapar el término variación de costos que se siguiera desde la ley 12.910. En la actualidad, la única manera que existe en el derecho argentino de actualizar los precios de los contratos de Obra Pública es por medio del sistema de redeterminación, también llamado de análisis de precios ya que no infringe las prohibiciones de los art 7° y 10° de la ley de convertibilidad mantenidas hasta la vigencia de la ley 25.561.

5.3 Teoría de Imprevisión en la recomposición del equilibrio contractual de la obra pública

5.3.1 Teoría de Imprevisión

La teoría de la imprevisión se aplica ante alteraciones de las condiciones económicas externas que hacen más gravosa la ejecución del contrato (aleas económicas). El instituto de la imprevisión es un correctivo que permite, en ciertas circunstancias, disminuir el riesgo y ventura del contratista.

Es decir, la imprevisión se pone en práctica cuando los precios del contrato se tornan excesivamente onerosos, debido a acontecimientos extraordinarios, sobrevinientes y ajenos a la voluntad de las partes. En efecto, la Administración y el contratista con el objetivo de la continuidad del contrato reparten esa excesiva onerosidad considerando la doctrina del sacrificio compartido.

Es decir se le otorga una compensación parcial, una indemnización, solo si el contratista puede probar que ese daño financiero sea sobreviniente, extraordinario y significativo.

“La teoría de la imprevisión tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato” (Cassagne J. C., 1989, pág. 38).

“Lo imprevisible, referido al caso o hecho dado para un momento determinado, está fuera de nuestros cálculos, y por ende, regularmente, también se encuentra fuera de nuestras previsiones” (Abatti, 2020, pág. 1).

5.3.1.1 Teoría de la Imprevisión en el Ámbito Público

Existe una diferencia en que se aplique el instituto de Imprevisión en el campo del derecho administrativo o en el ámbito del derecho privado. Esa diferencia nace de la distinta naturaleza de los intereses en juego en uno u otro contrato.

En el derecho administrativo nos encontramos con el interés público que obliga a la Administración a acudir a la ayuda de su cocontratante para que el servicio sea cumplido o la obra sea ejecutada. En el derecho privado, solo se trata de mantener el equilibrio justo y equitativo de las prestaciones ya que estamos ante intereses particulares que merecen igual respeto. (Bercaitz, 1980, pág. 463)

Frente al hecho externo que desequilibra el contrato y como la prioridad es la conservación del mismo, la regla general es la revisión y la excepción es la extinción.

La diferencia esencial de la aplicación de la teoría de la imprevisión, hoy dispuesta en el Art 1091 del código Civil y Comercial, en el ámbito público consiste en la inversión de la mecánica de aplicación de dicho artículo, no hay demanda de rescisión sino un acuerdo de partes para mejorar la economía del contrato y en caso de fracaso, la rescisión del contrato sin penalidades. En otras palabras frente al hecho externo que desequilibra el contrato y como la prioridad es la conservación del mismo, la regla general es la revisión y la excepción es la extinción.

Con la resolución solicitada por el contratista, se afecta continuidad de la función administrativa, en particular con los contratos de servicios públicos y obras públicas. Por eso, en ámbito de los contratos administrativos, rige del principio de continuidad:

El contratista no puede suspender la ejecución del mismo o pedir la rescisión contractual, sino que debe solicitar a la Administración Pública el reajuste de la ecuación económico financiera y, en caso de que esa pretensión sea rechazada, acudir a los tribunales judiciales. Quedan exceptuados de dicha regla los supuestos en que el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista devenga imposible. (Buteler, 2016, pág. 16)

Según Sánchez Herrero “Nada obsta, en cambio, a que se resuelva el contrato a instancias del Estado. Se supone que, al solicitar la resolución o resolver el contrato, habrá previsto o arbitrado los medios para asegurar la continuidad de la función administrativa” (La imprevisión contractual , 2019, pág. 162).

En esa línea de ideas Cassagne afirma que:

La principal función de este mecanismo, es evitar el grave daño a los intereses públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión, está, que resultaría casi siempre inútil, por la simple

circunstancia de que si la administración rescindiera el contrato, tendría que adjudicar las obras a precios nuevos, con inclusión de los mayores costos producidos. (El equilibrio económico financiero del contrato administrativo, 1989, pág. 39).

En conclusión, la aplicación de la teoría de la imprevisión difiere de ser aplicada en el derecho público o en el ámbito privado debido “a la especial naturaleza de los contratos administrativos, en la medida que estos responden a una finalidad de interés público, lo que se torna inadmisibles la rescisión contractual⁵⁶, salvo supuestos excepcionales” (Barra R. , 1976, pág. 328).

La fundamentación de su aplicación en el ámbito público radica en las mismas razones que motivan el mantenimiento del equivalente económico en los contratos administrativos: es decir la igualdad de las cargas públicas, la protección patrimonial, el mantenimiento del principio de continuidad y el hecho de considerar al contratista público como un colaborador de la administración cuya finalidad superior es el bien común.

Según Barra el fundamento jurídico positivo que permite, la admisión de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo es:

El respeto de la situación de igualdad frente a las cargas públicas , que impide hacer soportar exclusivamente sobre el cocotratante las consecuencias del alea económica que no pesa sobre las demás personas y la obligación de indemnizar a ese cocotratante por el menoscabo patrimonial derivado de aquella situación de desigualdad, para mantener incólume la garantía de propiedad consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional. (Contrato de Obra Publica, 1984, pág. 1129)

5.3.1.2 Diferencia de Teoría de Imprevisión con el Régimen de Redeterminación de Precios.

Los sistemas de variaciones de precios desde la ley N°12910 de mayores costos hasta la actualidad con Régimen de Redeterminación de Precios del Dec 691/2016, son totalmente independientes de la teoría de la imprevisión. Son dos instituciones jurídicas distintas, ya que el reconocimiento de las variaciones de precios radica en la justicia distributiva que une al Estado con el particular, teniendo en cuenta al Estado como realizador y distribuidor del bien común.

⁵⁶“En el derecho administrativo, donde la resolución contractual está más limitada que en el derecho civil, el principal efecto de la teoría de la imprevisión es la revisión del contrato.” (Cassagne J. C., 1989, pág. 38)

La Redeterminación busca restablecer el equilibrio de la ecuación económica financiera de los contratos de Obra Pública a través de un precio fijo originario, más los sucesivos precios redeterminados para los distintos periodos de ejecución.

Las actuales obras públicas nacionales son con un precio determinado y cierto de origen y determinable para sucesivos periodos, por la redeterminación de precios autorizada directa o supletoriamente por el decreto 691/2016.

Según Barra “para la teoría de la imprevisión el hecho que motiva la rescisión o revisión del contrato debe ser imprevisible y además extraordinario, para el régimen de mayores costos en la obra pública, solo se exige la efectiva producción del mayor costo cualquiera sea su entidad.” (1976, pág. 332),

Para diferenciar la intangibilidad de la remuneración del contrato con la teoría de la imprevisión, se afirma que para la intangibilidad y los mecanismos de revisión de precios asociadas a ese principio, no es necesario el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En ese sentido Muratorio afirma que “la redeterminación de precios difiere de la teoría de la imprevisión en que no exige concurrencia de acontecimientos extraordinarios ni imprevisibles, ni que el aumento de precios sea excesivo; etc., y responde a una obligación contractual.” (2019, pág. 2)

Según Gordillo las diferencias de la teoría de la imprevisión y los mayores costos⁵⁷ son:

a) la teoría de imprevisión tiene aplicación en supuestos excepcionales , mientras que el régimen de mayores costos se aplica en situaciones normales por aumentos previsibles en el mercado , b) la teoría de la imprevisión ofrece el pago de indemnizaciones parciales o la rescisión y el régimen de mayores costos tiende a mantener los más exactamente posible la ecuación originaria: c) la imprevisión se aplica a todos los contratos administrativos pero el régimen de mayores costos es típico de la obra pública (Mayores Costos, imprevisión, Indexación, 2014, pág. 898)

En palabras de Crivelli “los sistemas de variaciones de costos hacen al cabal cumplimiento del contrato, la teoría de la imprevisión es un modo de salir de una crisis contractual con el menor daño posible” (Crivelli J. C., 2004, pág. 68).

A modo de cierre, se puede establecer que las diferencias de la Teoría de la Imprevisión con la redeterminación de precios son que para la última: a) no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible , ni extraordinario; b) no se requiere que el aumento del precio sea

⁵⁷ El régimen de mayores costos fue instituido por la ley 12910.

excesivo, es decir no importa la magnitud de la onerosidad solo se exige la efectiva producción del mayor costo; c) para el resarcimiento no se aplica el criterio del riesgo compartido y no tiene carácter indemnizatorio; d) configura una obligación que asume la administración al celebrar el contrato y que queda a él incorporada.

5.3.1.3 Equilibrio económico financiero Originario

En el contrato de obra, se establece una determinada ecuación económica financiera y las relaciones contractuales deben desenvolverse en base al equilibrio originario establecido en el acto de adjudicación. En consecuencia esa igualdad debe ser mantenida, tanto en el momento de establecer el vínculo, como así también mientras dure el contrato.

La ecuación financiera no constituye una especie de seguro del cocontratante contra los déficits eventuales de la explotación. Es simplemente una equivalencia honesta entre las cargas y las ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración en el momento de la conclusión del contrato y que le han decidido a celebrarlo.

Entonces, por un lado, los importantes principios de legalidad e igualdad de los licitantes evitarán que se establezcan términos más beneficiosos para el contratado y, por el otro, el contratado no podría ser forzado a vincularse en condiciones más desfavorables, es decir, inferiores a la propuesta por él realizada.

Si el monto económico de las obligaciones a ser mantenidas por el contratado se incrementaran, por efecto del aumento de precios o si disminuyeran, la ecuación establecida se debilitará, trayendo desequilibrio en la igualdad inicialmente presupuesta por las partes.

En el reconocimiento de este hecho y con el fin de prevenir las alteraciones contractuales, se fundamentó el establecimiento de un régimen de redeterminación de precios para mecanizar el reequilibrio, en pos de la conservación de la ecuación original y en efecto la continuidad del contrato.

5.3.1.4 Riesgo Económico

El contrato de obra es siempre un contrato conmutativo, “ya que la entidad objetiva de la prestación de los dos contrayentes esta siempre determinada, o al menos es determinable en base a criterios objetivos prestablecidos, y no en función de hechos futuros inciertos” (Barra R. , 1984, pág. 1129) como en los contratos aleatorios.

El alea económico del contrato de obra hace referencia a este mayor beneficio o pérdida que cualquiera de los contratantes puede obtener como resultado del contrato al término de la ejecución. Se trata de un riesgo económico, y así en este sentido meramente económico, todo contrato con prestaciones recíprocas es aleatorio.

Es un hecho que la ejecución del contrato de obra, sometido a un largo plazo y de gran volumen económico traiga consigo muchos riesgos. Ante este escenario, pueden producirse desequilibrios que afecten la ecuación económico-financiera del contrato.

Los riesgos económicos más comunes ya mencionados son por ejemplo, la inflación, la devaluación, subida de la tasa de interés que impacten en el equilibrio inicial del contrato.

Con todo, debe partirse de la base de que en cualquier orden de la vida el riesgo va siempre asociado al precio que se paga, en pocas palabras: a mayor riesgo, mayor precio. La asunción de ese riesgo por la administración supone la certeza de cotizaciones más baratas.

Bajo este presupuesto, “surge la importancia de que se establezca con antelación, la distribución de riesgos, lo que otorga mayor seguridad al contratista y, en consecuencia, conlleva efectos en el precio del contrato” (Ibarzabal, 2017, pág. 10).

La sobreprotección del interés público tiene un indudable costo para el Estado. Resguardar el equilibrio del sinalagma contractual a lo largo de la vida del contrato, “implica generar un grado de predictibilidad tal que permita que los contratos de obra pública se adjudiquen y concluyan a precios que no necesiten incorporar el riesgo inflacionario entre sus costos, porque la incertidumbre, indiscutiblemente, tiene costo fiscal” (Ibarzabal, 2017, pág. 13)

También se ha señalado que la Administración se encuentra en mejor situación para asumir los riesgos de las fluctuaciones de precios y, además, que la utilización de esta técnica permite mayor estabilidad y seguridad del equilibrio del contrato.

Sin embargo este régimen jurídico, no supone la eliminación del riesgo empresario, presente en toda actividad económica, causados por ineficiencias, excesivos costos, gastos generales desproporcionados, o deficiente capacidad técnica, de manejo de personal o de la relación con el sindicato.

Por otro lado, es necesario recalcar que los órganos administrativos al adjudicar un contrato deben asegurarse de que el precio pactado sea suficiente para lograr el debido cumplimiento del contrato, es decir se debe controlar que el precio ofertado sea acorde a los valores de mercado y no vil.

El derecho puede limitar esta alea económica, en base a determinados criterios objetivos, o por la objetivación de ciertos requisitos subjetivos, como ocurre en el caso de la teoría de la imprevisión Según Barra “el límite de las prestaciones será la pactada por las partes con el

límite de lo que era razonablemente previsible al momento del acuerdo de voluntades” (Contrato de Obra Pública, 1984, pág. 1130).

En función de todo lo mencionado, se puede decir que lo que caracteriza al contrato de obra pública es la conmutatividad y la distributividad y no el riesgo y ventura.

En definitiva, el principio de equilibrio económico financiero sirve para mitigar el riesgo económico al que están expuestos todos los contratos de obra de forma de lograr mantenimiento del equilibrio inicial y la conservación del mismo.

5.3.1.5 Principio de Equilibrio Económico Financiero

La intangibilidad de la remuneración del contrato supone las ideas de equilibrio económico financiero. En el contrato de obra pública, cualquiera sea el sistema de ejecución, incluso en el ajuste alzado, el alea económica, como ya se mencionó, está en cabeza de la administración comitente.

En un contrato de larga duración como los contratos de Obra Pública, ninguna de las dos partes del contrato podría determinar al principio de su ejecución cuál será con exactitud y precisión el tamaño de su prestación a lo largo de todo el contrato. “Lo que sí tienen presente es la obra a realizar y el mecanismo que revisará en modo habitual el equilibrio de las prestaciones en el período de ejecución contractual, la redeterminación de precios” (Perez Hualde, 2004, pág. 1). Este principio implica un derecho a que se mantenga la equivalencia entre las ventajas y cargas del contratista en la misma medida que había sido calculado el momento inicial.

En definitiva, según lo afirma Ibarzabal, principio de Equilibrio Económico Financiero “no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia” (Ibarzabal, 2017, pág. 4).

El restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato pretende mantenerlo no cambiarlo. Según Ibarzabal, son muchas las razones que poseen las distintas técnicas para corregir los desequilibrios contractuales, específicamente:

- (a) Permite obtener mejores precios en las ofertas en virtud de que se eliminan factores de riesgo no imputables al particular;
- (b) se evita la necesidad del administrado de contratar costosos seguros que se trasladan al precio ofertado;
- (c) previene la ruina de los particulares que contratan con la Administración y que asumen un rol de colaboradores de ella, y
- (d) genera la promoción de la concurrencia de interesados a los procesos licitatorios;
- (e) A título ejemplificativo, genera ventajas desde el punto de vista social y económico de los ciudadanos en cuanto a la incidencia en los contratos laborales de quienes prestan sus

servicios a quien contrata con la Administración. Con todo, es evidente que si no se respeta el equilibrio económico en un contrato, el aludido se torna ruinoso y ello acaba por frustrar su finalidad y, al fin de cuentas, el interés general. (El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada, 2017, pág. 8)

Como ya se remarcó a lo largo del trabajo, “la realidad económica indica que toda incertidumbre en la conformación del precio se traslada –fatalmente– al precio que la comunidad en definitiva solventa y que el mejor modo de evitarlo es confiriéndole la mayor transparencia posible al proceso de su formación” (Mertenhikian, 1997, pág. 158).

En los contratos públicos, a fin de cuentas, debe lograrse un debido equilibrio que no traslade cargas excesivas sobre ninguna de las partes, lo que ayudará a que se cumpla con el fin público perseguido y la satisfacción del interés privado del cocontratante.

De este modo, el régimen de redeterminación de precios se constituye como una garantía frente a la inestabilidad económica que puede afectar especialmente a aquellos contratos de larga duración, como lo es el Contrato de Obra Pública.

5.3.1.6 Teoría de la Imprevisión desde la Doctrina

El fin de este apartado es evaluar a la Teoría de la Imprevisión desde la doctrina administrativa comparando distintas posiciones de autores relevantes.

Algunas definiciones de la Teoría de la Imprevisión ponen énfasis en la ruptura de la ecuación económica original por circunstancias económicas extraordinarias e imprevistas posteriores a la celebración del contrato.

En ese sentido Marienhoff define la teoría de la imprevisión como:

El medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles- posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias y transitorias, que alteren la ecuación económico financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, este pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego tales circunstancias deben ser ajenas a la voluntad del cocontratante. (1998, pág. 601)

Por su parte Buteler afirma que:

La teoría de la imprevisión ha sido receptada en materia de contratos administrativos en los casos en que el desequilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado (alea económica), para que ella sea admisible deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles posteriores a la

celebración del contrato, que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones. (Contratos Administrativos , 2016, pág. 16)

Según Rejtman Farah la razón de la existencia de la teoría de la imprevisión, “es que exista una previsión excesivamente onerosa, derivada de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que habilita incluso a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato” (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001., 2013, pág. 172).

Dromi afirma que para la procedencia de la teoría de la Imprevisión se tienen que dar en simultáneo:

El quebrantamiento de la ecuación económica financiera del contrato que está en curso de ejecución o no retrasado en ejecución por mora o culpa del contratista, que se deba a una circunstancia económica ajena a las partes anormal, imprevista, extraordinaria que torne excesivamente onerosa las prestaciones a cargo del contratista. (2017, pág. 782)

En esa misma sintonía Diez afirma “puede suceder que la ruptura de la ecuación financiera, derive de una situación imprevista que no pudo estimarse por ninguna de las dos partes en el momento de la celebración del contrato y que ha dado origen a la llamada teoría de la imprevisión” (Los Mayores Costos en las Obras Publicas, 1986, pág. 4).

“La teoría en la imprevisión resuelve una crisis en la ejecución del contrato que afecto al cocontratante por medio del concurso de la administración. La administración concurre parcialmente a reparar los perjuicios sufridos por el cocontratante” (Diez, 1986, pág. 5).

El objeto de esta teoría es “establecer criterios tendientes a evitar los abusos y la injusticia que envolvería no restablecer el equilibrio roto al producirse de un modo brusco, repentino y violento, imprevisible, un acontecimiento sobreviniente que cambiara radicalmente las circunstancias existentes en el momento de contratar” (Zegers, 1985, pág. 253).

Según Brewer-Carias las condiciones generales de la existencia de la imprevisión son: “Imprevisibilidad de hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad; posibilidad de cumplimiento del contrato, aumento grave en la onerosidad de la prestación y no interrupción del servicio”. (1980, pág. 260)

Por otra parte, la regla en los contratos administrativos es el cumplimiento de lo pactado *pacta sunt servanda*, mientras se mantengan las circunstancias *rebus sic stantibus*. Por eso la aplicación de la teoría de la imprevisión es extraordinaria o excepcional.

El principio *rebus sic stantibus*, significa estando así las cosas es decir mientras se mantenga la circunstancias, aparece como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, esto es como una excepción a la naturaleza vinculante de los contratos, pero sin excluir la validez de este último. La relación entre el principio general de vinculación contractual, por un lado, y la posibilidad de reclamar la revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias es la que media entre la regla y la excepción. (Fernández Ruiz-Gálvez, 2016, pág. 300)

La regla general es cumplir lo pactado ya que los contratos vinculan y en consecuencia hay que responder por su incumplimiento. Es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico y una exigencia de la seguridad jurídica.

“El trastrocamiento de la ecuación económica originaria se produce cuando las nuevas circunstancias difieren notablemente a las tenidas en cuenta al celebrar el contrato” (Salerno, 2002, pág. 6).

La aplicación de este instituto tiene carácter restrictivo y de aplicación excepcional, en principio el contrato debe cumplirse tal como ha sido pactado, "el instituto de la imprevisión no tiene por fin reparar cualquier obstáculo que surja para una de las partes y que torne más difícil el cumplimiento de su prestación" (Sanchez Herrero, 2019, pág. 48).

Esto significa que “las disposiciones iniciales referentes al precio valen *rebus sic stantibus*, pues éste debe ser reajustado *pari passu* con las alteraciones ulteriores que en él influyen” (Cassagne J. C., 2012, pág. 6).

La cláusula *rebus sic stantibus*, mediante la cual se libera a una persona de su compromiso si sobreviene un cambio de circunstancias, se asienta en el axioma de buena fe. “Las cláusulas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, no se contraponen necesariamente, son ambas, por igual, expresiones necesarias de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual y se compenetran recíprocamente” (Cornet, 2002, pág. 27).

Entonces, el desafío consiste en la búsqueda de un equilibrio armónico entre el principio general de vinculación contractual, formulado como *pacta sunt servanda*, hay que cumplir lo pactado, y la posibilidad excepcional, y bajo determinadas condiciones de admitir la revisabilidad del contrato. Un ordenamiento jurídico contractual equilibrado debe preservar las dos exigencias referidas:

La obligatoriedad de los contratos y la necesidad de modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias para restablecer el equilibrio de las prestaciones que se ha roto como consecuencia de un cambio sobrevenido o, incluso, resolver el contrato. (Fernández Ruiz-Gálvez, 2016, pág. 299)

La doctrina de la Imprevisión sostiene que el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se celebró el negocio. En ese sentido Cornet afirma:

El cambio de circunstancias es relevante sólo en casos excepcionales. El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos principios se conoce como excesiva onerosidad. (2002, pág. 17)

Las circunstancias que determinaron el acuerdo, a lo largo del tiempo pueden experimentar cambios, según la dinámica del mercado y otros hechos sociales. Según Salerno:

Esa mutación no necesariamente faculta a revisar los contratos, pues sólo autoriza a emplear la cláusula *rebus sic stantibus*, si sobreviene un acontecimiento anormal, fuera de lo común en la vida cotidiana. Además, el suceso debe obedecer a causas ajenas al riesgo específico del contrato. (2002, pág. 6)

La teoría de la imprevisión trata de remediar una situación extracontractual. "Existe evidentemente una carga extracontractual que deriva de una situación anormal excepcional no prevista en el momento de la celebración del contrato y que ha traído aparejado un desequilibrio financiero en la ejecución del mismo" (Diez, 1986, pág. 5).

En el ámbito de los contratos administrativos, como ya se mencionó en reiteradas oportunidades, tiene un rol preponderante el equilibrio de las prestaciones, es decir el mantenimiento de la ecuación económica financiera original. Por ello, se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídica del negocio durante toda la vigencia del contrato y hasta la finalización del mismo.

Sin embargo, no toda alteración en las condiciones contractuales genera el deber para una de las partes de restablecer el equilibrio económico del contrato. En esa lógica, se puede afirmar que:

Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes contratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 58).

Por otro lado, algunos autores ponen su atención sobre el efecto de la aplicación de la teoría de la Imprevisión a los contratos administrativos, es decir la compensación económica parcial que obtiene la parte perjudicada.

El efecto esencial del equilibrio económico financiero del contrato y del derecho de la inmutabilidad de la ecuación financiera, es que el cocontratante de la Administración tiene derecho a recibir de la Administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo. (Brewer-Carias, 1980, pág. 259).

Cassagne J. C., afirma que la aplicación de la teoría de la imprevisión:

Puede ser invocada tanto por el contratista como por el administración, y no se traduce en una compensación integral sino en una ayuda por la cual se distribuye el alea económica entre ambos, sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato y solo soporte la parte de las pérdidas que una razonable interpretación del contrato permita dejar a su cargo. (Cassagne J. C., 1989, pág. 89)

Según Barra “la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público, se resuelve en un derecho de indemnización en favor del contratista afectado, indemnización que no es plena sino parcial, atendiendo el principio de riesgo compartido” (1976, pág. 328). En esa misma línea, Díez afirma que habrá entonces un supuesto alea económico, que es lo que caracteriza la teoría de la imprevisión cuando:

Como consecuencia de un hecho ajeno a la administración pero que resulta imprevisto, por no haberse podido prever en el momento de celebrar el contrato y, que si bien no hace imposible la ejecución, acrece en gran proporción las cargas del cocontratante y afecta profundamente la economía del contrato, supuesto en que el cocontratante tiene derecho a una indemnización. (Los Mayores Costos en las Obras Publicas, 1986, pág. 5)

El contrato se celebra para ser cumplido y para la satisfacción de un fin o necesidad pública. Esto no se logra cuando el contratista está un poco menos que imposibilitado de seguir adelante porque las nuevas condiciones que han ido apareciendo lo hacen extremadamente oneroso, es decir económicamente imposible. Entonces Bercaitz afirma que:

Si se obliga a la ejecución contractual a pesar de los quebrantos que pueda ocasionar y se produce su quiebra, se interrumpe la obra y se encuentra obligada a hacer una nueva adjudicación más onerosa. Esto es lo que evita la teoría de la imprevisión al establecer la ayuda financiera al cocontratante, aumentando

el precio convenido por la obra o pagándole una indemnización que le permita solventar el desequilibrio financiero creado por las circunstancias sobrevinientes. (Teoría General de los Contratos Administrativos, 1980, pág. 449)

La fórmula equitativa de compensación debe ser acordada por las partes y si no fuera posible que arriben a un acuerdo, el contrato se resuelve, salvo que la parte afectada hubiera realizado el esfuerzo de cumplir total o parcialmente sus obligaciones, en cuyo caso el valor de la mejora equitativa debiera ser determinada por un juez.

Por último, es importante resaltar dos posiciones contrapuestas que existen en la doctrina administrativa. Por un lado, existen algunos autores que siguen la tendencia de una asimilación entre el sistema de variación de costos con la teoría de la imprevisión regida hoy por el Código Civil y Comercial. Este fue el criterio al que la Corte recurrió en los fallos de Dulcamara y Tecnobra⁵⁸, debido a que reclamó que se cumplan los extremos de la imprevisibilidad, sobreviniencia, extrañeiridad a las partes exigida para la teoría de la Imprevisión ante la inequidad de fórmula contractual.

Por otra parte, existe un sector de la doctrina como Barra⁵⁹, Berçatiz⁶⁰ y Gordillo⁶¹ que están en contra de la mencionada asimilación.

Sin embargo, Barra afirma que la teoría de la imprevisión, “como instituto general del derecho, seguirá estando presente como medio de solucionar situaciones de injusticia que afecten la relación contractual, aplicable a los contratos administrativos, según los principios y reglas propios del derecho administrativo” (Contrato de Obra Pública, 1984, pág. 1162).

Por su parte Crivelli, explica la teoría de la imprevisión como “un instrumento excepcional que se aplica cuando el contrato está en profunda crisis, permitiendo modificaciones sustanciales que haga que continúe o resolviéndolo para que no cause daño desproporcionado a la parte que debe cumplirlo” (El ajuste de precios de la locación de obra, 2004, pág. 68).

⁵⁸ Estos fallos se analizarán en el apartado que trata sobre la Teoría de la Imprevisión desde la jurisprudencia.

⁵⁹ Según Barra es discutible la postura intelectual (doctrinal como jurisprudencial de adscribir el instituto de los mayores costos dentro de la teoría de la Imprevisión. (1976, pág. 324)

⁶⁰ Según Berçatiz las leyes 12.910, 13.064 (art 39) y 15.285 y sus decretos reglamentarios han regulado en forma especial el reconocimiento de las variaciones de costos en los contratos de obra pública, fuera de la observancia de los principios que rigen la teoría de la imprevisión. (Berçatiz, 1980, pág. 463)

⁶¹ Según Gordillo el régimen legal de los mayores costos se vincula pero no es igual a la teoría de la imprevisión (2014, pág. 897)

Finalmente, es relevante aclarar que imprevisión es de orden público. Desde el punto de vista de Dromi:

En tanto es un medio de asegurar en beneficio del interés público el cumplimiento de los contratos administrativos. Opera como principio contractual implícito que se aplica de pleno derecho y no requiere estar pactado expresamente (artículo 16 Y 17 de la Constitución Nacional y artículo 1091 del Código Civil y Comercial). (2017, pág. 783)

Los obstáculos y la Teoría de la Imprevisión:

La mora y la culpa del administrado son obstáculos para la aplicación de la teoría de la Imprevisión.

La normativa en la materia no permite al moroso alegar la teoría de la imprevisión, lo cual es ajustado a derecho ya que la parte morosa carga con los riesgos.

Sin embargo, cuando la mora o la culpa de la parte perjudicada no tienen incidencia sobre la situación originada por el hecho desencadenante, no obstaculizan su aplicación. Por esto, “conviene ofrecer prueba de las circunstancias, sea para acreditar la influencia de la culpa, en el hecho, sea, para liberarse de su influencia nociva” (Abatti, 2020, pág. 23).

Si la excesiva onerosidad de la cual se queja el contratista es obra de su culpa, “es decir que si obedece a la omisión de diligencias que él pudo practicar, no puede pretender que se lo exima de las consecuencias de su propia conducta” (Bercaitz, 1980, pág. 462).

Más precisamente, en relación a la mora, sobresale el criterio sobre que se trate de mora anterior o contemporánea al hecho desencadenante o que se vincule con producción de ese hecho o con la relación jurídica o negocio en cuestión. Es decir solo será relevante la mora anterior al hecho que causó la ruptura de la ecuación económica. Por el contrario si es posterior al hecho desencadenante no impedirá su invocación.

Doctrina española Comparada

En la doctrina española, al igual que nuestra doctrina administrativa, la regla general es el *pacta sunt servanda*, por lo que los ajustes en la retribución del contratista fundados en riesgos imprevisibles deben ser excepcionales y siempre interpretados con criterios estrictos nunca extensivos o ampliatorios.

“Es una medida infrecuente y extraordinaria que no puede naturalizarse o confundirse con una garantía de los beneficios económicos del adjudicatario del contrato” (Blanquer Criado, 2013, pág. 480).

En la legislación española, también establecen una distinción en los contratos onerosos conmutativos entre alea ordinaria y extraordinaria. “El primero debe pesar siempre sobre el contratista, mientras el segundo, en el caso del contrato administrativo, debe quedar sometido a los principios propios de la responsabilidad objetiva por lesión y ser soportado por la Administración” (Ariño Ortiz, 1969, pág. 144).

Según Sánchez, los requisitos esenciales de la aplicación de la teoría imprevisión son tres. En primer lugar se exigen el requisito de la imprevisibilidad que “el juez debe investigar para establecer los límites extremos de la previsión propia de un empresario diligente” (1984, pág. 449).

En segundo lugar el acaecimiento imprevisible de ser independiente de la voluntad de las partes. “El contratista no puede invocar la imprevisión si él ha provocado el cambio de circunstancias o si no ha hecho todo lo necesario para impedirlo, bien se deba ello a error, negligencia o cualquier forma de incumplimiento” (Sanchez, 1984, pág. 449). Por su parte la administración debe ser también extraña al hecho, pues en otro caso el contratista podría invocar la teoría del príncipe.

Finalmente, se requiere que el acaecimiento imprevisible no solo produzca un sobrecoste y consiguiente pérdida para el contratista, “sino que en todo caso es necesario que se produzca (...) un déficit para el contratista y no una simple falta de ganancia o desaparición de un beneficio previsto” (Sanchez, 1984, pág. 450).

Por otro lado, resulta indicado precisar conceptualmente, la diferencia entre la revisión y la variación del precio del contrato o su eventual actualización, en la doctrina española.

La revisión de precios y la actualización son dos conceptos diferentes no solo en su ámbito y esfera de aplicación y en su finalidad sino también en sus fundamentos, en cuanto que la revisión de precios afecta la consumación del contrato.

Se distingue perfectamente la actualización de la revisión de precios según el momento en que una u otra se produce. “La actualización corresponde a la fase precontractual, mientras que la revisión se refiere el precio ya convenido y en fase de ejecución” (Sanchez, 1984, pág. 446).

En algunos casos, puede resultar procedente la actualización de precio:

Cuando en el proceso de selección y adjudicación del contrato se incumple el calendario de plazo legalmente establecido y como consecuencia de ello, antes de la adjudicación ya se desequilibra la base objetiva del negocio jurídico inicialmente programada. (Blanquer Criado, 2013, pág. 477)

La revisión del precio tiene lugar “por circunstancias externas y ajenas las partes del contrato, como la evolución general de la economía, el incremento del precio de las materias primas o de la energía” (Blanquer Criado, 2013, pág. 476).

“La revisión de precios ya nada tiene de excepcional sino que consiste en una simple técnica de ajuste del precio, por ello puede decirse que la revisión es precio, y como tal exigible por el contratista como formando parte de la relación contractual” (Sanchez, 1984, pág. 456).

La necesidad de revisión se basa en que “es mejor que la administración asuma la mayor la onerosidad que correr el riesgo de que los futuros aumentos se repercuten en la oferta del precio con lo cual lo soportaría en todo caso” (Sanchez, 1984, pág. 457).

La variación de precio se produce por causas internas al cumplimiento o ejecución del contrato. “El fundamento de la variación de precio del contrato es el cumplimiento de las obligaciones con una elevada diligencia que está por encima de lo normalmente exigible” (Blanquer Criado, 2013, pág. 476).

En la doctrina española al igual que en la doctrina local, también existen dos posturas contrapuestas sobre si el fundamento de la revisión de precios es la Teoría de la Imprevisión.

Por un lado, algunos autores, suelen fundar la revisión de precios en la doctrina del riesgo imprevisible y de la cláusula *rebus sic*.

Por otro lado, otros consideran que el fundamento de la revisión de precios fuera de la teoría del riesgo imprevisible o de la cláusula *rebus sic stantibus*. Según Sanchez:

Aquella y estas solo tienen en común, el ser remedios o soluciones para paliar o mitigar los efectos perniciosos, que inflación produce en el patrimonio del contratista; en cambio sus diferencias son sustanciales, pues mientras estas teorías o doctrinas toman en consideración el perjuicio una vez producido y en razón de la imprevisibilidad del mismo, la revisión de precios constituye una previsión para establecer anticipadamente los criterios de determinación del precio con el fin de que éste puede ir ajustándose a las variaciones que experimentan en el mercado los principales componentes de la obra. (Variaciones de Precio, 1984, pág. 457)

Al igual que en la doctrina y legislación local, en la legislación española, la mora del contratista por retraso en la ejecución de la obra determina que los índices de revisión a tener en cuenta

serán los que hubieran correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de obras en plazo.

Con esto se evita que el contratista moroso se beneficie de una posible mayor revisión si son más beneficiosos los índices del periodo en que se encuentre en mora, pero es claro que toda obra se somete a una posible revisión en más o en menos. (Sanchez, 1984, pág. 477)

En el derecho español, al igual que en nuestra legislación ante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, se aplica en el concepto de sacrificio compartido. En ese sentido afirman que “aun cuando se admita la revisión, el contratista debe soportar una parte de la elevación de los precios a su costa («principio de coparticipación en los riesgos»)” (Ariño Ortiz, 1969, pág. 144).

5.3.1.7 Teoría de la Imprevisión desde la Jurisprudencia

El objetivo de este apartado es analizar la Teoría de la Imprevisión desde la jurisprudencia judicial en primer lugar y luego desde la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro Nacional y la Oficina Nacional de Contrataciones relevante sobre la temática.

Jurisprudencia Judicial

El propósito de la teoría de la imprevisión, en el campo del derecho administrativo es mantener la ejecución del contrato.

Es un elemento auxiliar para juzgar las consecuencias de una mayor onerosidad en los contratos, a diferencia de lo que ocurre en derecho privado(...) la quiebra de la ecuación económico financiera contractual no es causal de rescisión; ello impide al perjudicado dejar de cumplir las obligaciones contraídas, debiendo limitarse a gestionar una compensación que le permita continuar haciéndolo. (Maquinarias Ensenada S.A. vs. Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires s. Demanda contencioso administrativa., 1984, pág. 2)

La imprevisión debe valorarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso. “El concepto de situación imprevisible no responde a una noción fija o rígida y debe ser entendida como contingencia que excede los niveles de lo habitual y prudentemente previsible. La pauta es

relativa, librada a los tiempos y las circunstancias” (Empresa P.B.P. S.A. y Coimbra S.R.L. vs. Municipalidad de Vicente López s. Demanda contencioso administrativa, 2003, pág. 1).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás jurisdicciones federales y provinciales han reconocido prolongada y mayoritariamente la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, con los fundamentos de los arts. 16° y 17° de la Constitución Nacional, invocando su previsión legal, hoy en Código Civil y Comercial en el Art 1091. Sin embargo, su práctica siempre fue con criterio restrictivo y excepcional.

Como el contrato administrativo, es ley para las partes y el principio es el cumplimiento estricto de lo pactado, la aplicación de la teoría de la imprevisión es excepcional.

En otras palabras, según la jurisprudencia, no es válida su empleo, para subsanar malos negocios o ante distorsiones previsibles de poca entidad, o para mejorar el nivel de ganancias o para sostener un determinado nivel de renta. Es decir el Estado no cubre el riesgo empresario o cualquier sobre costo que puede surgir durante la ejecución del contrato.

La protección de la ecuación económico-financiera del contrato no implica sustracción de los riesgos ordinarios en el campo de los negocios, sino protección de los perjuicios que correspondan al álea anormal de los mismos, protección que según los supuestos fácticos, puede lograrse mediante el reconocimiento de los mayores costos o de la teoría de la imprevisión. (Construcciones Río Paraná S.R.L. vs. Provincia de Santa Fe s. Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, 2004, pág. 1)

“El contratista asume un riesgo empresario y el Estado no puede ser garante de su mejor negocio o de un determinado nivel de renta” (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 8).

Asimismo, se suma que el contratista de obra pública dada la magnitud de los intereses en juego debe actuar con la mayor de las diligencias, pericia, prudencia y buena fe de forma de poder prevenir cualquier eventualidad, considerando su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público.

La contratista, al formular su propuesta, debe obrar con pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil) puesto que la magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en la ejecución de los trabajos, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exijan las circunstancias de persona, tiempo y lugar (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).” (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 3)

“Si ante la falta de previsión del contratista se aceptara el reclamo de mayores costos, se atentaría contra el principio de igualdad de los oferentes que debe presidir toda contratación administrativa” (José Cartellone C.C.S.A. vs. Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s. Contrato obra pública , 2003, pág. 1).

A nivel judicial, para la aplicación de la teoría de la Imprevisión, se requirió que la ruptura de la ecuación económica financiera fuera por hechos sobrevinientes e imprevisibles y de significativa importancia.

En otras palabras a los fines de la teoría de la imprevisión, “no basta con la sola existencia de mayores costos por el solo transcurso del tiempo; sino que ellos deben ser, además de imprevisibles, de trascendencia para la economía del contrato de obra pública” (Nisalco S.A. vs. Provincia de Santa Fe s. Recurso contencioso administrativo, 2008, pág. 1).

Si bien la teoría de la imprevisión ha sido receptada en materia de contratos administrativos en los casos en que el desequilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado (álea económica), para que ella sea admisible “deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles - posteriores a la celebración del contrato se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones” (J.J. Chediak S.A. vs. Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina s. Nulidad de resolución., 1996, pág. 1).

En resumen para que sea aplicable la teoría de la imprevisión se requiere:

- a) una circunstancia extraña a las partes, b) que se produzca un quebrando económico, c) que sea temporaria, d) que sea anormal, extraordinaria o imprevisible, e) que el contrato se encuentre en ejecución, f) ausencia de culpa empresaria, g) excesiva onerosidad y h) demostración efectiva del perjuicio. (Mazzoni, Francisco vs. Instituto Provincial de la Vivienda s. Acción procesal administrativa , 2000, pág. 1)

Por otro lado, la carga de la prueba de estas condiciones es para quien invoca la distorsión o daño financiero, la parte afectada. Ese daño debe ser probado con fuertes fundamentos.

Ese daño se puede probar con los estados contables del contratista, las facturas de compra de materiales locales e importados, los comprobantes de compra y/o alquiler de equipos, los recibos de sueldos de la mano de obra donde se muestre los gastos efectivamente realizados.

Para evaluar el aumento de los gastos financieros, se debería exponer como la evolución de las tasas de interés y demás componentes que hacen al costo financiero afectaron su financiamiento y las distintas posibilidades de acceso a crédito interno y externo que tiene la empresa. Es decir, la parte perjudicada, debe demostrar con claridad como la ejecución de esa obra se tornó excesivamente onerosa ante el cambio de circunstancias sobrevinientes.

La aplicación de la teoría de la imprevisión requiere “la alegación y prueba de que el quebranto o trastorno ocasionado por el alza de precios haya superado el alea "normal" del negocio y que haya sido razonablemente imprevisible” (Delco S.A. vs. Municipalidad de La Plata s. Demanda contencioso administrativa;, 1989, pág. 2).

En efecto debe rechazarse la pretensión de la contratista al pago de mayores costos:

Si no ha intentado siquiera probar cuál es el alegado perjuicio sufrido en su economía, limitándose tan sólo a exhibir los resultados de la aplicación de las normas que cuestiona, sin subjetivar adecuadamente el supuesto desequilibrio en la ecuación económica financiera del contrato. (Cima S.A. vs. Municipalidad de Bahía Blanca s. Demanda contencioso administrativa., 1987)

Bajo esa misma lógica se afirma que:

Si el contratista de obra pública por alguna razón entiende que los términos económicos del contrato se han tornado irrepresentativos, debe acreditar todos los requisitos que permiten la excepcional revisión del mismo y no limitarse únicamente a reclamar, como una exigencia de la justicia distributiva, el reconocimiento de los mayores costos que debió soportar. (Nisalco S.A. vs. Provincia de Santa Fe s. Recurso contencioso administrativo, 2008, pág. 1)

Por otra parte, la indemnización por el daño financiero, no es plena, solo se reconoce el daño a partir de que la distorsión se vuelve significativa, es decir solo cubre el alea extraordinaria del contrato y no el alea normal.

Con la aplicación del principio del esfuerzo compartido la tarea de los jueces es examinar en qué forma se reconstruye el sinalagma contractual desquiciado y procurar una distribución razonable de los costos, que no incline la balanza ni le imponga el mayor sacrificio a la parte inocente. (Baños Dávila, Elena vs. Ibarrola de Parma, María del Pilar s. Ejecución hipotecaria., 2002)

La práctica de la Teoría de la Imprevisión no afecta los principios rectores en materia de licitación y contratación de obra como son los que consagran la intangibilidad de los contratos y el respeto a la debida igualdad entre los oferentes.

La aplicación de la teoría de la imprevisión sólo trata de evitar las consecuencias perniciosas de hechos sobrevinientes e imprevisibles, imposibles de ser resueltos de acuerdo a lo pactado y frente a los cuales todos los proponentes se hubieran encontrado en idéntica situación. (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 3)

De esta forma, del estudio de la jurisprudencia, se observó que se repite en diferentes fallos la idea que por aplicación de la Teoría de la Imprevisión, no se afecta los principios rectores de la licitación pública ya que cualquiera de los oferentes se hubiera encontrada ante la misma distorsión ante el cambio de circunstancias luego de la celebración del contrato.

Por otro lado, la culpa y la mora imputable a la contratista son dos restricciones para la aplicación de la teoría de la imprevisión son

En relación a la culpa de la parte perjudicada, la jurisprudencia coincide que no es posible pretender el beneficio de la aplicación del instituto de la imprevisión, cuando se ha obrado culposamente. Sin embargo, si la culpa de la parte perjudicada no tiene incidencia sobre la situación originada por el hecho desencadenante, no obstaculiza su aplicación.

“El hecho extraordinario o imprevisible debe ser extraño a su persona” (Y.P.F. S.A. C/ Concretar Construcciones S.R.L. S/ Incumplimiento de Contrato, 2000, pág. 1)

Respecto a la mora, los jueces se han expresado en forma genérica, que la mora impide requerir el amparo judicial fundado en la teoría de la imprevisión. No obstante, la mora que se tiene en cuenta como relevante es la mora anterior al hecho que produjo el desequilibrio contractual y que guarda relación con el mismo.

El estado de mora en que se encuentra quien sufre luego los hechos sobrevinientes, sólo es relevante cuando guarda relación la prestación incumplida con el desequilibrio y, además se puede atribuir a la mora el haber empeorado dicho desquiciamiento En tal caso sólo se trasladan al deudor moroso los riesgos ordinarios, pero no los extraordinarios. (Delistovich, Armando vs. Transporte del Oeste s. Ejecutivo /// 30/06/2003;, 2003)

Es de remarcar que con cada emergencia económica que transitó nuestro país, como en los años 1975, 1981, 1985, 1989 y 2001, se habilitó y se utilizó como remedio de los desequilibrios contractuales el instituto legal de la imprevisión:

Como expresara el Despacho de la Comisión 3ª de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, setiembre de 1993): Cuando la situación de emergencia económica afecta las bases subjetivas u objetivas del negocio, el perjudicado puede utilizar los remedios que el ordenamiento positivo le brinda. (Cornet, 2002, pág. 9)

Respecto a los antecedentes de aplicación de la imprevisión, se observó que se dieron en forma separada o conjunta los siguientes hechos extraordinarios: deterioro del poder adquisitivo del signo nacional, alta brecha cambiaria con respecto al dólar, alza descontrolada de precios y tarifas, entre otros.

Un descalabro económico rompe el equilibrio contractual. Es indudable que la inestabilidad económica será fuente de litigiosidad. La emergencia afecta la base del negocio y como consecuencia de ello impacta en la equidad de las prestaciones. “Esta excesiva onerosidad sobreviniente es corregida por el juez o por la ley, y esto ha sido admitido por nuestra doctrina sin mayores objeciones” (Cornet, 2002, pág. 13).

Las medidas de junio de 1975, la hiperinflación padecida en 1982 y 1987 a 1990 y la crisis económica explosionada en diciembre de 2001, constituyeron, en principio, sujetos a evaluación según las circunstancias de cada caso, hechos extraordinarios e imprevisibles fuera de las previsiones normales. En ese sentido, nuestros tribunales han resuelto con suma prudencia y ponderando acabadamente las circunstancias de cada caso.

El hecho del gobierno, caso la devaluación, cambio de moneda, son acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como lo resolvió la jurisprudencia en los casos análogos (1975, 1981, 1982 y 1990) que si tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes, permite alegar la teoría de la imprevisión.

“Las medidas de gobierno, cambiarias y de todo tipo, enunciadas y tomadas en junio de 1975 por el Ministerio de Economía, importaron una modificación que no podía estar en la razón de los contratantes de 1974 pensar que así ocurriría.” (Cornet, 2002, pág. 10)

El derecho al reajuste del precio del contrato por razones de depreciación monetaria, sólo podría ser admitido “cuando medie una pérdida sustancial del equilibrio económico-financiero del contrato, derivada de un alea económico extraordinario o anormal, que exceda el razonable marco de previsibilidad que es exigible a las partes en el momento de formalización del

contrato” (Establecimientos Mirón S.A. vs. EPEC s. Contencioso administrativo de plena jurisdicción , 2000),

Por otro lado, a nivel judicial se expidieron sobre que debe considerarse como imprevisible:

La desmesurada aceleración del ritmo inflacionario desatada en la época en que el contrato que vinculó a las partes debió ejecutarse, tal lo acontecido en el caso bajo análisis, en la cual el índice inflacionario sufrió variaciones inesperadas, en períodos temporales acotados y fuera del orden ordinario exteriorizado en años anteriores a los eventos examinados. (Lara, Jorge Gabriel vs. Municipalidad de General Villegas s. Demanda contencioso administrativa., 2008)

La revisión judicial de los contratos cuyo equilibrio se ha visto fracturado en perjuicio de alguna de las partes, “no es una novedad introducida por la Ley 25561, sino que se encuentra emplazada en el derecho positivo de los contratos en el art. 1198, Código Civil” (Rinaldi, Francisco Augusto y otro vs. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s. Ejecución hipotecaria., 2007).

Según afirma Cornet “Las normas de emergencia, caso art. 11 de la ley 25561 expresamente hacen referencia al artículo 1198, con lo que no hay duda alguna sobre la procedencia de la teoría” (La aplicación de la teoría de la Imprevisión y la Emergencia Económica, 2002, pág. 20).

La aplicación de la teoría de la imprevisión a aquellos supuestos en los que se hubiere previsto un régimen convencional de ajuste “encuentra sustento en la previsión del art. 55 de la Ley de Obras Públicas que expresamente admite el reconocimiento de variaciones de precios derivadas o motivadas por actos del poder público, causas de fuerza mayor o la situación de plaza.” (Inmar S.A c Pcia de Buenos Aires , 2000, pág. 2)

Como ya se mencionó en apartados anteriores, la oferta más la cláusula de reajuste es el precio del contrato que, pactado de tal forma, constituye una ley para las partes. Por lo tanto:

No es válido pretender su modificación -sin acreditar la existencia de los supuestos que tornan aplicable la teoría de la imprevisión- sobre la base de los resultados más favorables al demandante que se obtendrían aplicando una fórmula de reajuste diferente a la convenida. (Hormigovial S.A. vs. Municipalidad de La Plata s. Demanda contencioso administrativa ///, 2007)

En ese sentido, la justicia siempre siguió un criterio restrictivo y excepcional respecto del reconocimiento de los reclamos por inequidad de fórmula o diferencias en el sistema de variación de costos. Para que se le dé lugar al reclamo de mayores costos, es necesario demostrar en cada obra en particular que:

La aplicación de las fórmulas contractuales de ajuste, a raíz de circunstancias extraordinarias e imprevisibles sobrevinientes durante la ejecución dista significativamente de reflejar los costos reales al momento en que se efectuó la inversión y que ello provoca una distorsión grave en la ecuación económica del contrato. (Gelabert, Rubén Aldo vs. Municipalidad de Villa Regina s. Contencioso administrativo, 2013)

Para que la modificación de las cláusulas de variaciones de costos pactadas contractualmente, fundadas en la teoría de la imprevisión proceda, se han señalado doctrinariamente varios requisitos:

a) que por causas transitorias y no previstas por los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico, la fórmula propuesta para el reconocimiento de variaciones de costos no contemple posteriormente una modificación sustancial que altere la ecuación económica-financiera del contrato, originada en el cambio de circunstancias económicas totalmente ajenas a las partes. b) que tales circunstancias sean anormales, imprevisibles, extraordinarias, vale decir no normalmente previsible, ni el acontecimiento ni las consecuencias. c) que el contrato se encuentre en curso de ejecución y que no se encuentre concluido antes de que surja el acontecimiento perturbador. d) la prueba de la existencia del quebranto, debe ser necesariamente aportada por el co-contratante que la invoca. (Seda S.R.L. vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia y otros s. Nulidad de acto administrativo y cobro de pesos, 1996)

De esta forma, el Tribunal entendió básicamente en los casos Dulcamara, Tecnoobra que sólo es posible modificar el método contractual de variaciones de costos si las distorsiones (a) provienen de hechos sobrevinientes e imprevisibles y (b) son significativas. Posteriormente, en el fallo Calderas Salcor, el voto mayoritario reafirmó el criterio sustentado en Tecnoobra. Por tanto, el perjuicio económico debe ser probada y no se da lugar a una simple irrepresentatividad de fórmula.

A continuación, por la relevancia de sus principios y por resumir en cierta medida los lineamientos jurisprudenciales generales sobre la materia, he de referirme puntualmente a algunos fallos que creo de utilidad en complemento de los antes mencionados.

Corte Suprema de Justicia de la Nación- Dulcamara SA. v. ENTel. S/ cobro de pesos. • 29/03/1990.

La empresa Dulcamara S.A. inició una demanda contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones con el fin de obtener la revisión del contrato de obra pública que unió a ambas partes y reclamó, en consecuencia, el cobro de la diferencia resultante de aplicar al régimen de variaciones de costos originariamente convenido, las modificaciones propuestas por ellos .

El objeto de la demanda consistía en que el régimen de variación de costos originariamente pactado por las partes:

No representaba adecuadamente la evolución de los valores en el mercado, razón por la cual debía elaborarse un nuevo sistema de reajuste de costos que tuviera en cuenta los insumos efectivamente empleados en la obra de acuerdo con lo previsto en el art. 3º, apartado c), del decreto 3772/64. (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 3)

La contratista argumentaba que las diferencias en concepto de variación de costos se debían por considerar que el índice utilizado resultaba irrepresentativo de la evolución de los valores en el mercado y el mayor costo financiero presuntamente experimentado por ella con motivo de la exposición del capital a la inflación.

La demanda de la actora fue desestimada por la CSJN porque la demandante no había probado que la distorsión por ella denunciada hubiese sido consecuencia de hechos imprevisibles al momento de celebrarse el contrato, sin que fuere “necesario ponderar si la distorsión invocada encuadra en la categoría de "significativa" exigida por el art. 1º del decreto 2875/75” (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 1).

Para la aplicación de la teoría de la imprevisión se requiere “que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que sean significativas, es decir que posean real importancia” (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 10).

Asimismo, la corte agregó que tampoco quedó demostrado la existencia de una distorsión significativa. (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 11)

Como ya se remarcó en varias apartados, bajo la regla de que el principio es siempre es el cumplimiento de lo pactado, la aplicación de la teoría de la Imprevisión es excepcional.

En esa misma idea, se agregaba, “la teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda*” (Voto del Dr. Fayt). (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 3).

Por otro lado se agrega que “el contratista asume un riesgo empresario y el Estado no puede ser garante de su mejor negocio o de un determinado nivel de renta” (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 8).

La contratista había fundado su pretensión en los arts. 1º del decreto 2875/75⁶² -ratificado por ley 21250- y 1º y 4º del decreto 2348/76 que:

A su juicio, obligan a los comitentes de obras públicas a establecer una nueva mecánica de reconocimiento de variaciones de costos que se ajuste a las verdaderas oscilaciones producidas durante la realización de las tareas, cuando se compruebe que la contractual no es representativa de la realidad del mercado. (Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 1990, pág. 6)

Corte Suprema de Justicia de la Nación- Referido a C. 1048. XXII. RO. “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes” del 24-09-1996.

La empresa actora, Caldera Salcor, contratista de la Comisión Nacional de Energía Atómica, reclamaba de su comitente el pago del daño financiero como consecuencia del tardío reconocimiento de la irrepresentatividad de la fórmula de variaciones de costos pactada originalmente.

Luego de la firma del contrato, las partes acordaron 5 cambios en la fórmula. Con la cuarta modificación, el 16-08-1984, acordaron reemplazar la fórmula de reajuste que regía hasta esa fecha, por otra que implicó una completa renegociación del precio de la obra.

A pesar de esto, la contratista demandó el reconocimiento del daño financiero desde la firma del contrato original hasta la fecha de la mencionada recomposición y argumentaba que “la cantidad de valor recibida en concepto de remuneración desde el comienzo de los trabajos hasta la modificación mencionada fue inferior a la inversión realizada, lo que determinó el endeudamiento con terceros a las tasas del mercado [...]”. (Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica, 1996, pág. 1)

Ante esta demanda, los jueces de la Corte se mostraron divididos pero por la mayoría primo el criterio de que el perjuicio económico invocado por la actora no se acreditó con pruebas fehacientes y que dicho daño no se corresponden a acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles al tiempo de la firma del contrato. En efecto la Corte revocó el fallo de la Cámara

⁶² Ver capítulo de Antecedentes Normativos donde se desarrolla esa normativa.

Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, por su Sala I, había hecho lugar a la demandada.

En este sentido en el considerando número 12° de la sentencia en cuestión se estableció que:

Corresponde recordar que –con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte– el régimen de mayores costos establecido por la Ley N° 12.910 y sus decretos reglamentarios no establece que la mera ir representatividad de las fórmulas convenidas determinará, sin más, el reajuste de la remuneración del contratista; en efecto, (...)Conduce a admitir sólo la recomposición de aquellos desfases que –además de desquiciar la economía general del contrato–deriven de acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo. (Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica, 1996, pág. 2)

Corte Suprema de Justicia de la Nación- Sapag S.AC.F.I.I.E y M c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ acción procesal administrativa del 09/03/2014.

En este fallo por aplicación del decreto 941/91 mencionado en los Pliegos de Condiciones de la contratación, “se reconoció la compensación financiera por el plazo de pago previsto en el contrato en base a una serie de tasas de interés publicadas por el Banco Central de la República Argentina” (CN Sapag S.A.C.F.I.I.E. y M. c/ Dirección Provincial de Vialidad s/ acción procesal administrativa, 2004, pág. 4).

El decreto 941/91 fue emitido en una situación de coyuntura económica surgida a partir de la sanción de la Ley de Convertibilidad N° 23928:

Con el objetivo de reglamentar las contrataciones de sector público realizadas antes del 1 de abril de 1991 y que estuvieran en curso de ejecución a ese momento, debido a que el marco inflacionario en que se gestaron hacía prever un elevado costo financiero, por lo cual este debía ser desagregado del precio, ya que durante los periodos inflacionarios las tasas de interés cumplen una doble función, la de compensar la privación del capital y la de actual como mecanismo de actualización. (CN Sapag S.A.C.F.I.I.E. y M. c/ Dirección Provincial de Vialidad s/ acción procesal administrativa, 2004, pág. 2)

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos”, del 20 de abril de 1993.

La empresa Tecnobra firmó a fines de mes de junio de 1982 un contrato con la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) mediante el procedimiento de contratación directa.

La contratista, reclamaba la aplicación del decreto N°2875/75⁶³ como fundamento para modificar la fórmula polinómica convenida de variación de costos, de forma de poder percibir los importes correspondientes a la diferencia del precio total de obra.

De igual forma, la actora mediante notas presentadas el 1 y 10 de junio de 1982, días antes de la firma del contrato, había solicitado la revisión de la fórmula polinómica contemplada en la licitación y luego hizo expresa reserva de lo reclamado en el contrato de obra suscripto el 21/06/1982. La CNEA notificó el 27/01/1983, que había decidido rechazar la pretensión realizada. La actora indicaba que dicha fórmula había dejado de ser representativa por causas posteriores a la presentación de su oferta, la guerra con Gran Bretaña para recuperar las Islas Malvinas (del 2 al 14 de abril de 1982).

La Corte Suprema de Justicia confirmó, por votos de la mayoría de sus miembros las sentencias en instancias anteriores respecto de la improcedencia de la pretensión de obtener la modificación de la fórmula mencionada.

La actora no había podido demostrar que la distorsión de la ecuación económica financiera fuese consecuencia de hechos sobrevinientes e imprevisibles al momento de la celebración del contrato. En función de lo establecido por el decreto 2875/75 “resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que estas además sean significativas” (P.E.N P. E., Decreto 2875/1975, 1975, pág. 1).

Por otro lado, en este caso, parece interesante analizar también la disidencia de la Minoría de los jueces de la corte, Doctor Augusto Cavagna Martínez y Rodolfo Barra.

Lo más destacable de esta disidencia es que el hecho desencadenante del desequilibrio contractual puede ser anterior a la firma del contrato, equilibrio inicial ya que lo más importante es evaluar lo significativo de la distorsión.

En el considerando N°24 se afirma que la distorsión, debe ser significativa:

Es decir prever una entidad tal que prácticamente no pueda reconocerse en la imagen de la cosa (realidad económica) representada por la fórmula utilizada. Tiene que producir el fracaso de la remuneración contractual, la contradicción con el concepto de intangibilidad y por ende un efecto tal que por su magnitud, de lugar a que cualquiera haya sido oferente, se hubiera visto en la necesidad de solicitar la revisión del contrato. (Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos, 1993, pág. 9)

⁶³ Este decreto fue analizado en apartado de Antecedentes Históricos

En el considerando N° 25 “se agrega que la expresión distorsión significativa es un standard jurídico, un concepto jurídico indeterminado que hay que, precisamente, determinar, con la concreta idea de justicia frente al caso concreto que demanda su aplicación” (Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos, 1993, pág. 10)

Entonces, esta desinencia pone el foco en la importancia del desequilibrio financiero y no en el momento temporal que este ocurre el acontecimiento imprevisible, es decir antes o al momento de la celebración. Según Coviello:

El voto de la mayoría asume la postura que es la que a simple vista, aparece como la tradicional para estos casos. Sin embargo, el voto de disidencia expone un conjunto de ideas que conducen, precisamente a reflexionar acerca si hasta ahora todo lo que teníamos claro e indiscutible sobre la aplicación temporal de la teoría de imprevisión admite una reformulación. (El caso de Tecnobra: Un fallo con interesantes planteos, 1993, pág. 486)

En conclusión, bajo el presupuesto de la residencia, lo que se evalúa no es la previsibilidad del hecho sino las consecuencias del hecho ocurrido o razonablemente previsible es decir si produjo o no un deterioro significativo en la remuneración del contratista.

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

La teoría de la imprevisión fue definida Procuración del Tesoro de la Nación (P.T.N) como el medio que:

El Derecho proporciona para que ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, es decir, posteriores a la celebración del contrato y que alteran su ecuación económico-financiera, el contratista pueda solicitar la ayuda pecuniaria de la Administración. Se trata de un paliativo frente al álea anormal, también llamada álea económica que pueda sufrir el particular pero que solo puede dar lugar a un resarcimiento parcial. (P.T.N P. d., Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM, 2020, pág. 4)

Como se expresó ya en el apartado anterior de la jurisprudencia judicial, los requisitos de la teoría de la imprevisión, establecidos hoy en el art 1091 del Código Civil y Comercial, deben ser probadas de forma fehaciente por la contratista.

Pues, para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse previamente que:

El contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada; que la prestación se haya tornado excesivamente onerosa; que el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similar al caso fortuito pero que no impidan sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación), que no haya mora ni culpa del contratista. (Dictamen Exp N°2002:12456-1/00 (Dictámenes 261:367), 2007, pág. 8)

Por otro, el comitente debe analizar lo probado para determinar si quedo demostrado o no la ruptura de la ecuación económica financiera. En ese sentido la P.T.N afirmo que:

Para que resulte viable la aplicación del artículo 1198 del Código Civil se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación del referido artículo. En virtud de ello, una vez producida la prueba, corresponde dar intervención a los organismos con competencia específica en la materia, quienes mediante los pertinentes informes técnicos podrán apreciar si se ha producido o no un desequilibrio en la ecuación económica financiera del contrato original, susceptible de encontrar remedio accediendo al reclamo formulado por la adjudicataria. (P.T.N P. d., Dictamèn N° 342/06(Dictámenes 259:222), 2006, pág. 1)

En relación al concepto de esfuerzo compartido que deber considerarse para el cálculo de la indemnización, la regla básica es que:

La recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de éstas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese álea económica entre ambas. (P.T.N P. d., Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM, 2020, pág. 4)

En ese mismo sentido, del el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto N.º 1023/01) y de la doctrina que la informa, surge que:

De acreditarse la ruptura en el equilibrio entre las prestaciones, el afectado podrá ser compensado por la Administración sólo en forma parcial, con sustento en el espíritu del sacrificio compartido, que impera en las contrataciones administrativas ante acontecimientos ajenos a las partes que introduzcan un álea anormal durante la ejecución del contrato. (P.T.N P. d., Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM, 2020, pág. 6)

Por otro lado, la Procuración del Tesoro realizó una diferenciación entre el reconocimiento de mayores costos y la renegociación del contrato.

1)el reconocimiento de mayores costos, situación legalmente vedada en los contratos de la índole del que aquí nos ocupa, a diferencia de lo que acontece en los contratos de obra pública en los que rige un sistema de redeterminación de precios (v. Decreto N.º 691/2016, B.O. 19-5-16); y 2) lo que se debe entender por

renegociación del contrato; sosteniendo que el reconocimiento de mayores costos se verifica como un mecanismo introducido en los contratos con plazos extensos, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes. (v. Dictámenes 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros). (P.T.N P. d., Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM, 2020, pág. 5)

En otras palabras, la aplicación de fórmulas de mayores costos de ningún modo implica una renegociación contractual, sino, ” por el contrario, es la aplicación estricta de un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad” (P.T.N P. d., Dictamèn N°Expediente N° 14.470/02(246:559), 2003, pág. 11).

La imposibilidad jurídica de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares cláusulas que permitan la actualización de precios en forma periódica, no viene dado por las normas vigentes que regulan el régimen de contrataciones públicas, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, por el artículo 4° de la Ley N° 25.561 que modificó, los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928.

En relación a la renegociación la P.T.N aclara que debe ser entendida como:

La introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho contrato, y siempre exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual. (P.T.N P. d., Dictamèn N° Exp N° 14.481/02 (Dictámenes 246:573), 2003, pág. 10).

En su defecto, para la renegociación, “resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia” (P.T.N P. d., Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM, 2020, pág. 4).

El objetivo de renegociar consiste en reestablecer el equilibrio económico financiero de ese Contrato de forma de asegurar su continuidad y la ejecución de la obra. Según la P.T.N el propósito es:

Resguardar el interés público y asegurar la continuidad en la prestación de las actividades a cargo de esas empresas, con el objeto de evitar que se produzca la caducidad de las concesiones, como consecuencia de la presentación en concurso preventivo o la petición de un acuerdo pre concursal o un acuerdo preventivo extrajudicial. (Dictamèn N° 356/03, Expte. N° 01-0177043/02. , 2003, pág. 3)

En fin, la renegociación en los contratos administrativos es una garantía reconocida al contratista frente a posibles desequilibrios. Sin embargo, ello no implica excluir el riesgo empresario, ni asegurar al cocontratante un nivel de rentabilidad predeterminado, o convertir al Estado en garante de malos negocios.

En ese sentido lo definió el organismo asesor al afirmar que:

Quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc. (Dictamèn N°Exp N°s04-0014415/11 (Dictámenes278:133), 2011, pág. 2)

Finalmente, la Procuración del Tesoro ha afirmado que se podría aplicar la teoría de la imprevisión para proceder a la modificación de la cláusula de ajuste ante circunstancias sobrevinientes e imprevistas para la economía del contrato original, en función de la prueba suficiente aportada por la parte afectada.

En ese orden de ideas concluyó que “no basta con demostrar una inequidad genérica, sino que es necesario determinar en forma puntual las distorsiones efectivamente producidas y cuya reparación se pretende mediante la recomposición de la fórmula contractual”. (P.T.N P. d., Dictamèn N°Exp N°501:0029895/2003(Dictámenes 246:125), 2003, pág. 19)

Dictámenes de la Oficina Nacional de Contrataciones

La teoría de la imprevisión, receptada legalmente hoy en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial, aplicable al contrato administrativo por analogía, fue definida por la Oficina Nacional de Contrataciones (O.N.C) como:

Un instituto que permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual, derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles, y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible. La aludida teoría no apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa, ni crear un “seguro” para el cocontratista; no cubre ni asegura ganancias, pero sí reencarrila el contrato a su alea “normal”, recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar. (Dictamèn ONC N° 205/2013., 2013, pág. 3)

En el ámbito del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, este instituto no constituye una causal de extinción de los contratos administrativos; sino que se limita a reencarrilar el contrato a su alea normal para su continuidad.

Se trata de un instituto, consagrado como un principio general de derecho que “apunta a la subsistencia del vínculo contractual, a partir de la recomposición del contrato (principio de conservación del contrato). Es decir, tiende a que el contrato vuelva a su alea normal” (O.N.C, Dictamén ONC N° IF-2016-03065258-APN-ONC#MM., 2016).

La llamada teoría de la imprevisión puede, a partir de la acreditación de determinados presupuestos, convertirse “en una herramienta esencial para continuar con el contrato, buscando repartir las consecuencias desfavorables que pudieran amenazar con la ruina del cocontratante del Estado.” (O.N.C, Dictamén ONC N° IF-2016-03508851-APN-ONC#MM, 2016, pág. 1).

Bajo la misma lógica vista en la jurisprudencia judicial y en los dictámenes de la P.T.N, la aplicación de la aludida teoría torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones requeridas.

Es decir se exige una prueba concreta por la parte perjudicada que permita apreciar si se produjo o no un desequilibrio en la ecuación económico financiera y “demuestre que la prestación a cargo, se ha tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles” (Dictamén ONC N° 205/2013., 2013, pág. 3).

En otros términos, según la O.N.C deben darse los siguientes requisitos:

- 1) Una excesiva onerosidad en la prestación del contrato;
- 2) Que ella sea sobreviniente a la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento;
- 3) Que se trate de un alea económica y no de un alea administrativa;
- 4) El acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista;
- 5) No haber suspendido el contratista la ejecución del contrato,
- 6) Que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico financiera del contrato con motivo del hecho determinante del alea económica. (Dictamén ONC N° 205/2013., 2013, pág. 3)

Por otro lado, la O.N.C agrega como condiciones para su aplicación que “el contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada y que no haya mora ni culpa del contratista” (O.N.C, Dictamén ONC N° 36/2014., 2014, pág. 2).

Según sostiene la ON.C se requiere probar el daño que invoca por parte del contratista:

La presentación de una descripción del impacto producido por la citada medida, con una explicación circunstanciada de la afectación que la misma haya tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor. A tal fin, le corresponderá al adjudicatario acompañar la documentación necesaria que permita tener por probada la afectación que invoca. (Dictamèn ONC N° 446/2013., 2013, pág. 2)

A los fines habilitar la renegociación el contrato en cuestión con sustento en la teoría de la imprevisión, este Órgano Rector ha tenido la conveniencia de delinear los presupuestos que se deben comprobar con el objeto de habilitar un procedimiento de renegociación contractual:

1) En primer lugar, el proveedor deberá acreditar el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que las mismas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen; 2) La excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo del proveedor deberá ser evaluada y merituada por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición; 3) Finalmente, deberá verificarse que el proveedor haya realizado efectivamente el pago de los conceptos que alega para solicitar la recomposición del contrato y, en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido. (O.N.C, Dictamèn ONC N° 36/2014., 2014, pág. 3)

Por otro lado, en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la O.N.C también aclara que la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido.

En la renegociación de los contratos en virtud de un quebranto en la ecuación económico financiera, motivada por un cambio en las condiciones económicas del mercado, se reconocerá únicamente por el porcentaje considerado imprevisible, conforme la teoría de la imprevisión. (Dictamèn ONC N° 36/2014., 2014, pág. 3)

El principio del sacrificio compartido contiene “una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno sólo de los cocontratantes” (O.N.C, Dictamèn ONC N° 36/2014., 2014, pág. 3)

Finalmente, en función de lo antes mencionado, se puede afirmar que tanto para la P.T.N y O.N.C, existe una diferencia sustancial entre la indexación y la redeterminación de precios. En la indexación buscas lucro, en la redeterminación nivelar los precios. Por eso la primera se encuentra prohibida por la legislación vigente de emergencia pública.

5.3.1.8 Teoría de la Imprevisión desde la Legislación

Aunque se habla de teoría de la imprevisión, en realidad se trata de un instituto legal, dada su incorporación legislativa. En el orden nacional, el instituto en cuestión se rige por una profusa regulación, integrada por disposiciones legales y reglamentarias.

Como ya se mencionó en capítulos anteriores, a los contratos administrativos se les aplican normas que rigen el instituto en el Código Civil, en tanto se trata de principios generales del derecho de los que no cabe apartarse; y mientras resulte compatible con las características propias de la materia contencioso administrativa. Ejemplo de esto es la teoría de la imprevisión prevista actualmente en el art. 1091 CCyCN.

El Art 1091 del Código Civil y Comercial define la imprevisión en los siguientes términos:

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia. (Congreso Nacional, Código Civil y Comercial, 2014, pág. 115)

El instituto, teoría de la Imprevisión o revisión de los términos económicos del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, se incorporó al derogado Código Civil en su artículo 1198° por la reforma de la ley 17.711⁶⁴ en 1968.

⁶⁴ Hasta la sanción de la ley 17.711 de 1968, no existía norma de carácter general que regulara la teoría de la imprevisión entre nosotros, tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo.

Es indudable que el art 1091° CCyCN, recibe casi cincuenta años de doctrina y jurisprudencia en la aplicación del instituto a pesar que los fundamentos expuestos por la Comisión de Reformas de 1998 no mencionan en particular ningún antecedente. Según Alterini”Los Cambios introducidos provienen del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina en sus Art 1060- Imprevisión, 1061- Funcionamiento, 1062-Disposiciones comunes” (Codigo Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético- Tomo V Art 957 a 1122, 2015, pág. 2).

El proyecto de 1998 en su fundamento expresaba “La onerosidad de la prestación debe serlo en términos que resulten irrazonables o inicuos. Por otro lado también establecía que la adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones convenidas” (Alterini, 2015, pág. 2).

Si una parte pide la rescisión, la otra puede impedirla ofreciendo la adecuación de las prestaciones, si una parte pretende la adecuación del contrato, la otra puede requerir la rescisión. El tribunal determina la procedencia de la rescisión total o parcial, o de la adecuación, tomando en cuenta la índole del contrato, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlos, y la factibilidad de cumplimiento, la adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones convenidas. (Alterini, 2015, pág. 2)

Análisis del 1091° CCyCN:

A continuación se remarcará las partes más relevantes del artículo 1091° del Código Civil y Comercial.

1-En primer lugar, aunque el actual Art 1091 no requiere expresamente la existencia de imprevisibilidad, no cabe duda de que debe concurrir, es decir que tal requisito es necesario a los efectos de la aplicación de la normativa citada.

2-A diferencia del código derogado, el vigente, no exige que el contrato sea oneroso, de modo que ante esa omisión queda habilitada la aplicación del instituto también a los contratos gratuitos. En el caso de los contratos gratuitos “el remedio, es la reducción de la prestación” (Alterini, 2015, pág. 3).

3-Al final del artículo se concluye que igual regla se aplica a los contratos aleatorios. Dicha previsión es análoga a la del derogado art 1198 del Código Civil.

Entonces, bajo estos presupuestos el art 1091 se aplica tanto a los contratos onerosos como los gratuitos o aleatorios.

4-Improcedencia en los supuestos de culpa o mora del perjudicado.

El art 1098° del Código derogado disponía que no podía invocar el instituto ni procedía la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa en la producción del evento o estuviese en mora en su prestación. Si bien el código vigente no incorporó esa regla de forma expresa, requiere que la causa de la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración sobrevenga por causa ajena a las partes. Esta expresión contiene solo a la culpa. Él que actuó con culpa responde por las consecuencias fortuitas en los términos del art 1733 inciso d).

Por otro lado, en cuanto a la mora, Alterini afirma que:

La mora hace al deudor responsable también por el caso fortuito, que en la excesiva onerosidad sobreviniente es el evento imprevisto que altera gravemente la ecuación económica del contrato a no ser que esa mora sea indiferente a la producción del daño, según lo establecido por el art 1733 inciso c) del Código Civil y Comercial. (Alterini, 2015, pág. 4)

5-Incluyo la posibilidad de realizar un planteo extrajudicial de reajuste o resolución. En palabras de Alterini “tal posibilidad siempre existió porque en definitiva ambas pretensiones son derecho disponible” (2015, pág. 4)

6-El código vigente autoriza expresamente la acción de adecuación de los términos del contrato para el perjudicado.

En el código derogado, solo el demandado por resolución era quien podía solicitar el reajuste y el demandante perjudicado solo podía solicitar la resolución. “Esta situación generó que gran parte de la doctrina resistiese la solución y patrocine el reconocimiento de la acción de reajuste en cabeza del demandante” (Alterini, 2015, pág. 5).

Por el principio de conservación y continuidad contractual, como el perjudicado puede demandar la resolución, que es el remedio de mayor envergadura, también puede demandar el de menor consecuencias, es decir el reajuste razonable de las prestaciones para mantener el equilibrio contractual.

7- Pauta para proceder al reajuste de las prestaciones del contrato. “La pauta puede consistir en la disminución cuantitativa de la prestación debida, sea en la fijación de otra modificación, o en las modalidades de cumplimiento de forma que la vuelva idónea para restablecer el equilibrio contractual” (Alterini, 2015, pág. 5).

Asimismo, debe considerarse que si se trata de un contrato de larga duración en cuyo caso los remedios que conducen a la resolución deberían ceder frente a los que buscan restablecer el

equilibrio “evitando de ese modo que se pierdan las inversiones efectuadas en relación con operaciones difícilmente reversibles” (Alterini, 2015, pág. 5)

8. Rescisión parcial del contrato El art 1091 autoriza la resolución parcial del contrato petitionado por vía de acción o de excepción. Sigue en ello a lo propuesto en el art 1060 del Proyecto de 1998 mencionado anteriormente.

9. Legitimación del tercero interesado. El nuevo Código incorporó al tercero interesado. Como tercero interesado debe considerarse, por ejemplo al beneficiario en el contrato oneroso de renta vitalicia que sin ser parte en el contrato padece las consecuencias del evento dañoso e imprevisible.

10- Pautas para evaluar la previsibilidad del evento. Las pautas dependen de la capacidad profesional de cada persona, no es lo mismo lo que se le exige a un contratista de obra pública que lo que se le exige a un hombre común.

En palabras de Alterini hubiera sido conveniente una remisión al art 1725 para graduar las previsibilidad del evento.

El concepto de previsibilidad del evento dañoso adecua a las caracterizas del sujeto perjudicado. Para juzgar la previsibilidad debe atenderse al mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las circunstancias conforme a la regla establecida por el art 1725. (Alterini, 2015, pág. 6)

Es decir el carácter imprevisible del hecho que vuelve excesivamente onerosa la prestación tiene directa relación a las posibilidades de prever que le son exigidas al perjudicado cuando es una persona especializada en ese ámbito del negocio.

En otras palabras, para juzgar la previsibilidad debe atenderse al mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las circunstancias.

Requisitos legales previstos en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com:

Es necesario precisar cuáles son las líneas fundamentales de la regulación prevista en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com.:

- 1- Alteración extraordinaria de las circunstancias. Debe producirse un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato;
- 2- Excesiva onerosidad sobreviniente. Como consecuencia del cambio, el contrato debe haberse tornado excesivamente oneroso para una de las partes;
- 3- La causa de la alteración y su consecuencia deben haber sido ajenas a las partes;
- 4-La parte perjudicada no debe haber asumido el riesgo que finalmente se concretó;

5- Además, es necesario que el contratante perjudicado opte por la aplicación del régimen de la imprevisión.

Retomando los requisitos legales para la aplicación de la teoría de la imprevisión, en cuanto a la alteración extraordinaria de la circunstancia, la previsibilidad de la medida debe estimarse a partir de las circunstancias concretas en que negociaron y acordaron el contrato las partes. Si en este contexto inicial, la medida era imprevisible, se aplica el régimen de la imprevisión.

También la imprevisión puede producirse por aceleración del cambio, esto es por el cambio en la velocidad o magnitud de una variable. Por ejemplo, este podría ser el caso de la inflación con lo ocurrido en la Argentina en 1975, con el llamado Rodrigazo y en 1989 con la hiperinflación del final del gobierno de Raúl Alfonsín.

Según Sanchez Herrero “lo extraordinario e imprevisible no fue el evento en abstracto (que hubiera inflación), sino su magnitud (en el caso, su tasa, que se elevó muy por encima de la que venía siendo habitual)” (La imprevisión contractual, 2019, pág. 72)

Bajo este presupuesto la inflación y la devaluación de la moneda, pueden dar lugar a la aplicación de la imprevisión no por considerarse hechos extraordinarios o imprevisibles en sentido abstracto sino por su magnitud.

En relación a la excesiva onerosidad, implica que se altera visiblemente el equilibrio originario, en perjuicio de una de las partes del contrato por ese hecho extraordinario.

El punto de corte que separa a la onerosidad de la excesiva onerosidad determina si se aplica el régimen de la imprevisión y “en el caso de la adecuación del contrato, el punto de corte determina hasta dónde se debe reajustar la prestación” (Sanchez Herrero, 2019, pág. 85).

La clave está en el reparto de los riesgos. En principio, si la onerosidad no excede lo razonablemente previsible, no se aplica el régimen de la imprevisión.

Efectos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión

En cuanto a sus efectos, la normativa prevé dos: la resolución del contrato o su adecuación.

Como ya se analizó en apartados anteriores, ante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión al contrato administrativo, en principio no se suspende la ejecución del acuerdo ya que el remedio aplicable es la adecuación, no la resolución.

El contratista tiene la obligación de seguir con la ejecución del contrato para que la administración puede otorgarle una compensación pecuniaria, la que debe ser temporaria.

Al momento de adecuar el contrato, no se trata de que el contratante afectado deje de perder. “El objetivo del régimen de la imprevisión es más modesto: se apunta a que no pierda más que lo que habría perdido si no se hubiesen alterado extraordinariamente las circunstancias” (Sanchez Herrero, 2019, pág. 179)

Con la resolución, en cambio, no pierde nada, vuelve a quedar en la situación en la que se habría encontrado si no hubiese contratado.

El punto de corte que separa a la onerosidad de la excesiva onerosidad “en el caso de la adecuación del contrato, determina hasta dónde se debe reajustar la prestación.” (Sanchez Herrero, 2019, pág. 85)

Esto es así porque, dado que el contratante perjudicado solo está protegido frente a la excesiva onerosidad, es decir el alea anormal del contrato, es lógico que solo tenga derecho a que el contrato se adecue hasta ese límite. Lo que importa es que después de la adecuación, el contrato deje de ser excesivamente oneroso.

Ese punto de corte se debe definir en base, entre otros elementos, la naturaleza del contrato, su duración, su finalidad, las características del mercado, el nivel de riesgo asumido por las partes, su experiencia, las demás circunstancias del caso y los valores que inspiran al régimen de la imprevisión.

La adecuación del contrato no implica salvar al contratista de todos los daños derivados de la alteración extraordinaria, “sino solo de aquellos que no habría sufrido si la onerosidad no hubiese sido excesiva. Entonces queda a su responsabilidad, la mayor onerosidad que era asociada al riesgo del contrato” (Sanchez Herrero, 2019, pág. 184).

Entonces, la adecuación del contrato tiene un límite: se lo puede modificar hasta el punto en el cual el contrato ha dejado de ser excesivamente oneroso, no más.

En conclusión, al considerar que el efecto de la aplicación de la teoría de la Imprevisión a un contrato administrativo es la readecuación del mismo, es importante considerar que esa adecuación del contrato tiene un límite. Se lo puede modificar hasta el punto en el cual el contrato ha dejado de ser excesivamente oneroso, es decir la adecuación del contrato, es solo por su alea extraordinaria o anormal.

En otras palabras ante desequilibrio financiero del contrato, el contratista “no puede pedir que se restablezca en su totalidad el equilibrio económico ya que eso daría origen a que la administración se hiciera cargo de todo el perjuicio producido, mientras que , por aplicación de la teoría de la imprevisión , la administración , solo otorga una ayuda parcial” (Diez, 1986, pág. 6),

En ese orden de ideas, como ya se remarcó a lo largo del trabajo, para la aplicación de la imprevisión hay que tener en cuenta el concepto de sacrificio compartido. El sacrificio compartido le impone a ambas partes resignar algo de lo esperado durante la ejecución del contrato. Es decir que hagan cesiones mutuas con el fin de evitar la ruptura de un contrato en crisis.

Finalmente, Bottasi sostiene que:

En definitiva la recomposición de las prestaciones debe lograrse en forma consensuada, sin imponer renunciamentos extorsivos e inconstitucionales. Y si las partes no se ponen de acuerdo en los términos de la renegociación, será el poder judicial el encargado de determinar los términos justos de los contratos que merecen ser sobrevividos renegociados. (Contratos Publicos y Emergencia Estatal, 2004, pág. 53)

Otras reglamentaciones de la Teoría de la Imprevisión

Por otra parte, en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el Decreto 1023/01 (RCAN), aplicable a la Administración centralizada y la descentralizada no empresaria, se establece en su art 13, inc a) “El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” (P.E.N., 2001, pág. 3).

Este texto implica, por un lado la idea de incorporar la teoría de la imprevisión, pero insólitamente parece asociarla solo a acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, lo cual no parece ser con la esencia propia de aquélla (relacionada con situaciones económicas y de mercado) ni con la protección constitucional.

Sin embargo, también debe indicarse que en el Reglamento del RCAN aprobado por Decreto 1030/16 (“RRCAN”) en su Art 96° para el caso de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, permite solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, sin limitarlo al origen natural de éstas.

De este modo, el art. 1091 CCyCN, viene a complementar la interpretación de lo establecido en el art. 13, inc. a), del RCAN, para dar plena vigencia a las garantías constitucionales en que se sostiene la teoría de la imprevisión.

Como ya se refirió en capítulos anteriores, el fundamento constitucional de la teoría de la imprevisión, es el principio de la igualdad de las cargas públicas del art 16 in fine de la Constitución Nacional y el principio de la inviolabilidad de la propiedad que surge del art 17 del mismo texto legal.

Por otro lado, como la administración tiene como fin proveer al bienestar general, asegurando la continuidad en el ejercicio de los servicios públicos, y en la realización de las obras públicas, “es posible pensar que ese principio de bienestar general a que se refiere la constitución en su preámbulo puede servir como fundamento jurídico de la teoría de la imprevisión,” (Diez, 1986, pág. 6).

Finalmente, la ley de obras públicas acoge la teoría de la imprevisión con fundamentos en la necesidad de asegurar la ejecución de la obra, “aunque compensando al contratante y compartiendo ambas partes la excesiva onerosidad sobreviniente por causas imprevisibles (Abatti, 2020, pág. 17).

5.3.1.9 Teoría de la Imprevisión desde la Práctica

El fin de esta sección es analizar la Teoría de la Imprevisión desde su aplicación práctica en los contratos administrativos. En primer lugar analizaremos sus requisitos y luego sus efectos.

Requisitos para la aplicación de la teoría de la Imprevisión

Según I, Mata pueden identificarse los siguientes requisitos para la aplicación del instituto de la imprevisión a los contratos administrativos:

- 1- La causa del desequilibrio contractual debe ser de carácter extraordinario e imprevisible y no ser imputable a las partes. El acontecimiento excepcional debe responder a un alea económico.
- 2- Los efectos de la causa deben ser transitorios y no definitivos. La aplicación de la teoría de la imprevisión apunta a encontrar una solución al problema o de no ser ello posible, resolver el contrato.
- 3- Que el contrato esté en curso de ejecución⁶⁵.
- 4- La circunstancia que altere el equilibrio del contrato debe ser posterior a su celebración⁶⁶.

⁶⁵ El contratista no haya suspendido la ejecución del contrato por sí mismo.

⁶⁶ Según Bercaitz Es necesario que el acontecimiento no haya podido entrar en las previsiones de las partes contratantes al momento en que ellas han contratado (1980, pág. 452)

- 5- Debe existir una clara relación de causalidad entre el hecho perturbador y el desequilibrio del contrato.
- 6- El quebranto tiene que exceder claramente el riesgo normal del negocio, o sea el que las partes pese a un comportamiento diligente no pudieron preverlo al momento de celebrar el contrato. (El riesgo de los contratos administrativos, 2010, pág. 174)

Por otra parte Cassagne afirma que para la aplicación de la teoría de la imprevisión deben ocurrir en simultáneo los siguientes requisitos, a saber:

1) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato;2) que ella sea sobreviniente, o sea, que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo este hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento;3) se trate de un alea económica y no administrativa;4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sea extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista ; 5) no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato; 6) que se opere un trastorno o quebranto en la ejecución económica financiera del contrato como motivo del hecho determinante del alea económica . (El equilibrio economico financiero del contrato administrativo, 1989, pág. 37)

Es importante remarcar que la prueba de los requisitos de la imprevisión pesa sobre el contratante perjudicado, en este caso el contratista y que el estado de imprevisión no puede ser permanente sino temporario. El contratista tiene la obligación de seguir con la ejecución del contrato para que la administración puede otorgarle una compensación pecuniaria, la que debe ser temporaria.

5.3.2 Aplicación complementaria de Teoría de Imprevisión.

Tal como se explica en secciones anteriores, los contratos de obra pública, en la actualidad, tienen previsto como mecanismo revisión de precios, el régimen de redeterminación de precios reglado por el decreto 691/ 2016. El régimen de redeterminación de precios tiene por objetivo mantener la intangibilidad de la remuneración del contrato.

En los contratos de obra pública, no es necesario probar ninguno de los extremos exigidos por la teoría de la imprevisión para aplicar el régimen de Redeterminación de precios.

El interrogante que dio lugar a este apartado fue ¿Que sucede cuando el sistema de redeterminación bien aplicado no es representativo de la realidad económica del contrato?

En efecto, el fin de esta sección es analizar la aplicación de este instituto de imprevisión sobre los contratos de Obra Pública, más precisamente la posibilidad de su aplicación complementaria en caso de que el régimen vigente de estabilización no fuere suficiente para mantener la ecuación económica financiera de los contratos.

Puede suceder en el caso de algunos contratos de Obra Pública, que dada la modalidad de contratación, características particulares de la obra, plazo y las condiciones económicas y de mercado, que el régimen de redeterminación no fuere suficiente para mantener el equilibrio originario.

Para que sea posible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es preciso que exista una alteración macroeconómica imprevisible y sobreviniente al momento de contratar. En esta situación, el contratista debe demostrar la imposibilidad de cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas, la necesidad de su reacondicionamiento y el carácter imprevisible y sobreviniente de la causa.

En principio, no hay argumento de esencia que lo impida y dogmáticamente es posible según los antecedentes en la materia, si se demuestra esa distorsión respecto a la realidad de mercado.

Hay parte de la doctrina administrativa que considera que en situaciones económicas extremas ambas figuras, Teoría de Imprevisión y Redeterminación de Precios, pueden coexistir y complementarse. Algunos de esos autores son Muratorio, Crivelli, Ymaz Cossio Gordillo, entre otros.

Muratorio afirma “ambas figuras pueden coexistir, y, más todavía, la imprevisión puede operar inclusive sobre situaciones sobrevinientes a lo previsto en su momento en la fórmula para la redeterminación de precios”. (Universidad Austral- Derecho, 2019, pág. 2)

Según Crivelli “con frecuencia y por distintas causas, el sistema pactado, resulta frustrado por la realidad, tornándose irrepresentativo” (El ajuste de precios de la locación de obra, 2004, pág. 113). Es decir, el valor de contrato, una vez aplicado el sistema de revisión de precios, no representa un valor que sea equivalente al valor adquisitivo invertido, a su realidad económica.

En ese sentido, es un efecto previsible del contrato, su alea normal, es decir cuando hay una diferencia menor entre el precio básico del contrato más los sucesivos precios redeterminados y el mantenimiento de la ecuación económica financiera. En cambio, se considera que alea contractual pasa a ser anormal si:

El nivel de desbaratamiento contractual es mucho mayor, la ley se desprende de estos sistemas automáticos de alcance limitado y también de la facultad exorbitante de obligar a la contratista a cumplirlo. En consecuencia se aplica la teoría de la imprevisión, en la que el administrado deberá probar los extremos sustancialmente equivalentes a los del Art 1198 del código Civil. (Crivelli J. C., 1987, pág. 127)

En el alea anormal, la diferencia es relevante a tal punto que consume el margen de beneficio incluido en el precio del contrato e impide cubrir los costos del contrato. Esta alea anormal, es lo que lo hace imprevisible, porque la previsión contractual era justamente la otra, la normal.

En el caso del contrato de obra pública, el alea anormal, implica que se vuelve extraordinariamente oneroso de forma de impedir la continuidad del mismo ya que el contratista no está obligado a contar con capital propio de tal magnitud que le permita realizar la obra sin contar con los pagos periódicos que se ajusten a lo que invierte en ella.

En esa misma línea de pensamiento, Ymaz Cossio afirma:

Mientras no cambie la reglamentación del régimen de redeterminación de precios completarlo con la aplicación de la teoría de la imprevisión podría ser la solución jurídicamente aceptada. Esta aplicación de la teoría de la imprevisión responde al valor de cooperación: sería la que debe prevalecer para resolver el caso en justicia. (Redeterminación de precios y teoría de la Imprevisión , 2014, pág. 1)

Ymaz sostiene que “por su sustancia la aplicación de la teoría de la imprevisión, es solo provisorio, hasta que se normalicen en las variables que estarían afectando transitoriamente la normal aplicación del régimen de redeterminación de precios” (Redeterminación de precios y teoría de la Imprevisión , 2014, pág. 2).

Dada la importancia de la obra pública y las políticas públicas que materializa es primordial restablecer el equilibrio contractual para evitar la paralización de las mismas. En efecto “en casos de urgente interés público sería posible disponer, como cautelar administrativa, adelantos a cuenta de la compensación por imprevisión para mantener el normal desarrollo de las obras” (Ymaz Cossio E. R., 2014, pág. 2).

Para los contratos administrativos, como lo es el de obra pública se “genera derecho a la contratista a una compensación por imprevisión, mientras ella dure; y si se convierte en permanente, el derecho para cualquiera de las partes a readecuar el contrato o, no de acordarse la autorización a rescindirlo” (Ymaz Cossio E. R., 2014, pág. 2).

Finalmente, Ymaz agrega:

Una vez aplicada la redeterminación, si no considera aspectos que podrían contemplarse por la imprevisión, se puede plantear la aplicación complementaria de esta última como un reclamo a resolver. No conozco casos en que esto haya ocurrido en la práctica actual, a diferencia de lo que ocurrió con las variaciones de costos. (Entrevista para tesis - Regimen de Redeterminación decreto 691/2016, 2020, pág. 2)

Por otro lado, bajo estos mismos presupuestos, la teoría de la imprevisión, puede ser aplicada para proceder al reajuste de la cláusula de ajuste ante su funcionamiento imperfecto.

En otras palabras, Gordillo afirmaba que:

Existe la posibilidad de que se haya pactado determinada cláusula de reajuste, y por causas no previstas al momento de contratar dicha cláusula no contemple posteriormente una modificación importante en la ecuación económica financiera del contrato, entonces(..) se procede al reajuste de la cláusula de ajuste. (Mayores Costos, imprevisión, Indexación, 2014, pág. 903)

En efecto, cuando la inflación es muy aguda, puede ocurrir que:

El reconocimiento de los mayores costos sea insuficiente para compensar al contratista en sus mayores erogaciones, pues la diferencia en el valor de los materiales o del dinero, entre la fecha en que invierte en obra y la fecha que lo cobra, no es usualmente reconocida. (Gordillo, Mayores Costos, imprevisión, Indexación, 2014, pág. 899)

Por su parte, Cassagne afirmaba que “si la cláusula de revisión de precios no cumple su función estará radicalmente desvirtuada, violada en su esencia, pues no habrá tenido el amparo para el cual está concebida y estipulada, y tendrá que ser modificada para atender el fin perseguido” (Las Clausulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos., 2012, pág. 5).

5.3.2.1 Algunas causas que habilitarían el procedimiento.

Para analizar este tema, se debe partir de las siguientes premisas respecto del contrato de Obra pública:

- Que las obras públicas no han sido cotizadas a precios insuficientes. En general se contratan mediante licitaciones públicas, en la que los precios básicos del contrato fueron considerados serios y no temerarios, por su relación con otras ofertas en el proceso de selección y con el presupuesto oficial.
- Que oferente no incluyó dentro del precio una previsión inflacionaria.
Es decir partimos de la presunción de que el precio de los contratos de obra pública se basa en ofertas serias en un contexto de competencia y no contuvieron expectativas de riesgo.
- Que la contratista sabía cuál era el mecanismo de revisión de precios que regirían el contrato antes de formular su oferta económica y que pudo estudiarla, con pleno conocimiento de la realidad económica imperante en el país.
- Que el contrato se encuentra en ejecución, es decir la obra no está paralizada por culpa del contratista.
- Que se debe suponer que los análisis de precios y los índices aprobados por el comitente para ser utilizados para la redeterminación de precios representaban, al momento de la firma del contrato, adecuadamente la evolución de los valores en el mercado de todos los insumos utilizados para realizar la obra.
- Que la contratista calculo en sus precios como gastos financieros, las alteraciones que podrían darse en la moneda entre los la presentación de los respectivos certificados y su correspondiente pago.

Por otro lado, es importante plantear las siguientes causas que de forma individual o en conjunto, pueden llevar a la falta de equidad y/o representatividad del sistema de redeterminación y en efecto hacer que deje de cumplir su función instrumental de mantenimiento del equilibrio económico contractual. A continuación se exponen algunas de las causas:

- Umbrales de revisión o sistema de cláusula gatillo, implica la posibilidad de revisar el precio del contrato solo a partir de un determinado umbral cuantitativo. Es decir las variaciones de precios antes del gatillo son absorbidas por el contratista. Se han mostrado evidencias que el régimen de redeterminación de precios no logra registrar o registra muy tardíamente los saltos bruscos en los precios, por los umbrales totales que hay que superar para que se disponga la redeterminación.

- Los precios de algunos insumos de la obra, equipos, gastos indirectos, generales y financieros, se han incrementado de forma no reflejada por los precios e índices tenidos en cuenta para la redeterminación de precios.

En contextos de alta inflación o fuerte devaluación, todos los insumos del contrato de obra aumentan más de lo normal y algunos aumentan en una magnitud muy diferenciada respecto de los otros. Por tanto, el mecanismo no permite reflejar rápida y eficazmente los aumentos de precios que se verifican efectivamente como consecuencia de la inflación y/o devaluación.

- Materiales y financiación en moneda extranjera o con referencia en precios internacionales. En obras muy específicas y poco convencionales, como puede ser las grandes obras de ingeniería y las energéticas, puede ocurrir que se requieran materiales y financiamiento del exterior cuyo precio va a estar en referencia a una moneda extranjera.
- Ante el impacto de una devaluación, algunos costos operativos y materiales importados se incrementan por permanecer en dólares, como son algunos equipos como las grúas y determinados materiales como el acero, combustible, etc. En muchas ocasiones, los índices de productos importados no reflejan de forma inmediata el impacto de la devaluación en precios.
- En una economía inflacionaria e irregular como la nuestra, durante el tiempo transcurrido entre la consideración de los valores y la presentación de las ofertas, pudieron ocurrir acontecimientos que desactualizaron notablemente tales valores, y mucho más si consideramos el tiempo que debe pasar hasta el momento de la adjudicación o de la firma del contrato.
- En épocas de alta inflación constante, el valor invertido en el periodo de ejecución, jamás coincidirá con el valor que hace falta invertir, para realizar la misma cantidad de obra en el periodo de certificación. Esto es porque el periodo de certificación es posterior al periodo de inversión y la inflación constante deteriora el poder adquisitivo.
- La mora en la emisión, aprobación de los certificados de avance y en el pago de los mismos.
- El largo tiempo de tramitación de las mismas redeterminaciones de precios y el gran plazo de pago de los certificados redeterminados.

- Falta de desagregación del costo financiero en los análisis de precios y en su defecto no se permite reconocer la evolución y variación de la tasa de interés en el mercado de forma particular. A causa de la alta inflación, se producirá un mayor costo financiero por la exposición del capital a la inflación y en efecto será más caro asumir obligaciones financieras.

A modo de cierre, se observa que si se partieran de las premisas antes señaladas y el contratista pudiera probar de forma clara y no general, que estas causas y/o falencias en el actual régimen de Redeterminación generaron, un alea anormal para el contrato, podría ser de aplicación la teoría de la imprevisión de forma complementaria.

La diferencia no cubierta por el régimen de redeterminación debe ser relevante y determinar un déficit o quebranto financiero que impida el recupero de los costos reales de la ejecución de los trabajos. En consecuencia, el daño financiero debe ser significativo y probado fehacientemente por el contratista.

En términos generales, se puede afirmar que la irrepresentatividad del sistema de análisis de precios, daría lugar al reconocimiento del daño financiero suficientemente probado bajo parámetros objetivos. Sin embargo, es relevante remarcar, que la legislación solo admite recomposición de los desfases que deriven de acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles a la firma del contrato.

5.3.2.2 Inflación y Devaluación en la Argentina.

No todo proceso inflacionario puede ser considerado imprevisible, porque la inflación en nuestro país se remonta desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad. No obstante, la inflación desatada fuera de los cánones habituales sí puede considerarse como imprevisible, en su magnitud o velocidad de aceleración.

La inflación estructural, que responde a circunstancias permanentes de nuestra economía, no justifica la aplicación de la teoría de la impresión, pero sí de un mecanismo de revisión de precios, ya que el riesgo que existe en el contrato asume la condición de ser normal. A pesar de ello, si podría hacerlo, en cambio la inflación coyuntural⁶⁷, por su naturaleza súbita y extraordinaria.

⁶⁷ Puede ser un ejemplo de esto el caso llamado popularmente Rodrigazo, en el año 1975, que llevó a una tasa de inflación mensual del 50% en los meses más afectados.

En otras palabras, si la curva de crecimiento de precios sufre un brusco salto que asume los caracteres de imprevisible y extraordinario, la aplicación de la teoría de la imprevisión contractual resulta procedente.

En esa misma lógica Barra afirma que:

La depreciación monetaria en épocas de constante o progreso envilecimiento económico no resulta por sí sola, una excusa de alteración de la base del negocio. Esto es porque, tal fenómeno económico aparece como ordinario y en buena medida como previsible. Lo extraordinario y lo imprevisible en estas circunstancias no aparece. Pero ellos no es así cuando esos precios sufren un incremento que escapa por completo a toda humana previsión. (La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública., 1976, pág. 331)

Por otro lado Bercaitz, ratifica que “ si la inflación como consecuencia de un hecho inesperado, toma de pronto una curva muy aguda, se acepta como la existencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible que legitima la revisión del contrato” (Teoría General de los Contratos Administrativos, 1980, pág. 461).

5.3.2.3 El costo financiero en las Redeterminaciones Precios.

Es relevante el costo financiero, es decir del costo del dinero, en los contratos de obras públicas que son de gran magnitud y extensión en el tiempo.

Respecto al costo financiero, existen posiciones muy disimiles en cuanto a su forma de reconocimiento y tratamiento particularizado.

El precio del capital es la tasa de interés por el tiempo de uso del mismo. La variación del costo financiero se produce exclusivamente por el cambio de la tasa de interés.

En principio, si el costo financiero representa un porcentaje del resto de los precios del contrato, el aumento de tales precios acarrea necesariamente una adecuación indirecta razonable de los costos financieros.

“Cuando la inflación se mantiene en niveles moderados, por debajo del 20%, el alza de casi todos los precios, incluida la tasa de interés, tiene tendencias parecidas y esta situación es ajustada a la realidad” (Crivelli J. C., 2004, pág. 79)

Sin embargo, a medida que la inflación supera ese nivel, se van requiriendo progresivamente sistemas más desagregados, resultando cada vez más difícil representar un precio con otro.

“Cuando la inflación aumenta progresivamente y la tasa de interés se separa de la tendencia de

la inflación, en ese momento no es razonable adecuar el costo financiero con la inflación de los precios” (Crivelli J. C., 2004, pág. 79).

En períodos de fuertes crisis económicas es razonable darle un trato propio y específico al costo financiero ya que durante los períodos inflacionarios, las tasas de interés real realizan una doble función, esto es, compensar la privación del capital y actuar como mecanismo de actualización de los valores.

Según Mertehikian distinguió tres circunstancias en la que su trato particularizado es relevante:

- a) Costo del dinero por el período de la inversión, que va desde que ésta se realiza hasta la medición de los trabajos ejecutados. Es éste el correspondiente al plazo de ejecución de los trabajos; b) Costo del dinero por el período contractual de pago de los certificados, que corresponde al lapso que va desde la emisión del mismo hasta el pago correspondiente; c) Costo del dinero por la mora en la cancelación de los créditos del contratista. (El costo Financiero en el Contrato de Obra Publica, 1997, pág. 782)

En otra posición diferente respecto al tratamiento del costo financiero, Druetta, afirma:

En cuanto a los mayores costos financieros por la exposición del capital a la inflación, no es posible actualizar el capital invertido que lleva implícita la utilidad de la contratista y otorgarle un plus como si se tratara de una actividad financiera, pues ello importaría reconocerle las ventajas por ambas actividades y sólo efectuó una: la obra. (Ley 13064 de Obras Publicas, 2013, pág. 8)

“La intención de cobrar una nueva renta por el lapso que va desde que se invirtió el capital hasta que efectivamente se pagó el certificado, importaría tanto como reconocerle a la actora una doble utilidad: la calculada al ofertar y un rendimiento adicional por la inmovilización del capital.” (Druetta R. T., 2013, pág. 8)

A modo de cierre, la importancia del tratamiento particularizado del costo financiero, radica en poder reflejar el aumento de la tasa de interés y su impacto en el costo del financiamiento durante toda la ejecución de la obra.

Es así como el costo financiero fue regulado con este mismo criterio por medio del decreto 2348/76 y normas posteriores⁶⁸. Luego, tras el régimen de revisión de precios aprobado por el

⁶⁸ Este tema fue analizado en el apartado, 5.2 Antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.

decreto 1312/93, el costo financiero estuvo excluido en términos de reconocimiento específico. Posteriormente, el decreto 1295/02 que derogó el anterior, incluyó el costo financiero expresamente en la Tabla de Insumos y Ponderaciones. Finalmente en el decreto actual está permitido su tratamiento particularizado.

5.3.2.4 Limite a la obligación de cumplimiento del contratista.

En la obra pública, como ya se remarcó en varios apartados, el principio es la continuidad contractual, porque existe un interés público comprometido en la realización de la obra.

En ese sentido, es importante aclarar que el contratista tiene la obligación de continuar la obra pese a la alteración de la economía del contrato y/o existan errores en las redeterminaciones de precios o se tope con distorsiones significativas en el sistema, con el límite de un desfase financiero equivalente a tres meses de certificados o el 15% del contrato, según lo establece el decreto 1186/84.

Por otro lado, en este contexto se exime a la contratista la obligación de mantener el ritmo de la obra. Según lo establecido por el art 2° del mencionado decreto:

La justificación de la demora, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1° del presente decreto, determinará el otorgamiento de una correlativa prórroga del plazo contractual y la consecuente modificación del plan de trabajo y de la curva de inversión estipulados. (P.E.N P. E., 1984, pág. 1)

Finalmente, es de destacar que hoy en día lo fundamental, para que dispere la llamada excepción de incumplimiento contractual, es decir el límite a la obligación de cumplimiento de contrato, es que lo previsto por el Decreto 1186/84 se vea complementado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo Cinplast, que habla de una razonable imposibilidad de cumplimiento.

La *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por la contratista si existe prueba de una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas, frente al incumplimiento de pago por la Administración, entendiendo que esa situación no se presentaba al momento en que la actora dispuso la rescisión del acuerdo. (Cinplast v. Empresa Nac. de Telecomunicaciones., 1993, pág. 2)

Asimismo, en el fallo mencionado la mora en las obligaciones de la demandada “no habilitaba por sí a la ruptura pues no se daba objetivamente la razonable imposibilidad de cumplir los

compromisos asumidos (...) Se agravia de que no se tuviera por configurada una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas” (Cinplast v. Empresa Nac. de Telecomunicaciones., 1993, pág. 3).

5.3.3 Caso Argentino

5.3.3.1 La emergencia y las crisis económicas en argentinas.

Son numerosas las crisis económicas por las que ha atravesado nuestro país: El Rodrigazo, La Tablita, El Austral, Crisis del año 89, Plan Bonex, Tequila, Corralito, entre otras que pueden mencionarse.

La emergencia es una situación que sobreviene imprevistamente y altera esencialmente los requisitos bajo las cuales debe efectuarse una prestación o realizarse una actividad. En el derecho público, es un estado caracterizado por la excepcionalidad e implica, como principio, la sustitución de un derecho normal por uno excepcional.

La emergencia como instituto jurídico es una reacción del congreso o de las legislaturas provinciales ante una situación de hecho extraordinaria. La declaración de emergencia es la respuesta normativa del Estado frente a una situación excepcional, en la que infiere que las normas ordinarias vigentes son incapaces para enfrentarla.

En otras palabras, debido a la grave alteración que ocurre en la realidad, el interés público exige adoptar medidas extraordinarias que permitan enfrentarla y superarla hasta el restablecimiento de la normalidad.

Desde el ejercicio del poder público, la emergencia supone una acción legislativa y administrativa que genera la concesión de determinados beneficios o la disposición de ciertas restricciones de carácter excepcional y transitorio respecto de quienes mantienen una vinculación directa con la situación en emergencia. Sin embargo, no debe olvidarse que la emergencia es una situación de excepción y anormal, y por ello es condición que las medidas dispuestas sean transitorias. (Gowland, 2004, pág. 555)

Bajo esa misma lógica Sagüés afirma que “Si graves circunstancias de perturbación lo autorizan, el ejercicio de poder de policía del estado puede ser ejercido en forma más enérgica que lo admitido en periodos de normalidad, por eso la norma de emergencia tiene que ser circunstancial y temporarias” (Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia, 1990, pág. 134). En ese sentido Monti afirma que:

Es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más energía que la admisible en periodos de sosiego y normalidad en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia de atender a la solución de los problemas que se crean. (Emergencia y Contratos Administrativos , 2004, pág. 65)

La ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional, pero si podría suspender su goce de modo razonable. La razonabilidad del derecho de emergencia es entendida en el sentido que debe guardar proporción y adecuación con los motivos que dieron origen al acto necesario y el fin perseguido.

“La legitimidad de la medida legal de emergencia implica que la misma debe dictarse en función del bien común y por otro lado debe ser justa y razonable” (Sagüés, 1990, pág. 136).

Cuando se recurre a la emergencia se lo hace con el objeto “de amparar y defender el orden constitucional; la emergencia no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por medios extraordinarios” (Zilli de Miranda, 2005, pág. 391).

La emergencia es una situación que puede tener lugar en diferentes ámbitos sociales, económicos, administrativos, educativos, de la salud, penitenciaria, laboral, sanitaria, etc., y según sean las características y el alcance de la crisis, serán las medidas correctivas que deban adoptarse para enfrentarla y superarla.

En particular la emergencia económica “es un hecho externo temporalmente limitado que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado creando una situación de peligro colectivo, que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales” (Lorenzetti, Los contratos ante la emergencia económica, 2001, pág. 8)

Según afirma Dromi “En emergencia pública se ven alterados, en mayor o menor medida, las diferentes variables de los Contratos Públicos lo que torna imposible la continuación de su ejecución en las condiciones convenidas. Entonces la relación contractual debe ser equilibrada.” (Licitación Publica, 2017, pág. 875)

La emergencia afecta la base del negocio y como consecuencia de ello impacta en la corresponsabilidad de las prestaciones. “Esta excesiva onerosidad sobreviniente es corregida por el juez o por la ley, y esto ha sido admitido por nuestra doctrina sin mayores objeciones (Lorenzetti, Los contratos ante la emergencia económica, 2001, pág. 6)

Sagüés afirma que “hay consenso en considerar al estado de emergencia como un tipo o especie del género estado de necesidad. La emergencia caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria” (1990, pág. 122).

Entonces la necesidad no puede justificarlo todo, ni puede escapar al derecho. Lo característico de la situación de necesidad es que impone o demanda una solución: si esta no se toma, se producirá un daño. “Es indispensable, entonces, que la emergencia sea valorada en función de su compatibilidad e incompatibilidad con la Constitución Nacional” (Zilli de Miranda, 2005, pág. 392).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expuso que la emergencia deriva de:

Situaciones de carácter físico (terremotos, epidemias), económicas, sociales o políticas. Lo que tipifica la emergencia es su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla, en función de los intereses afectados, reglas que no son propias del derecho ordinario: acontecimientos extraordinarios, dice la corte, reclaman remedios también extraordinarios. (Sagüés, 1990, pág. 133)

La CSJN ha elaborado una especie de derecho constitucional regulatorio de la emergencia, en base a cuatro recaudos claves “Realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legitimidad (razonabilidad) del mismo, y sometimiento a la Constitución. Pero esto último, exige que no haya frustración sino solo suspensión de los derechos constitucionales en juego durante la emergencia” (Sagüés, 1990, pág. 155).

Nuestro país lamentablemente registra recurrentes antecedentes de situaciones de emergencia que han afectado diferentes sectores de la economía y de la sociedad. Esta situación de emergencia, que en principio debiera ser excepcional y transitoria, se hizo muy frecuente, en los últimos tiempos en el derecho argentino. Muchos autores se mostraron en contra de este estado permanente de emergencia como Botassi, Lorenzetti, Mosset Iturraspe, Rejtman Farah y Gowland, entre otros.

Según Botassi “Las medidas adoptadas, expuestas como excepcionales y temporarias, resultaron claramente contrarias a la letra y espíritu de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales.” (2004, pág. 39)

La emergencia en los últimos años, ha sido un fenómeno de inusual permanencia y alcance. Sin embargo, la Corte Suprema fue pronunciándose al juzgar la constitucionalidad de las sucesivas leyes de emergencia que se fueron dictando.

Mosset Iturraspe también se expidió sobre el carácter excepcional de la emergencia:

La emergencia económica, como causa de limitación o restricción de derechos, debe ser excepcional; acotada en el tiempo y en sus alcances; sobre la base de argumentos razonables; debe respetar el contenido esencial del derecho de modo de no desnaturalizarlo; - ser proporcionada al fin; - presentarse como la única alternativa posible; -configurando una restricción general y no discriminatoria, etcétera . (La emergencia económica y su incidencia en las relaciones contractuales., 2002, pág. 3)

Rejtman Farah respecto a la temporalidad de la emergencia en la Argentina, afirmo que “Esta pretensión de transformar lo excepcional en habitual y de considerar al Poder Ejecutivo como legislador normal pone en riesgo el equilibrio institucional sobre el que se asienta nuestra Constitución Nacional” (Contrataciones publicas Transparentes: un desafío en la emergencia, 2005, pág. 1)

Por otro lado, Gowland afirma:

“Las respuestas que el derecho debe dar a esta problemática, deben permitir superar la crisis para el restablecimiento de la situación normal. De lo contrario, no solo la crisis no se supera, sino que además lleva a un acostumbramiento por el cual lo anormal empieza a considerarse como normal” (Los Servicios Publicos: La Renegociación de los Contratos , 2004, pág. 551).

En la mismas lógica Lorenzetti afirma que “La emergencia permanente crea inseguridad, destruye todo cálculo de riesgos, y su previsión individual, restringiendo el funcionamiento económico” (La Salida de la Emergencia: Recomposición Institucional y Revisión de los Contratos , 2004, pág. 31).

Una emergencia permanente como en Argentina va en contra del orden público. Según Lorenzetti:

La emergencia puede ser distorsionada por el uso excesivo; hay un peligroso acostumbramiento a la emergencia económica .Este es un problema grave en Argentina. Si se revisa la legislación, es casi habitual hablar de emergencia y con ello avasallar derechos.Esta situación, que siempre se presenta como la última, es intolerable en un Estado de derecho. (Los contratos ante la emergencia económica, 2001, pág. 7)

5.3.3.2 Las crisis de los contratos y la renegociación.

En principio los cambios de la realidad económica que afectan al contrato de obra no habilitan la renegociación de los términos del mismo, solo provocan el disparo del mecanismo previsto para esa eventualidad que, conceptualmente, era previsible en su ocurrencia.

La justificación de la renegociación de un contrato de Obra Pública se encuentra en el interés público general y social que está en juego y que es lo que le importa a la comunidad en su conjunto. El interés público que prima es la continuidad del contrato y se aplica doctrina del sacrificio compartido para llevar adelante tal procedimiento. En otras palabras, la renegociación es un mecanismo, mediante el cual el Estado mediante el sacrificio compartido buscaba una solución de los contratos en crisis.

La renegociación o recomposición de los contratos administrativos únicamente se aplica a aquellos contratos en crisis cuya ecuación económico-obligacional originaria se vea afectada por razones de emergencia.

Según Dromi “Renegociar implica reequilibrar los elementos que componen el contrato. Es negociar de nuevo, producir ajustes sobre la base del mismo contrato” (Licitación Pública, 2017, pág. 875).

La renegociación es un procedimiento en el cual se revisa todos los elementos esenciales del contrato es decir el objeto, tiempo y precio, entre otros. En un reajuste global del contrato original por efecto de circunstancias significativas, extraordinarias, excepcionales, sobrevinientes e imprevistas.

En otros términos negociar de nuevo implica practicar ajustes sobre la base del contrato, lo que repercutirá en la ecuación originaria (Dromi, 2017, pág. 875). Sin embargo, renegociar el contrato no implica reconvertirlo. “No hay variación sustantiva en la prestación, sino que la alteración es solo del precio, del modo, del plazo entre otros, pero sin modificación estructural del asunto o negocio” (Dromi, 2017, pág. 875).

La renegociación o recomposición de los contratos no puede servir para mejorar o empeorar las condiciones de la oferta aceptada por la administración. El sinalagma originario debe permanecer incólume.

Por otra parte, se pone en discusión si es necesario una ley para renegociar un contrato, una parte de la doctrina dice que sí y la mayoría dice que no. En general, se renegocian aunque no haya una ley que así lo contemple.

Los antecedentes normativos más actuales sobre la emergencia son la ley N° 23.696 del año 1989, en el año 2000 la Ley de Emergencia N° 25.344 y en el año 2001 Ley de Emergencia

Nº 25.561. Estas leyes ante la emergencia planteaban dos soluciones posibles para los contratos de Obra Pública en crisis: su recomposición o su rescisión.

En el año 1989 con motivo de la crisis económica, la finalización anticipada del mandato de Raúl Alfonsín a la presidencia y la asunción de Carlos Menem, se dictó la Ley Nº 23.696, denominada de Reforma del Estado, que estableció en su Artículo 1º la declaración “en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada” (Congreso Nacional, 1989, pág. 1).

Esta norma alcanzaba únicamente a los contratos de obra y consultoría ya que existían pocas concesiones de servicios públicos en ese momento.

Asimismo, estableció por un lado en el Artículo 48º la facultad del Ministro que fuere competente en razón de la materia a declarar la rescisión de todos los contratos de obra y de consultoría celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley por el sector público. Y por otro en el Artículo 49º la Recomposición del contrato:

La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes contratantes. (Congreso Nacional, Ley Nº23696- Reforma de Estado, 1989, pág. 2)

Más adelante, en el año 2000, la Ley de Emergencia Nº 25.344, volvió a establecer en términos parecidos a los de una década atrás la emergencia en su Art. 1º de “la situación económico financiera del Estado nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional” (Congreso Nacional, Ley Nº25344- Emergencia Economica y Financiera, 2000, pág. 1)

En esta norma también dispuso dos caminos posibles para los contratos en emergencia en curso en ejecución: la rescisión y la recomposición. Pero esta vez amplio, en su Art. 2º, el espectro de los contratos sujetos a rescisión por parte del poder ejecutivo: contratos de obra, de servicios, de suministros, de consultoría o de cualquier otro tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 1999. Por ultimo en el Artículo 3º se dispuso que:

La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y

contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes. (Congreso Nacional, Ley N°25344- Emergencia Economica y Financiera, 2000, pág. 1)

Posteriormente, como consecuencia de la crisis de diciembre de 2001 surgió una nueva ley de emergencia, la Ley N° 25.561. Dicha ley dejó sin efecto el modelo de convertibilidad entre el peso argentino y el dólar estadounidense, en tanto derogó en parte la Ley de Convertibilidad. La ley 25.561/2001 declaró, en su art 1°, la emergencia en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, y a partir de ello introdujo importantes cambios normativos, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución Nacional. La referencia del Artículo 76° de la C.N hace evidente la voluntad de ejercer la facultad de delegar en el Poder Ejecutivo amplios poderes legislativos para enfrentar la crisis.

Asimismo, en el Art 8° se estableció que en los contratos celebrados según el encuadre de normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaban sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar y las cláusulas indagatorias.

Por otro lado, se autoriza al Poder Ejecutivo Nacional, la renegociación de los contratos celebrados por la Administración pública, en el Artículo 9°. Para los contratos cuyo objeto fuera la prestación de servicios públicos, se establecieron los siguientes criterios para llevar adelante igual procedimiento:

1) El impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas”. (Congreso Nacional, Ley N° 25561, 2002, pág. 2)

Conforme este concepto, el Poder Ejecutivo es competente para llevar a cabo tal renegociación a los fines del restablecimiento de las condiciones contractuales, por ser ello propio de la función administrativa y por ser quien tuvo a su cargo la celebración original de los contratos. Es importante destacar que en dicha normativa no se estableció ningún criterio para la renegociación de los contratos de obra pública.

Es decir en principio ambos contratos fueron regulados pero luego se omitió fijar las bases para la renegociación de los contratos de Obra Pública. No obstante, con el decreto 1295⁶⁹ del año

⁶⁹ El análisis de este decreto fue realizado en el apartado 5.1.1 Similitudes y Diferencias del Decreto 691/2016 respecto al anterior Régimen de Redeterminación Decreto N° 1295- 2002.

2002, en principio, se encontró una herramienta para mitigar el desequilibrio del precio de los contratos de Obra Pública a través de un mecanismo de Redeterminación de precio.

El Poder Ejecutivo como debía renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública conforme normas de derecho público, dictó decretos para reglamentar la renegociación. En este sentido fueron sancionadas sucesivamente diversas reglamentaciones. Se destacan las siguientes:

- Decreto 214/2002: este decreto, encuadrado como un decreto de necesidad y urgencia, reiteró la pesificación de todas las obligaciones de dar sumas de dinero en dólares cualquiera fuera su causa u origen. Si bien sus disposiciones estuvieron referidas principalmente a las obligaciones del sistema financiero, también fijó reglas para las obligaciones no vinculadas a este último.

-Decreto 293/2002: mediante esta reglamentación, el Poder Ejecutivo encomendó al Ministerio de Economía, la renegociación de los contratos administrativos conforme lo dispuesto en el art. 8° de la ley 25.561 para la prestación de obras y servicios públicos.

Además, se constituyó la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos. En la práctica esta comisión se limitó a la discusión de ajustes de tarifas en los servicios públicos dejando sin un marco de negociación a las obras en marcha, “que como era de esperar fueron paralizadas en su mayoría” (Botassi, 2004, pág. 49).

-Decreto 370/2002: designó a los integrantes de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, delegando en el Ministerio de Economía e Infraestructura , el dictado del reglamento para el funcionamiento interno de la Comisión.

-Decreto 311/2003: el gobierno que asumió funciones el 25 de mayo de 2003 desdobló al Ministerio de Economía e Infraestructura en los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. En base a este antecedente y a que en el “proceso de renegociación, de innegable complejidad, incidieron distintos factores y circunstancias que imposibilitaron concluir la renegociación en los plazos inicialmente fijados”, se dispuso crear la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos como continuadora de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos.

-Decreto N° 367/2016, mediante este decreto se derogó el decreto N° 311/2003 de Creación de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos (Uniren). En efecto, el Poder Ejecutivo, a los efectos de concluir los procesos de renegociación de los contratos de Obras y Servicios Públicos dispuestos por el artículo 9° de la ley 25.561, instruyó a los Ministerios a cuyas órbitas correspondan los respectivos contratos sujetos a renegociación, a proseguir los procedimientos que se encontraban, a la fecha, en trámite de sustanciación en el ámbito (UNIREN).

También se dispuso la participación de la SIGEN y de esta Procuración del Tesoro de la Nación, como instancias de asistencia y control previo del referido trámite.

Es de destacar que expertos en la temática, indican que “los equipos de UNIREN eran técnicamente excelentes pero si no fueron exitosos en algún sentido, fue puramente por razones políticas y no técnicas” (Entrevista Tesis- Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016, 2020, pág. 6).

Por otro lado, miembros del actual ministerio de Obras Publicas consideran que:

La destrucción de la UNIREN fue una gran pérdida para el Estado ya que la misma constituía, una herramienta vital para resolver los problemas del futuro, un daño irreparable porque en 4 años esos equipos se tuvieron que separar y esa experiencia se perdió. (A, 2020, pág. 6)

5.3.3.3 Renegociación de contratos de Obra Publica

La decisión sobre renegociar un contrato de obra es muy delicada, y requiere especial prudencia tanto de parte de los funcionarios con responsabilidad directa en el asunto, como de los distintos órganos públicos que de alguna manera deben efectuar el control de gestión del sector público nacional. Por eso se observa la necesidad de fijar con claridad las condiciones, criterios y los límites bajo los cuales se habilita el procedimiento.

¿Cuándo se presenta la emergencia del contrato de Obra Pública?

Según se remarcó en la sección anterior, la renegociación o recomposición de los contratos administrativos únicamente se aplica a aquellos contratos en crisis cuya ecuación económico-obligacional originaria se vea afectada por razones de emergencia. Es este el caso, cuando las partes del contrato deben concurrir a un nuevo acuerdo.

Precisamente, la renegociación del contrato de Obra Pública corresponderá que se lleve a cabo, cuando esos mecanismos previstos para sostener el equilibrio de las prestaciones hayan perdido su capacidad de reflejar esa realidad económica.

Habrá renegociación justificada del contrato de Obra Pública al igual que en el contrato de concesión del servicio público:

Cuando el procedimiento previsto para sostener el equilibrio contractual haya perdido su virtualidad, cuando resulte insuficiente o inadecuado para reflejar la realidad económica del contrato y no sirva para sostener el equilibrio de las prestaciones recíprocas. Sólo en este caso podemos hablar con propiedad de emergencia del contrato de concesión de servicio público o Contrato de Obra Pública. (Perez Hualde, Tarifas y Renegociación de Contratos, 2004, pág. 3)

¿Qué se renegocia en contrato de Obra Pública?

Entendemos que el terreno está constituido por la totalidad de las obligaciones recíprocas de los sujetos. Serán materia de renegociación las condiciones generales, los niveles de exigencia técnicos, los planes, el plazo, el precio, etc.

La legitimidad de los procesos de renegociación contractual, se encuentra condicionada a que se pueda probar la existencia de una causal objetiva para la revisión del contrato original, ya sea que ella se fundamente, en un hecho sobreviniente y ajeno a la responsabilidad del contratista, o que tenga como fuente, el ejercicio de una legítima prerrogativa de la Administración.

Solo de esta forma, se podría defender la decisión de modificar las condiciones del contrato, respetando el principio de igualdad, porque de esta forma permite probar que cualquiera hubiese sido el adjudicatario, el hecho sobreviniente habría ocurrido, y el contrato se hubiera renegociado en las mismas condiciones.

Asimismo, salvo casos excepcionales debidamente justificados, la situación de mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, podría considerarse como como un obstáculo a la renegociación.

El fin de este apartado es establecer criterios a considerar en caso de renegociación de contratos de Obra Pública en crisis:

- Debe tratarse en los contratos de larga duración donde los mecanismos previstos no sean suficientes. Deben reelaborarse los mecanismos de sostenimiento del equilibrio dinámico contractual que se vio frustrado por la crisis que justifica la renegociación.
- *Pacta sunt servanda*; en lo posible debe cumplirse el contrato tal como se celebró; y si no es posible hacerlo en lo inmediato, debe retornarse a ello cuando sea posible en la medida en que no existan otras razones para introducir modificaciones de mayor permanencia.
- Respeto al derecho a la intangibilidad de la remuneración del contratante particular y al principio de la continuidad del contrato.
- Conformidad al principio de razonabilidad establecido por la Constitución Nacional y de proporcionalidad de la medida en relación al interés público comprometido.
- Acatamiento al principio de igualdad. La administración debe tratar con el contratista en la renegociación, como lo hubiera hecho con cualquiera de los oferentes.
- Un sistema centralizado de renegociación, ya que si bien las obras públicas tienen características muy diferentes entre sí, uno de los principios fundamentales a respetar es el de la igualdad. La tipología de contratos es diversa pero el enfoque y pauta de resolución debe tener un patrón común. Sin embargo, se debería contar con un equipo interdisciplinario para aprovechar los conocimientos, experiencias y antecedentes que el Estado tenga en cada rama de actividad.
- La renegociación debe ser realizada bajo parámetros objetivos y sobre base cierta. La Atribución de la administración en materia de renegociación no se ejerce en forma discrecional, sino sujeta a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen.
- La renegociación se debe realizar en base al programa económico financiero de la obra ,al igual que se hizo en las renegociaciones con las concesiones de servicios públicos

En el análisis económico para la renegociación contractual deben “tomarse en consideración los costos eficientes incurridos por el co-contratante y los márgenes de gastos indirectos, costos impositivos y beneficio declarados en la oferta del contratista o concesionario, o los expresados en su contabilidad” (Mabromata, 2004, pág. 10).
- Debe considerarse la experiencia, filosofía y conceptos aprendidos de las prácticas exitosas y cuerpos profesionales que intervinieron en las renegociaciones ya realizadas en nuestro país. Como por ejemplo, las llevadas a cabo por la UNIREN.

- Debe delimitarse los actores que van a intervenir en el proceso y limitar el alcance.
- Fuerte presencia de organismos públicos de control en el proceso de renegociación. Para la renegociación, los organismos de control “deberán extremar sus requerimientos de información y supervisión erigiéndose como celosos custodios del cumplimiento de lo que se convenga y el no apartamiento de las reglas de una renegociación que debiera ser ejemplar.” (Mabromata, 2004, pág. 12)
- La causa de la onerosidad sobreviniente debe ser totalmente ajena a las partes y en principio la situación de mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, podría considerarse como un obstáculo a la renegociación.
- Debe determinarse que la distorsión no tenga carácter definitivo. Es necesario determinar cuánto durara la afectación del contrato. Se debería poder determinar un cómputo de cuanto falta construir y cuanto pagar para arribar fácilmente a una recomposición de saldos.
- Debe analizarse la relevancia política, económica y social de la obra para el interés general y dominio público. El compromiso asumido por el Estado le exige garantizar su continuidad.
- La renegociación y los reclamos del contratista se verán fundados en “las garantías fundamentales, de rango constitucional que se refieren al derecho de propiedad (art. 17 CN) y al principio de seguridad jurídica en materia económica, uno de cuyos pilares es la legítima confianza” (Perez Hualde, 2004, pág. 3).
- La importancia de conservar el principio de publicidad durante todo el proceso de Renegociación implica dar a conocer a la ciudadanía los alcances sustanciales de la renegociación del contrato.
- Acorde al origen licitatorio y a la proyección de los principios de igualdad y de publicidad durante toda la ejecución del contrato, no se puede mejorar las condiciones establecidas para el contrato original, el objetivo es solo recomponer el equilibrio del mismo.
- Aseguramiento de la transparencia y eficiencia exigidos por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, según Ley N° 24.759.
- Aplicación del criterio de sacrificio compartido para subsanar las consecuencias de los cambios en la ecuación económica financiera del contrato. No deben recargarse las consecuencias de la crisis sobre uno solo de los sectores de la sociedad.

El sacrificio compartido implica compartir de un modo equitativo los efectos de la modificación de la relación contractual o en su defecto el precio del contrato debe cubrir los costos operativos y solo se le reconoce una rentabilidad razonable al contratista.

Por último, “cabe recordar que acto administrativo que rechace el pedido de renegociación o el acuerdo que la formalice, debe contar con antecedentes de hecho y de derecho que los avalen”. (Gowland, 2004, pág. 565)

Peligros de la Renegociación:

Los peligros que pueden darse durante el periodo de renegociación son:

- Gran duración en los trámites de renegociación. Años de prolongación, no siempre justificada.
- Politización de la renegociación. En muchos casos, las renegociaciones no resisten un prolijo análisis económico de sus números sino esconden un reclamo político por detrás. Se remarca de nuevo que los números deben ser sobre base cierta y no teóricos o hipotéticos.
- Fuertes presiones de grandes grupos económicos y empresas contratistas, para que los procesos finalicen con grandes beneficios a su favor.
- Puede darse abuso, desviación de poder o hechos de corrupción, por parte de las autoridades públicas que intervienen en el procedimiento. Por eso la importancia de una presencia fuerte, con peso y contrapeso, de los diferentes organismos de control.
- Deficiente de marco regulatorio e inapropiado o débil control en el proceso de renegociación. En muchos casos, la exclusión en el trámite de renegociación de los organismos de control constitucionales, genera debilitamiento y falta de transparencia.

5.3.3.4 Situación económica del periodo bajo análisis. (Diciembre 2015 a Diciembre 2019).

Los efectos de un proceso inflacionario acelerado, brusca devaluación, excesivo endeudamiento y fuerte incremento de la tasa de interés asociadas a restricciones en el crédito al sector de construcción por un lado, sumado al déficit fiscal, dudas fundadas sobre la capacidad de pago de la deuda externa de la Argentina, el aumento progresivo del riesgo país, formaron un contexto de gran incertidumbre incompatible con el desenvolvimiento de la economía.

La norma N° 27.541, dictada el 21 de Diciembre del 2019, denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva declaró “la emergencia pública en materia económica financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó facultades al Poder Ejecutivo en los términos del artículo 76° de la Constitución Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2020” (Congreso Nacional, Ley N°27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, 2019, pág. 1).

La delegación de facultades se basó principalmente en los siguientes objetivos: sostenibilidad de la deuda pública, la reestructuración tarifaria del sistema energético, promover la reactivación productiva, y la recuperación de los salarios, entre otros.

Entonces, si hay crisis y en efecto fue declarada la emergencia económica, es relevante poder determinar cuáles son los impactos en los contratos de obra pública. En primer lugar, es de remarcar que no se hizo ninguna referencia en particular sobre estos contratos en la nueva norma de emergencia mencionada.

En palabras de Crivelli, “La obra pública es más o menos un 25% del total del sector de la construcción” (Entrevista para Tesis, 2020, pág. 2). De ahí surge la importancia de la obra pública para la reactivación económica.

En un hecho que a diciembre del 2019 gran parte⁷⁰, de las obras en curso se encontraban paralizadas por tener sus precios desactualizados a la realidad del mercado, o por falta de pago de los certificados de avance y/o redeterminados. Incluso las obras que aún figuraban en ejecución, tenían pequeños avances y fueron despedidos la mayoría de su personal.

Los integrantes de la Cámara Argentina de la Construcción, coincidieron en resaltar que:

El sector de las empresas de la obra pública sufre amplificados, los efectos de la recesión actual y graves perjuicios, por los atrasos en los pagos de las obras certificadas, demoras no razonables en la tramitación y aprobación de las redeterminaciones de precios pactadas contractualmente, e incluso la aplicación de sanciones por incumplimiento del plan de trabajo cuando existen razones que lo justifican. (Periodico Lujan 365, 2019, pág. 1)

⁷⁰ Se estima que un 60% de las obras en ejecución. Se puede ampliar el tema en las siguientes artículos: periodísticos <https://www.pagina12.com.ar/241283-cuales-son-las-obras-paralizadas> ;<https://www.pagina12.com.ar/246449-seis-de-cada-diez-obras-estan-paralizadas-katopodis-cuestion;> <https://www.infobae.com/economia/2020/01/23/el-gobierno-afirma-que-la-gestion-de-cambiamos-dejo-una-deuda-de-35000-millones-en-materia-de-obra-publica/>

De más está decir que las obras paralizadas o con menor ritmo de ejecución que el previsto, generan desempleo⁷¹. En el mes de diciembre del 2015, en el sector de la construcción había registrado 421.559 personas. Como consecuencia de la gravedad de la coyuntura sectorial en el mes Diciembre de 2019 “los puestos de trabajo pasaron a ser 357.311, según datos del Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC, 2020, pág. 25) . Es decir se produjo una baja de más del 15% del empleo en el periodo sujeto a análisis.

Según afirmó Szczech “nuestro sector acumula 22 meses de caída continua y pérdida de 40.000 puestos de trabajo en los últimos 3 meses” (Infobae, 2020, pág. 1)

Durante este mismo periodo, la actividad de la construcción también tuvo una caída de un 20,89% según el Indicador sintético de la actividad de la construcción (I.S.A.C) del INDEC. “El I.S.A.C es un “indicador de coyuntura que mide la evolución del sector, con periodicidad mensual, tomando como referencia los consumos aparentes de insumos⁷² requeridos en la construcción” (INDEC, 2020, pág. 14).

Conforme a este contexto económico adverso, se vuelve a poner en boga el concepto de equilibrio económico financiero de los contratos y en ese caso en particular, a los contratos de Obra Pública.

Para determinar si corresponde en nuestro país o no la aplicación complementaria de la teoría de imprevisión a los contratos de obra pública⁷³, como medio de compensación económica para restablecer precio contractual o en casos extremos de emergencia, su renegociación integral, habría que determinar, en cada caso particular, si la reiteración de periodos de alta inflación y/o fuerte devaluación con la alteración de las relacionadas variables económicas, generaron tal daño financiero que justifican semejantes remedios jurídicos.

Es posible afirmar que al final periodo bajo análisis, diciembre 2019, no solo había problemas de variaciones de precios, sino también de gastos improductivos porque muchas obras se habían

⁷¹ Se estima que se perdieron 25000 puestos de trabajo en el sector de construcción por las obras paralizadas. Se puede ampliar el tema en las siguientes artículos periodísticos: <https://www.infobae.com/economia/2020/02/21/la-construccion-perdio-25000-puestos-de-trabajo-en-tres-meses-por-el-freno-en-la-obra-publica/>; <https://www.infobae.com/politica/2020/03/27/el-gobierno-aplicara-una-bateria-de-medidas-para-reactivar-la-obra-publica-durante-la-cuarentena/>; <https://www.ambito.com/negocios/construccion/nuevas-autoridades-la-camara-argentina-la-construccion-5089318>

⁷² Los insumos que componen el ISAC, medidos en términos de volumen físico, son: asfalto, cales, cemento portland, grifería, hierro redondo y aceros para la construcción, hormigón elaborado, ladrillos huecos, mosaicos graníticos y calcáreos, pinturas para la construcción, pisos y revestimientos cerámicos, placas de yeso, sanitarios de cerámica, tubos de acero sin costura, vidrio plano para la construcción y yeso

⁷³ Este tema fue analizado con detalle en el apartado 5.3.2 Aplicación complementaria de Teoría de Imprevisión.

parado o iban más despacio de lo establecido por causas no imputables al contratista. Como igualmente había problemas de los valores relativos de los insumos que habían cambiado.

En ese sentido Crivelli afirma que:

Se debería realizar una reestructuración del contrato vía teoría de la imprevisión, es decir realizar un análisis mucho más profundo y corregir todo el contrato, no solo el precio, todos los términos del contrato. Se deben renegociar los plazos, analizar el presupuesto, redefinir la obra ya que no se puede realizar tal como la había contratado, se tiene que enfocar en una reestructuración global del contrato. (Entrevista para Tesis, 2020, pág. 5)

Por eso, en el caso de algunas obras complejas, la única estrategia estructural para salvar las obras paralizadas es la renegociación vía teoría de la imprevisión. Es decir realizar un análisis mucho más profundo y corregir todo el contrato, no solo el precio, sino todos los términos del mismo.

En su defecto, desde la administración, si la obra está paralizada, otra opción diferente a la recomposición según la ley de obra pública, podría ser la rescisión sin culpa del contratista y salir a licitarla nuevamente. Sin embargo, es más rentable para la administración comitente, salvar a la obra que está en curso, porque:

En principio licitar de nuevo una obra ya iniciada es un problema ya que la apreciación del avance es muy complicado desde punto de vista de ingeniería, entonces se va a tener precios no comparables y se va a terminar adjudicando a uno que hizo solo estimaciones. (Crivelli J. , 2020, pág. 6)

Por otro lado, en términos de plazo, volver a licitar, implica extenderlos. Los plazos se extienden debido hay que darle a los oferentes, mucho tiempo para armar sus ofertas. Esto es porque es una licitación complicada ya que tienen que cotizar una obra que ya está en curso, visitarla, analizarla profundamente, observar el grado de avance y analizar si los trabajos están bien hechos o no están bien realizados.

Además otra cosa muy grave de volver a licitar nuevamente una obra en curso, es la división de la responsabilidad entre el nuevo y viejo contratista. “Es decir cómo se determina después quien es el responsable de un defecto de la obra. En otras palabras se pueden excusar siempre sobre la base que ya estaba mal al momento de la entrega de la obra al nuevo contratista” (Crivelli J. , 2020, pág. 6).

Inflación y Devaluación en el Periodo sujeto a análisis:

En primer lugar, es necesario aclarar que en el mes de octubre de 2015, se rompieron las series históricas de los índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (ÍNDEC). A partir de Abril y Mayo de 2016, dicho instituto comenzó a dar a conocer la evolución de algunos indicadores y en Agosto del 2016, retomó la publicación del INDEC Informa, discontinuada en noviembre de 2015, “en el marco de la declaración del estado de emergencia administrativa del Sistema Estadístico Nacional según lo establecida en el Decreto 55/2016” (P.E.N P. E., 2016, pág. 1)

En efecto, al reconstruirse las series históricas, la mayoría de los índices del INDEC, tomaron como nuevo periodo base de referencia a octubre, noviembre o diciembre de 2015. Conforme esta idea, por una cuestión de agilidad y conveniencia para el manejo de los datos, el periodo sujeto a análisis en este trabajo parte de diciembre 2015.

Los dos índices más relevantes para mediar la variación de los precios en la actividad de la construcción son el Índice del Costo de la Construcción en el Gran Buenos Aires (I.C.C) y el Índice de Precios Internos Básicos al por Mayor (IPIB).

El Índice del Costo de la Construcción (ICC) en el Gran Buenos Aires, mide “las variaciones mensuales que experimenta el costo de la construcción privada de edificios destinados a vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 24 partidos del conurbano bonaerense” (INDEC I. N., 2019, pág. 164). El índice se calcula utilizando una fórmula con ponderaciones fijas del tipo Laspeyres.

El Índice de Precios Internos Básicos al por Mayor (IPIB) mide la evolución de los precios a los que el productor y/o importador vende sus productos en el mercado interno. El IPIB releva los precios a los que el productor o importador vende sus productos. (INDEC I. N., 2019, pág. 189)

A continuación se expondrá, por un lado la variación que tuvo Índice del Costo a la construcción, desagregado en los ítems nivel general, materiales, mano de obra y gastos generales, mediante la Tabla N°4, y por otro la alteración de precios, en el periodo analizado respecto a los distintos perfiles de mano de obra del sector de la construcción según la Tabla N°5. Finalmente se mostrará, algunos de los materiales más representativos⁷⁴ de la actividad de construcción medidos por el índice I.C.C. e I.P.I.B conforme a Tabla N°6.

⁷⁴ La muestra de materiales seleccionados es aleatoria intencional pero considerando que son los materiales más característicos de una obra pública común.

Tabla N°4 Variación del Índice del Costo de la Construcción en el Gran Buenos Aires (ICC). Periodo Dic. 2015- Dic 2019.

	2015		2016	2017	2018	2019		% de Variación
	Octubre	Noviembre	Diciembre	Diciembre	Diciembre	Diciembre	Diciembre	
Nivel general	100	100,9	103,7	138,5	175,0	254,2	383,3	283,29%
Materiales	100	102,0	109,1	139,1	169,6	274,1	413,1	304,86%
Mano de obra	100	100,1	100,4	135,8	171,4	233,1	353,3	253,33%
Gastos generales	100	100,5	102,4	154,3	222,5	311,9	458,6	358,58%

Nota: Esta tabla muestra la variación del ICC en sus diferentes capítulos desde octubre del 2015 hasta diciembre de 2019.

Fuente: Elaboración propia según datos INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020)

Tabla N°5 Evolución de los precios de la Mano de Obra representativa en la actividad de Construcción. Periodo Dic. 2015- Dic 2019.

		2015	2016	2017	2018	2019	% de Variación
		Dic	Dic	Dic	Dic	Dic*	
ICC- Mano de Obra Directa	Oficial	101,12	134,69	174,28	266,49	386,36	286,36%
	especializado						
ICC- Mano de Obra Directa	Oficial	100,08	134,78	171,09	236,82	360,96	260,96%
ICC- Mano de Obra Directa	Medio Oficial	100,28	133,30	168,61	231,82	353,87	253,87%
ICC- Mano de Obra Directa	Ayudante	100,02	133,88	169,54	225,44	352,17	252,17%
ICC- Mano de Obra Indirecta	capataz de primera	100,00	133,17	171,35	222,25	311,74	211,74%
ICC- Mano de Obra	Mano de obra						
	asalariada	100,43	135,07	171,33	210,20	305,00	203,70%

Nota: Esta tabla muestra la evolución de la Mano de obra directa e indirecta representativa de la actividad de construcción, desagregadas en sus diferentes perfiles medida mediante el ICC en el periodo Dic.2015 a Dic 2019.

Fuente: Elaboración Propia s/ datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020)

Tabla N° 6 Evolución de los precios de Materiales representativos en la actividad de Construcción. Periodo Dic. 2015- Dic 2019

Indice	Descripción	2015	2016	2017	2018	2019*	% de
		Dic	Dic	Dic	Dic	Dic	Variación
IPIB Nac.	Productos refinados del petróleo	100,0	132,0	165,4	303,7	442,08	342,08%
IPIB Nac.	Productos de plástico	100,0	130,0	149,7	270,9	417,64	317,64%
IPIB Nac.	Aberturas de aluminio	100,0	149,2	172,2	320,1	466,5	366,48%
IPIB Nac.	Arenas	100,0	120,3	148,7	212,4	289,7	189,73%
IPIB Nac.	Barras de hierro y acero	100,0	131,9	146,5	243,1	405,6	305,59%
IPIB Nac.	Cales	100,0	127,2	165,8	299,1	469,0	368,97%
IPIB Nac.	Caños y tubos de PVC	100,0	147,4	167,4	364,6	594,3	494,25%
IPIB Nac.	Cemento portland	100,0	132,6	171,8	304,4	580,7	480,73%
IPIB Nac.	Chapas metálicas	100,0	151,3	170,8	353,8	530,4	430,43%
IPIB Nac.	Energía eléctrica	100,0	206,8	389,6	600,2	876,1	776,09%
IPIB Nac.	Enduido para paredes	100,0	137,4	162,9	272,6	415,5	315,54%
IPIB Nac.	Gas oil	100,0	131,9	165,5	312,6	459,7	359,66%
IPIB Nac.	Herramientas de mano	100,0	131,5	158,2	233,3	369,3	269,33%
IPIB Nac.	Impermeabilizantes	100,0	142,8	167,2	309,8	508,2	408,24%
IPIB Nac.	Ladrillos huecos	100,0	121,7	139,4	219,7	295,2	195,24%
IPIB Nac.	Ladrillos refractarios	100,0	109,3	123,4	234,3	329,6	229,56%
IPIB Nac.	Máquinas viales no autopropulsadas	100,0	161,7	178,1	320,5	471,7	371,72%
IPIB Nac.	Pinturas al látex	100,0	130,5	163,8	313,3	495,4	395,41%
IPIB Nac.	Yesos y piedras calizas	100,0	123,8	152,2	234,9	340,8	240,84%
IPIB Nac.	Productos básicos de aluminio	100,0	143,8	157,6	332,5	521,2	421,20%
IPIB Nac.	Productos básicos de cobre y latón	100,0	92,2	120,5	249,8	384,2	284,17%
IPIB Import.	Accesorios y repuestos para máquinas de uso especial	100,0	133,8	147,4	313,2	502,6	402,62%
IPIB Import.	Aceros aleados	100,0	152,6	171,4	339,0	548,6	448,65%
IPIB Import.	Chapas de hierro/acero	100,0	123,9	147,8	352,0	538,0	437,97%
IPIB Import.	Hierros y aceros en formas básicas (incluye: Chapas de hierro/acero, Aceros aleados y Perfiles de hierro/acero)	100,0	131,4	147,2	334,4	518,9	418,86%
IPIB Import.	Equipo - Amortización de equipo	100,0	142,1	159,2	346,0	554,91	454,91%
ICC	c) Pisos y revestimientos	108,6	126,7	147,8	229,0	308,8	184,22%
ICC	m) Aceros - Hierro aletado	123,2	138,1	163,1	374,9	575,9	367,60%
ICC	n) Cemento	115,2	140,6	178,2	303,5	502,5	336,07%
ICC	g) Arena	107,3	139,3	172,4	255,6	350,8	227,08%
ICC	Ítem albañilería	102,5	137,0	171,4	239,9	359,9	251,28%
ICC	Alquiler de Andamios	105,6	137,4	166,3	246,9	401,3	280,02%
ICC	Caños de PVC	112,7	147,7	174,5	323,9	467,9	315,29%
ICC	Hormigón elaborado	105,8	136,7	198,9	293,4	401,9	279,68%
ICC	Caño de hierro galvanizado	122,1	139,1	178,3	419,7	658,3	439,30%
ICC	Conductor revestido para puesta a tierra	123,7	123,3	173,9	350,6	554,3	347,99%
ICC	Cemento de albañilería	114,5	146,4	184,6	320,8	530,1	363,02%
ICC	Cemento portland normal, en bolsa	115,2	140,6	178,2	303,5	502,5	336,07%
ICC	Pintura al látex para interiores	107,5	132,0	161,5	296,4	460,6	328,62%
ICC	Pintura al látex para exteriores	109,6	142,4	175,0	339,6	556,5	407,97%
ICC	Tosca	108,3	143,0	195,6	288,4	344,9	218,59%

Nota: Esta Tabla muestra la evolución de materiales representativos de la actividad de construcción medidos por el ICC e IPIB desde diciembre 2015 hasta diciembre 2019.

Fuente: Elaboración Propia s/ datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020)

Por otro lado, la devaluación de nuestra moneda en relación al dólar estadounidense, en el periodo bajo análisis fue constante. Sin embargo, hubo algunos picos de mayor devaluación como fueron los meses de mayo a julio 2018 gracias a grandes corridas bancarias y en el mes de agosto del 2019 luego de las elecciones primarias presidenciales.

Es de remarcar que normalmente la evolución de precios de la divisa no es parecida a la evolución de los precios internos de la economía.

A continuación se expone la evolución del Tipo de Cambio desde octubre 2015 a diciembre 2019 mediante la Tabla N°7.

Tabla N° 7 Aceleración del Tipo de Cambio Vendedor del Dólar Estadunidense. Periodo Dic. 2015- Dic 2019.

	Tipo de Cambio Vendedor	% de Variacion Interanual	% Variación acumulada.
Oct. 2015	\$ 9,55		
Dic.2015	\$ 13,30	39,27%	39,27%
Dic. 2016	\$ 16,10	21,05%	68,59%
Dic.2017	\$ 18,90	17,39%	97,91%
Dic. 2018	\$ 38,60	104,23%	304,19%
Dic.2019	\$ 63,00	63,21%	559,69%

Nota: Esta tabla muestra la aceleración de la cotización billete, tipo de cambio Vendedor del Dólar Estadunidense, desde diciembre 2015 hasta diciembre 2019.

Fuente: Elaboración Propia en base a datos del Banco Nación Argentina. (B.N.A, 2020)

Es importante señalar en la etapa observada, cual fue el impacto de las devaluaciones sobre los precios. “En las últimas experiencias el traspaso de la devaluación a la inflación rondó, en promedio un 35% en 2014, un 27% en 2016 y un 25% en 2018, según cálculos de la consultora Econviews” (Infobae, Estiman que el impacto de la devaluación en la inflación y el consumo sería más alto que en 2016 y 2018, 2019, pág. 1).

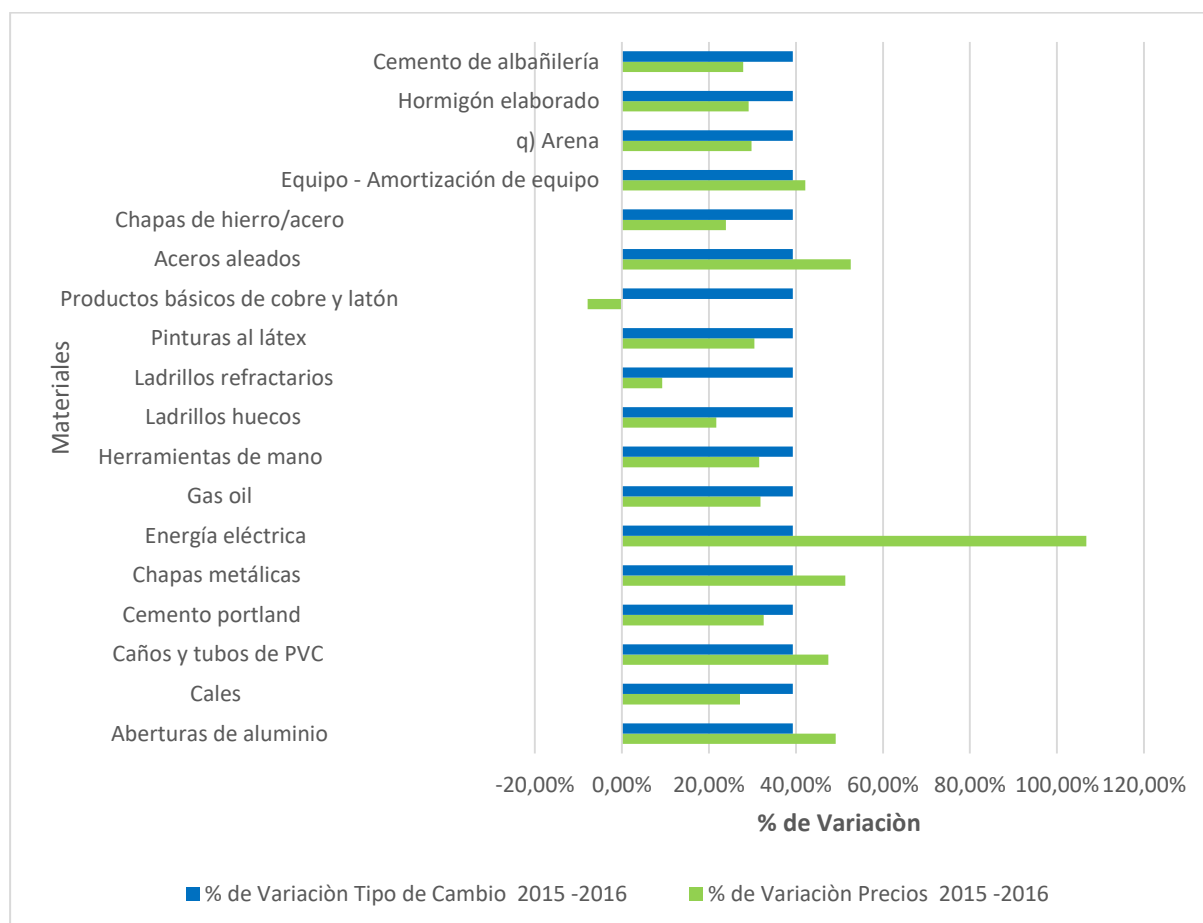
En el año 2016, la devaluación terminó en una caída de la actividad del -2,1% y con una inflación anual de 36,3%, lo que implicó una aceleración inflacionaria importante para ese momento. “Sin embargo, en ese año, el traslado a precios específicamente por la devaluación no fue tan alto dado que parte de esa aceleración también se debió al aumento en las tarifas” (Infobae, Estiman que el impacto de la devaluación en la inflación y el consumo sería más alto que en 2016 y 2018, 2019, pág. 1).

El impacto en 2018 fue un poco más fuerte que en 2016, ya que la magnitud de la devaluación fue mayor y más difícil de controlar. "La economía ya venía operando en niveles bajos. Se podría haber esperado que el traslado a precios de la devaluación fuera menor que en ocasiones anteriores, ya que la recesión de la actividad puede aplacar el efecto inflacionario. Sin embargo, esto no ocurrió". (Infobae, Estiman que el impacto de la devaluación en la inflación y el consumo sería más alto que en 2016 y 2018, 2019, pág. 1)

Finalmente, el brusco aumento del dólar tras la derrota electoral en las primarias presidenciales del año 2019, se hizo notar rápidamente en el índice de precios del mes de agosto de ese mismo año que alcanza el 4,5%, el doble que el mes de julio.

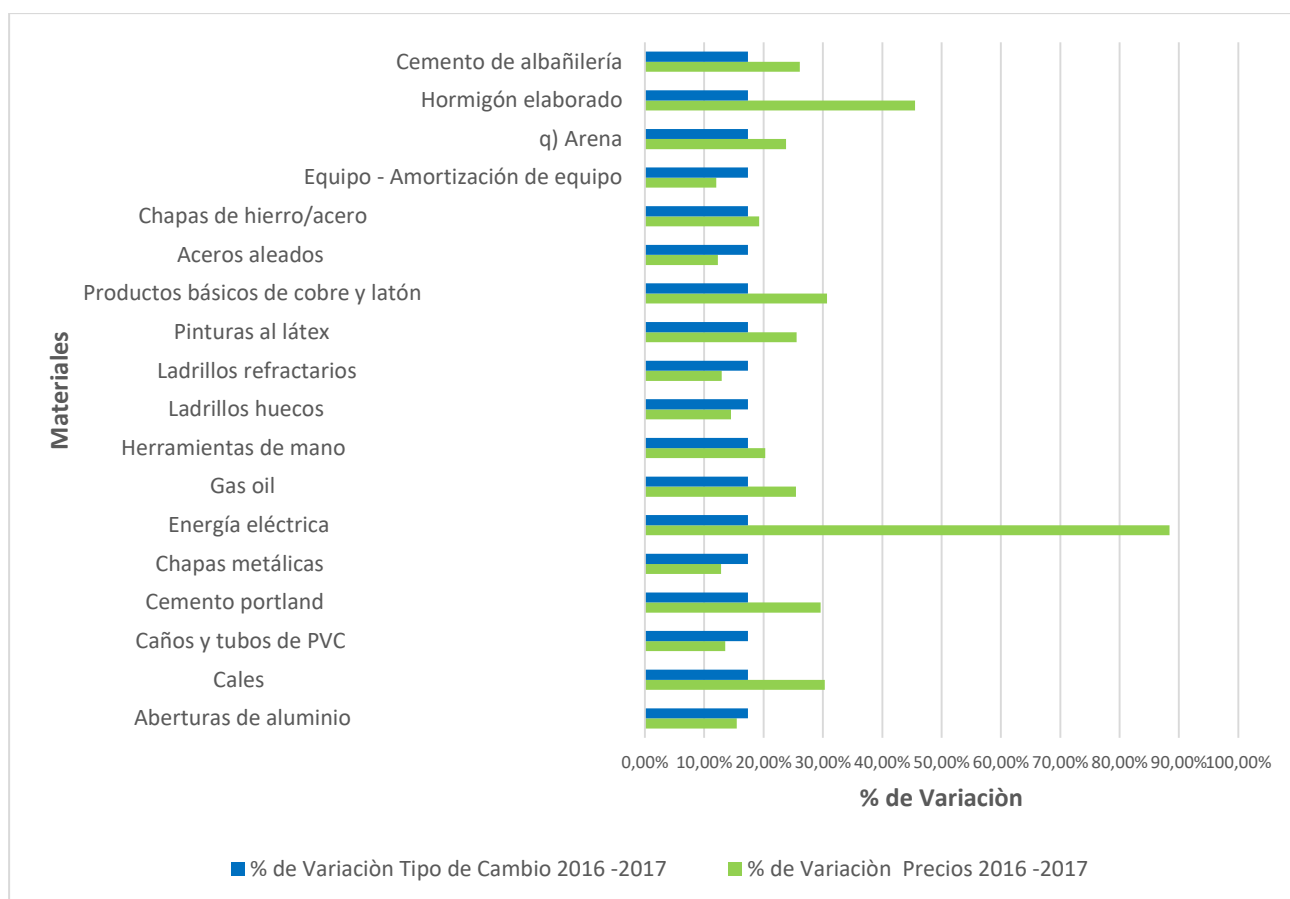
En las figuras que se muestran en seguida, se expone la variación interanual de los precios de materiales característicos en el sector de la construcción y su comparación con la aceleración del tipo de cambio del dólar estadounidense para el mismo periodo, Dic. 2015 a Dic. 2019.

Figura N°1 Comparación de la Variación interanual Año 2015-2016 de los Precios de materiales representativos de la construcción y el Tipo de Cambio.



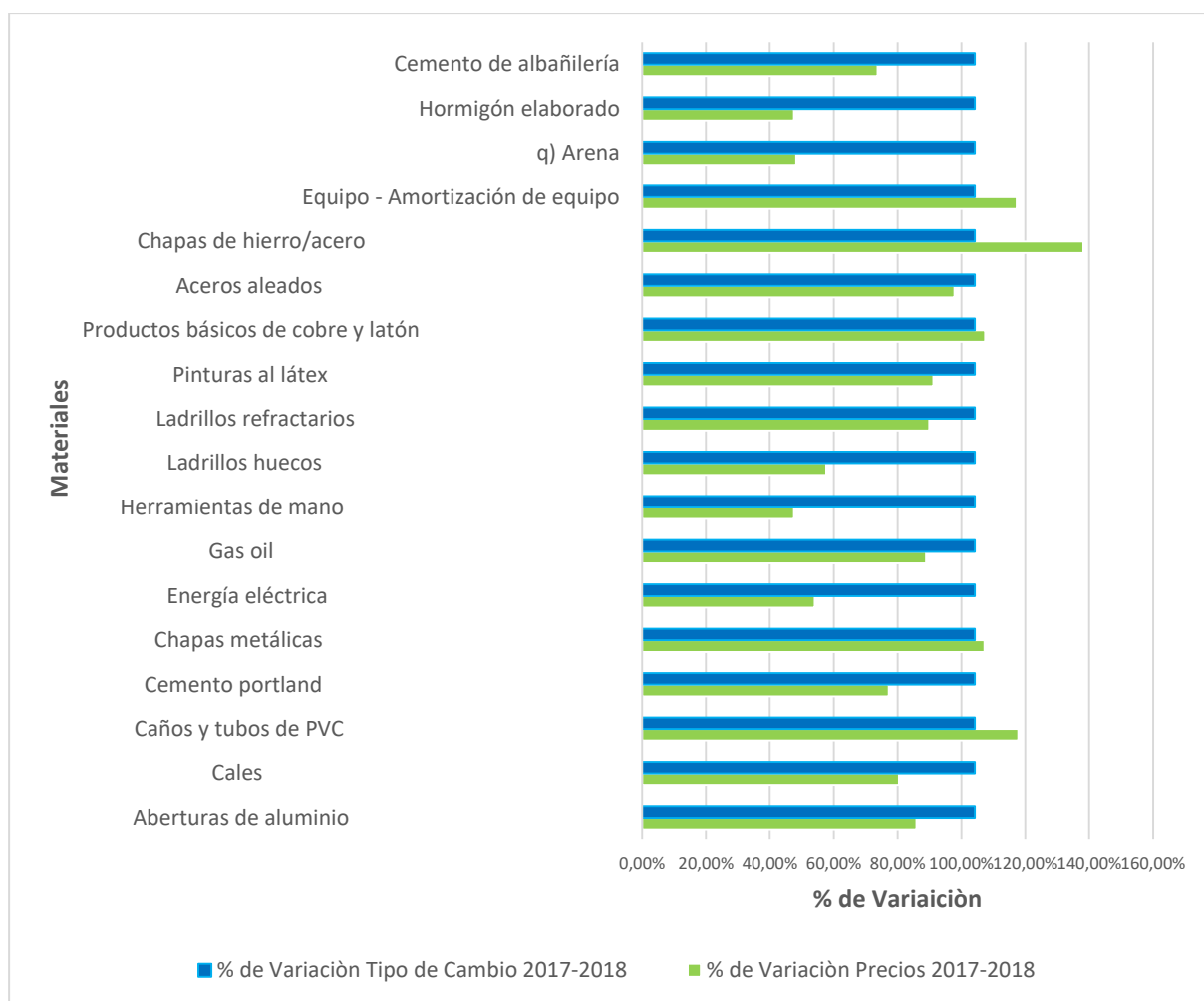
Fuente: Elaboración Propia en base a datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios (INDEC I. N., 2020) y el Banco Nación Argentina. (B.N.A, 2020)

Figura N°2 Comparación de la Variación interanual Año 2016-2017 de los Precios de materiales representativos de la construcción y el Tipo de Cambio.



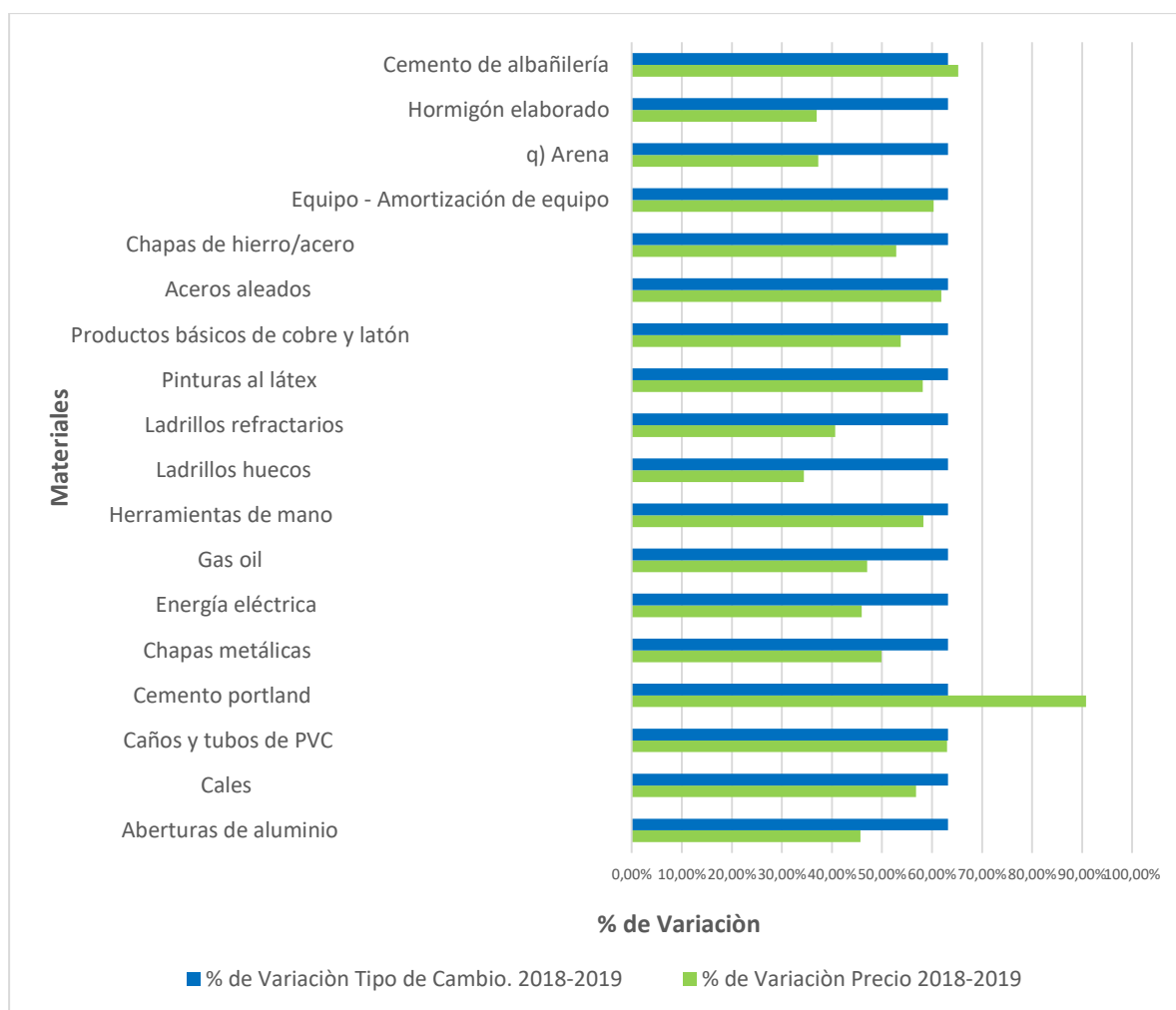
Fuente: Elaboración Propia en base a datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020) y el Banco .Nación .Argentina (B.N.A, 2020)

Figura N°3 Comparación de la Variación interanual Año 2017-2018 de los Precios de materiales representativos de la construcción y el Tipo de Cambio.



Fuente: Elaboración Propia en base a datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020) y el Banco .Nación .Argentina (B.N.A, 2020).

Figura N°4 Comparación de la Variación interanual Año 2018-2019 de los Precios de materiales representativos de la construcción y el Tipo de Cambio.



Fuente: Elaboración Propia en base a datos del INDEC, Dirección Nacional de Estadísticas y Precios de la Producción y el Comercio. Dirección de Estadísticas del Sector Terciario y Precios. (INDEC I. N., 2020) y el Banco Nación .Argentina (B.N.A, 2020).

A modo de cierre de este capítulo, se puede afirmar que ante el desequilibrio contractual en la obra pública al final del periodo analizado, se pueden establecer diferentes caminos jurídicos como la imprevisión, rescisión o renegociación contractual dependiendo la conveniencia de cada instituto, en cada contrato en particular.

Por último, en esta instancia del trabajo, resulta razonable plantear cuales son las modificaciones que se debe realizar al Régimen de Redeterminación actual para volver a orientarlo a los principios de equidad y justicia conmutativa de forma de poder mantener en equilibrio los contratos en ejecución y los nuevos contratos que se realicen. Este interrogante va a ser analizado en el capítulo siguiente.

5.3.3.5 Hechos posteriores al periodo bajo análisis. El impacto del coronavirus en Sector de la Construcción.

Como hecho posterior al periodo bajo análisis, es importante indicar que la crisis del sector de construcción se agudizó con la Pandemia Mundial del coronavirus declarada por la Organización Mundial de la Salud, el 11 de marzo del 2020.

Como consecuencia del aislamiento social preventivo y obligatorio establecido por el gobierno nacional mediante Decreto 297/2020 con el fin de proteger la salud pública, a partir del 20 de marzo del 2020 y prorrogado en sucesivas oportunidades, se produjo un impacto en el sector de la construcción ya muchos trabajadores no pudieron asistir a trabajar, los corralones de materiales estuvieron cerrados por un tiempo y las obras paralizadas.

Si bien, la obra pública es una actividad exceptuada de la cuarentena, salvo tareas vinculadas a obras de salud o energía, el resto sufrió un fuerte impacto dada la emergencia sanitaria.

En ese sentido, según Barra "no se puede cuestionar la invocación de la emergencia en los momentos en los que realmente se da, puesto que sería absurdo intentar la política y la administración en épocas de absoluta excepcionalidad, con normas previstas para la normalidad" (Ley de Emergencia. Principio y Contingencia , 2020, pág. 53)

Sin embargo, según indica Crivelli antes de declararse esta última emergencia por el COVID-19 de alcance global:

Muchos de los contratos públicos en general, y el de obra pública en particular, se encontraban paralizados, suspendidos (neutralizados) o sencillamente rescindidos a veces en forma fáctica, de hecho, por la imposibilidad de ejecutarlos según las previsiones tenidas en mira por las partes al tiempo de contratar y por los severos y crónicos atrasos en los pagos que acumulaban (en especial, en materia de certificados de redeterminación de precios). Con este escenario los elementos esenciales del contrato sencillamente se desquiciaban, imposibilitando su continuidad si no se renegociaban. (2020, pág. 141)

Es de destacar que en este contexto y ante los grandes desequilibrios contractuales provocados por los efectos inéditos de la Pandemia, por su intensidad y duración, varios van a ser los arreglos legales invocados por los contratistas de obra pública para restablecer el equilibrio contractual. No obstante, se destacan el caso fortuito y la fuerza mayor, la imprevisión, la imposibilidad de cumplimiento material, entre los más relevantes.

Por otra parte, en su mayoría, como consecuencia de la crisis y la gran cantidad de obras paralizadas, seguramente se va a gestionar la renegociación de muchos contratos públicos para evitar su rescisión.

En ese sentido, Salerno afirma que el trastrocamiento de la ecuación económica originaria se produce:

Cuando las nuevas circunstancias difieren notablemente a las tenidas en cuenta al celebrar el contrato. Ello puede derivar de una guerra, un alzamiento revolucionario, una calamidad. Entonces se suscita un efecto en cadena que repercute con dureza sobre las convenciones patrimoniales. (La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario, 2002, pág. 6)

Finalmente, considerando al fenómeno de la obra pública como actividad dinamizadora de la económica, el Gobierno Nacional deberá generar políticas públicas que impliquen la intervención anti cíclica de la inversión en obra pública como una estrategia de reactivación económica.

5.3.4 Conclusiones del apartado.

El sistema de redeterminación de precios es un sistema automático de revisión de precios. Sin embargo, en algunas circunstancias extraordinarias el sistema bien aplicado produce grandes distorsiones respecto a la realidad del mercado.

El instituto de imprevisión es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias y transitorias, que alteren y deterioren la ecuación económica financiera del contrato, en perjuicio del contratante, este pueda requerir una compensación económica al Estado para poder seguir cumpliendo con el contrato.

La renegociación es un procedimiento en el cual se revisa todos los elementos esenciales del contrato es decir el objeto, tiempo y precio. En un reajuste global del contrato original por efecto de circunstancias significativas, extraordinarias, excepcionales, sobrevinientes e imprevistas.

En efecto, si existiera una inadaptación del sistema previsto a la realidad económica por alteraciones bruscas, extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes de la economía de gran magnitud, se hace necesario aplicar remedios jurídicos para volverlo al equilibrio. Como son la compensación vía teoría de la imprevisión o recomposición integral, en caso de crisis contractual extrema. En ambos casos, considerando el criterio de sacrificio compartido.

Es necesario determinar para cada obra pública en particular si la agudización del proceso inflacionario y la gran devaluación sufrida en el periodo sujeto a estudio se conformaron como acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, conforme el carácter profesional del contratista de obra pública.

Asimismo, el contratista debe probar sobre base objetiva y cierta, un daño financiero significativo, por efecto de esa excesiva onerosidad sobreviniente.

El contratista tiene derecho a la remuneración establecida por contrato, con la certidumbre de cierta ganancia. En efecto, conforme a criterios de buena fe y seguridad jurídica, la administración no debería reducir esa remuneración pactada.

Es necesario volver a destacar que la ejecución del contrato de obra pública acrecentará el bien común por la incorporación de la obra al mismo, no solo desde el punto de vista del valor económico del trabajo construido sino desde una finalidad social, de salud, educación o defensa, entre otros, que la obra contribuye a lograr.

Cuando no se mantiene la equivalencia de prestaciones desde su origen hasta su finalización, se pone en riesgo su ejecución eficaz, es decir existe peligro que se disminuya el ritmo de la obra o que las mismas queden paralizadas.

Por otra parte, si el mecanismo previsto de revisión de contratos de obra pública, en nuestro país el Régimen de Redeterminación de Precios, fuera inadecuado para cumplir la función que por su naturaleza tiene, tal régimen debe ser revisado, para no convertirse en instrumento de destrucción de aquello que se proponía garantiza, el equilibrio económico financiero contractual.

Para la permanencia de la ecuación económico-financiera es necesaria una garantía verdadera, real, sustancial y no una garantía ficticia, simulada, nominal de equilibrio económico financiero. Es decir, lo que tiene que ser asegurado y cuidado no es lo dispuesto en el régimen de redeterminación, sino el equilibrio económico-financiero que el mecanismo tiene que resguardar.

De esta forma, si se comprobara que hubiera desequilibrio entre ambos, el que debería prevalecer, es el equilibrio económico y no el régimen vigente, ya que éste es un instrumento pensado para asegurarlo y no para modificarlo o distorsionarlo.

En consecuencia en el capítulo siguiente, se intentará sistematizar propuestas de mejoras al instituto actual de revisión de precios.

5.4 Propuestas de Mejoras al Régimen Actual de Redeterminación de Precios.

El sistema de redeterminación de precios es el instrumento previsto legalmente en la actualidad, para mantener el equilibrio contractual de la obra pública.

En principio, la mayoría de la doctrina administrativa coincide en la finalidad instrumental de los sistemas estabilizadoras de precios. Es decir, el mantenimiento del equilibrio económico originario para lograr la debida ejecución y cumplimiento del contrato.

Sin embargo, se destacan dos perspectivas bien diferenciadas respecto a dicha finalidad instrumental. Por un lado desde el punto de vista del comitente, la administración, se sostiene que el sistema de redeterminación de precios es solo una herramienta matemática para mitigar el impacto de la inflación para cada contrato específico, es decir como un auxiliar del contrato y no tiene por objetivo llevar el contrato al valor de mercado. Por otro lado desde una visión empresarial, se observa al sistema de redeterminación, como un instrumento que pretende mantener el valor real, es decir el valor imperante del mercado del contrato de obra pública.

Entonces por un lado, desde la administración comitente, se afirma que el sistema de redeterminación es “la única herramienta legal que permite proteger la ecuación económico-financiera del contrato, pero debe verse como eso, como una herramienta del contrato que ayuda a mitigar el impacto de la inflación en el costo de la obra” (A, 2020, pág. 5).

A partir de esta perspectiva práctica, se puede sostener que el sistema de redeterminación es solo una herramienta matemática, un modelo económico y no es una herramienta legal, que pueda resolver un problema del contrato en crisis.

Es un mecanismo acordado por las partes al inicio del contrato, un modelo de funcionamiento referido a los costos de la obra prevista para mitigar el impacto de la inflación. No es presupuesto real, no maneja la ganancia real de la empresa, es una herramienta paralela. (Entrevista Tesis- Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016, 2020, pág. 5)

En efecto, desde esta óptica, es un modelo ideal el valor del contrato readecuado, ya que si lo vuelvo a licitar me pueden ofrecer mucho más o mucho menos por ese contrato. “No hay que llevar el contrato a valores de mercado, es una contradicción matemática pretender que un modelo se ajuste a la realidad del mercado” (A, 2020, pág. 5).

Cuando se firma un contrato de obra, si bien se parte de una oferta real, la evolución de esos precios se aleja, en el modelo de redeterminación, a la realidad de mercado. En otras palabras,

“en la mayoría de los casos los precios readeterminados del contrato, se divergen o tienen muy poco de ver con los precios del mercado” (A, 2020, pág. 5).

Es un caso claro de lo mencionado en el párrafo anterior, la distorsión en los contratos que se generan por los anticipos financieros o acopios. Por ejemplo, si existen dos contratos idénticos, a uno se le otorga un 30% de anticipo y el otro no se prevé nada, al cabo de un año, si se analizan los precios de uno y de otro contrato, los precios serán muy diferentes. El punto es que el anticipo financiero fijo precio y en efecto sobre esa parte del precio no se aplican los incrementos. Por esa causa, un ladrillo a precio redeterminado del contrato con anticipo vale mucho menos que un ladrillo a precio redeterminado del contrato que no tuvo anticipo.

Otro hecho similar, sucede con la estructura de precios presentada por los contratistas cuando hay una revolución tecnológica, por ejemplo sale al mercado una máquina que hace el trabajo 10 veces más rápido, pero el contratista calculó su costo con una que los hace más lentamente. Al adquirir la máquina nueva, le cambió la productividad al contratista, se vuelve más eficiente y en consecuencia se le va incrementar el margen de ganancia. En este caso el valor de mercado de la tarea, sería menor al valor de la tarea redeterminada dada la productividad ganada por la innovación tecnológica.

En esa misma línea, Gowland señala:

Los sistemas de ajuste son un instrumento que solo tienen por finalidad el mantenimiento de un valor a lo largo del tiempo, y que el mismo no se vea reducido frente al aumento general de los precios en la economía que tiene lugar por la inflación. (Los Servicios Públicos: La Renegociación de los Contratos , 2004, pág. 562)

Por otro lado, desde el punto de vista empresario, el sistema de revisión de precios debería tener como objetivo mantener el contrato al valor de mercado. Crivelli establece que el sistema de variaciones de precios:

Es un instrumento contractual que pretende mantener el valor real del precio nominal del contrato. Si el sistema no cumple su objetivo, debe ser corregido o sustituido justamente para respetar el acuerdo de voluntades obligatorio que en el contrato se refiere a dos valores económicos equivalentes, el precio y la obra. (Crivelli J. C., 2004, pág. 113)

Por lo tanto, podría suceder que el sistema de redeterminación deje de representar la real evolución de los precios de los insumos del mercado. Según Crivelli, “en este caso debido a su carácter instrumental del sistema, este deberá ser corregido con el objeto de cumplir su fin

previsto, es decir mantener intangibles los valores intercambiados y el equilibrio obligacional originario” (El ajuste de precios de la locación de obra , 2004, pág. 113).

En ese sentido Cassagne afirma “si la aplicación de la cláusula de reajuste no cumple su función estará radicalmente desvirtuada, violada en su esencia, pues no habrá tenido el amparo para el cual está concebida y estipulada, y tendrá que ser modificada para atender el fin perseguido” (Las Clausulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos., 2012, pág. 5).

Por esta razón, es indispensable la adopción de un mecanismo de revisión de precios coherente con la real elevación de ellos y armónico con el efectivo alcance que tengan sobre el contrato, lo que indica, evidentemente, “un mecanismo de estimación que retrate, en forma real -y no ficticia- la variación ocurrida, sin la cual no se producirá la restauración del equilibrio inicialmente encarado por las partes y cuyo resguardo no puede ser desdeñado” (Cassagne J. C., 2012, pág. 5).

Ventajas de un buen sistema estabilizador de precios contractual

Para lograr la mayor transparencia posible en las contrataciones que formulan los contratistas y evitar que los riesgos contractuales se trasladen a las propuestas, se debe transmitir la seguridad del mantenimiento de la ecuación económica financiera.

En ese sentido, Guglielminetti e Ibarzabal coinciden en que el instrumento estabilizador de precios debe transmitir certidumbre y reglas claras para lograr una debida ejecución del contrato.

Guglielminetti afirma que para asegurar el debido cumplimiento del contrato:

En un contexto económico como el de los últimos años, resulta necesario que tanto en el diseño como en la faz de aplicación de estos instrumentos se den claras señales en el sentido de resguardar el equilibrio del sinalagma contractual a lo largo de la vida del contrato, esto es, generar un grado de predictibilidad tal que permita que los contratos de obra pública se adjudiquen y concluyan a precios que no necesiten incorporar el riesgo inflacionario entre sus costos, porque la incertidumbre, indiscutiblemente, tiene costo fiscal. (El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016, 2016, pág. 8).

En pocas palabras, según Ibarzabal “se requieren reglas claras que no sorprendan a las partes contratantes y atenten contra el fin esencial del contrato, que es ejecutar correctamente el

contrato para satisfacer el interés público” (El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada, 2017, pág. 10).

Por lo tanto, de todo lo expuesto, se desprende la necesidad de modificación del sistema estabilizador del precio en caso de no cumplir su fin instrumental de origen. La regla para la modificación del sistema, es la equidad, lo cual implica que cada una de las partes de y reciba lo mismo a que se comprometió en el contrato original.

Por último, es importante resaltar que con un buen sistema de revisión de precio logra que la Administración: (a) pueda conseguir mejores precios, (b) cumplir con la realización del objeto del contrato y (c) promover la competencia entre los proveedores.

5.4.1 Diagnóstico de la situación actual respecto a la aplicación del Régimen de Redeterminación de Precios vigente.

Como ya se enunció en el capítulo 5.1, el régimen actual de redeterminación de precios implicó mejores condiciones respecto a su antecesor. A saber, las mejoras estuvieron en el alcance total y disminución del umbral de revisión que estableció el nuevo régimen. Como así también implicó un progreso al permitir que para cada licitación se pueda armar la estructura de ponderación de insumos principales acorde a la misma⁷⁵.

Sin embargo hubo dimensiones que quedaron sin resolverse y otras dimensiones cuyo desarrollo quedó condicionado al ejercicio de facultades discrecionales de la Administración como por ejemplo diseño de la estructura de ponderación de insumos principales o estructura de costos y las fuentes de información de precios seleccionados por comitente para dicha estructura, la modificación del porcentaje de la cláusula gatillo, la valoración de la oportunidad de realizar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, entre las más relevantes.

Es necesario, previo a establecer las propuestas de mejoras, definir los principales problemas prácticos y debilidades para la implementación del Régimen de Redeterminación Actual, vistos desde la percepción los contratistas y desde óptica las Comisiones de Redeterminación de precios.

⁷⁵ Esto último resultó de mayor representatividad de la obra a la realidad, antes debían limitarse a las tipificaciones que establecía la Tabla I del Dto. 1295/02. Ver apartado 5.1.1

5.4.1.1 Problemas Prácticos desde el punto de vista de los contratistas.

De las entrevistas realizadas⁷⁶ surge que los principales problemas prácticos desde la percepción del contratista son:

1-La gestión de la redeterminación de precios no resulta ágil ya que tiene muchos pasos administrativos y no se establece plazo de resolución de los trámites ni de pago para las re determinaciones de precios aprobadas. Esto es un gran problema para los contratistas, debido a que la variación de precios en general en Argentina es muy alta.

“El decreto 691 mantiene el trámite de redeterminacion donde la variación de precios debe pasar por infinidad de pasos administrativos y además no tiene plazo de pago” (Crivelli J. , 2020, pág. 4)

En ese sentido afirman “Con las altas de tasas de inflación e interés sino te pagan a tiempo, la perdida de capital es enorme” (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 5).

Desde la Cámara Argentina de la Construcción (CAMARCO) afirman que:

El principal Problema del Decreto 691 es que no existe plazo para resolver la redeterminación de precios, en primer lugar sale tarde la aprobación de las redeterminaciones ya que no existe plazo de vencimiento para reclamarla y luego se pagan aun más tarde. (Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 6)

Por otro lado desde la CAMARCO agregan “que no cuentan con ningún medio para hacer un seguimiento de dicho trámite, ni tampoco está establecido un tiempo requerido para el mismo (Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 2).

2-Gran cantidad y excesiva demora en trámites de las redeterminaciones definitivas. “El tiempo de tramitación de un expediente de redeterminación sumado a su liquidación efectiva redonda Asimismo, ocurre un tardío reconocimiento de las diferencias entre la Redeterminación Definitiva y las Adecuaciones Provisorias. Desde la CAMARCO expresan:

No se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 del anexo i del decreto 691/2016 por el cual establece el reconocimiento (al valor de la última redeterminación definitiva aprobada) de las diferencias entre la redeterminación definitiva y las adecuaciones provisorias de precios. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 2)

⁷⁶ Las entrevistas fueron realizadas a contratistas de obra pública y a miembros la Cámara Argentina de la Construcción.(CAMARCO)

3-Desequilibrio financiero causado por falta de instrumentos financieros que financien las obras a tasas convenientes y la falta de discriminación del costo financiero en los análisis de precios. En contextos de alta inflación y fuerte devaluación, los costos financieros aumentan exponencialmente, no pudiendo esto ser previsto ni cubierto con la redeterminación de precios. Esto sucede porque los costos financieros, en la mayoría de las obras forman parte de los gastos indirectos representado en los análisis de precios, en su mayoría en un porcentaje fijo de los costos directos.

El régimen actual no tiene en cuenta el costo financiero de ninguna forma explícita y los gastos generales están mal representados en el coeficiente resumen de los análisis de precios. Esto no es un problema grave cuando la variación de los precios es baja y relativamente estable y la tramitación de las redeterminaciones de precios es ágil, pero si un problema grave ante la inflación alta. (Entrevista Tesis-Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016, 2020, pág. 2)

4-Frecuente falta de disponibilidad de crédito y cuota presupuestaria por parte del comitente.

La distorsión mencionada en el punto anterior combinada con la frecuente indisponibilidad de créditos y cuota presupuestaria para que los entes contratantes hagan frente a sus compromisos de pago, hace que las obras se extiendan más allá de su plazo técnico previsto.

A la creciente irrepresentatividad de los precios al momento de certificar, se suma así la acumulación de gastos improductivos que no son reconocidos a las empresas contratistas, con lo que la conducta de estas empresas al cotizar los precios de las obras en los procesos licitatorios consiste en aumentar los precios por sobre los de plaza para cubrirse a futuro del deterioro de la remuneración durante el desarrollo de la obra. (B, 2020, pág. 2)

En la mayoría de los casos, ante las grandes crisis económicas causadas por la fuerte recesión y déficit fiscal, el Estado deja de destinar fondos para muchas de las obras públicas en ejecución.

Por otro lado, por diferentes razones, en su mayoría políticas, en la Argentina las necesidades públicas a lo largo de los años van cambiando. En efecto, también ocurre, que algunas grandes obras públicas en ejecución dejan de ser prioridad para el gobierno de turno, en consecuencia se producirá un impacto en la asignación presupuestaria para las mismas.

Desde la Cámara Argentina de Construcción afirman que “lo que más te paraliza es la falta de pago a término. Lo que provoca la disminución como la reactivación tiene que ver con la reactivación de los plazos de pago” (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 7).

5-Inconvenientes con los Índices de INDEC por su demora en la publicación y por qué no logran reflejar, en algunos casos, la real evolución del mercado.

Según Crivelli los Índices generales de INDEC “solo miden tendencias de la economía en los distintos rubros de la actividad pero no miden la incidencia de las modalidades comerciales y por ello para nada representan la evolución real de los precios del mercado de insumos de construcción” (Crivelli J. C., 2004, pág. 109) .

Las bonificaciones especiales, cambios en las condiciones de comercialización, alteraciones del costo financiero por anticipar o postergar pagos, diferencias por flete, cantidad o modalidad de entrega. “Todas estas modalidades del mercado permiten alterar el costo de un insumo sin modificar el precio nominal.” (Crivelli J. C., 2004, pág. 109).

En ese mismo sentido Crivelli sostiene “para estas obras no se relevan los precios para llenar los monomios sino se relevan los índices del INDEC. Los índices estadísticos no están hechos para corregir contratos” (Entrevista para Tesis, 2020, pág. 4).

Algunos ejemplos que pueden señalarse que dan cuenta de la poca representatividad de algunos de los indicadores, son el índice de transporte, el de productos asfálticos y el índice de gasoil según lo mencionado desde la CAMARCO.

El índice del transporte considera el boleto del colectivo en su medición porque no es un índice para corregir un contrato sino es un índice para que la economía sepa cuanto es más o menos la variación del costo del transporte (pero que incluye el transporte liviano, pesado de granos, etc.), Por otro lado el índice productos asfálticos, no sirve para medir el asfalto, porque con asfalto se hacen varios aerosoles, insecticidas por eso no es representativo. (Crivelli J. , 2020, pág. 4)

Respecto al Índice del Gasoil hubo una distorsión frente a los valores reales en el mercado el año pasado, año 2019.

Como empresa contratista de vialidad nosotros compramos gasoil mayorista, no gasoil minorista (el que te den en la estación de servicio), es un poquitito más barato. A mediados del año pasado, entre las elecciones primarias y las elecciones presidenciales, el gobierno congeló el precio minorista, es decir el mayorista siguió aumentando. Pero el punto es que el relevamiento que hace el INDEC es de gasoil minorista no mayorista, para ellos el índice seguía estando estancando y nosotros seguíamos pagando cada vez más caro. Cuando lees la metodología de relevamiento es gasoil minorista, precio surtidor del automóvil club argentino en determinadas estaciones de servicio del país. Cuestiones de este tipo siempre hay, y los organismos no reaccionan o reaccionan tarde. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 5)

Por otro lado, hay índices del INDEC que no logran reflejar la aceleración de precios de los productos importados o el impacto de la devaluación sobre determinados materiales como es el caso de algunos aceros y el alquiler de ciertos equipos como las grúas sofisticadas, entre otros.

6-Necesidad de contar con una instancia de resolución de conflictos especializada, rápida, ágil y eficiente, a costos económicos ante los números, sucesivos y constantes requerimientos y controversias con los que se enfrentan los contratos de Obra pública .

Dado la gran complejidad técnica, los contratos de obra son prolongados en el tiempo y por ende expuesto a un sinfín de controversias. Dicha situación resulta incompatible con los tribunales judiciales ordinarios que no cuentan con grupos interdisciplinarios especializados en la temática.

Por otro lado, no existe la celeridad del proceso que se requiere ante la trascendencia de los asuntos ya que primero hay que recorrer dos instancias ordinarias, más el paso a la vía excepcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, en la justicia ordinaria se requiere pagar tasa de justicia, costos judiciales y demás honorarios.

En muchos casos, los desacuerdos en la interpretación de conflictos y complejos problemas terminan llevando a la paralización de la obra o rescisión del contrato. Si la obra se paraliza ante un conflicto se produce un perjuicio económico grande, que son los gastos improductivos y uno social no contar con la obra terminada en el plazo estipulado, un daño para la comunidad y el patrimonio público

Según Crivelli no contar con un tribunal arbitral es grave porque:

La jurisdicción contenciosa administrativo común no sirve para dirimir estos conflictos, es muy lento, mínimo 10 años de forma que le da un poder absoluto a los funcionarios y es de nuevo una oportunidad para la corrupción. El contratista sabe que ante la falta de arreglo con la jurisdicción, tiene por delante 15 años de discusión. Por eso, hay que volver a los tribunales arbitrales como tienen en todo el mundo y además aunque haya buena fe un tribunal común tiene cero especialización para todo esto. (2020, pág. 6)

7-Los gatillos, umbral de revisión, para iniciar el proceso de revisión de `precios. Las cláusulas Gatillos son la estipulación legal que dispone que las variaciones de precios son reconocidos a partir de cierto umbral cuantitativa .Es decir, mientras que la variación de referencia no alcance ese porcentual, estos deben ser absorbidos por el contratista.

Según Crivelli “cuando se establecen términos fijos, gatillos, algunas personas piensan que las obras te salen más baratas. Sin embargo, esa expectativa de riesgo “te lo agregan en el precio, el contratista conoce el decreto desde antes de ofertar e incorpora esa expectativa” (Entrevista para Tesis, 2020, pág. 3)

Esos sistemas son muy malos porque el contratista en su oferta, tratan de estimar cuanto es la incidencia de esas cosas, lo estiman con la inflación del año anterior, por ejemplo. Entonces gana el que estimo de menos, no gana el que estimo mejor la ingeniería de la obra, sino de repente dijo que el termina fijo va influir menos porque la inflación este año va a ser menor. Entrás a darle aleatoriedad al contrato que no le conviene a nadie ni al contratista ni al comitente. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 3)

Asimismo, puede dar lugar a otra práctica especulativa por parte del contratista, como maniobras para ubicar temporalmente, según la forma que más le convenga la certificación física de la obra, para que dicha certificación le incluya más incrementos de precios al ser certificado después del nuevo gatillo.

Desde la CAMARCO manifiestan que:

Cuando las variaciones de precios son tan aceleradas, el umbral del 5% que limita al proceso de redeterminación acaba demorando la actualización de precios y esta demora también daña la ecuación económica financiera. En otras palabras, el deterioro de los precios de obra se acelera hasta tanto no se produzca el nuevo salto. (Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 3)

8- Crivelli agrega como una práctica errónea “la imposición legal de renuncias sobre gastos improductivos, daños y perjuicios y costos financieros, totalmente desvinculadas de las variaciones de costos” (2004, pág. 84).

Según el art 11° del decreto 691/2016 “Se renuncia a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos y gastos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza resultantes del proceso de redeterminación al suscribir el acta de redeterminación” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 1)

9-Falta de representatividad del sistema de Redeterminación de precios. Los contratistas consideran que todas las distorsiones mencionadas en los puntos anteriores dan lugar a la falta de representatividad del sistema de redeterminación en general, respecto a la real evolución del mercado.

En efecto, la falta de representatividad del sistema de redeterminación genera irrepresentatividad de los precios al momento de certificar. Desde la CAMARCO afirman:

Entre los atrasos en resolución del trámite, se le suma que hay algunos índices que no reflejan bien lo que pasa con los precios en el mercado. Asimismo, al retraso otorgado por el gatillo, se le agrega el retraso en la publicación de los índices, todo eso hace que no sea representativo porque te terminan reconociendo precios tarde y en definitiva no terminan siendo los precios que uno está pagando. Por eso no es representativo porque se termina desviando de tu presupuesto, de tus gastos. (Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 2)

Ymaz afirma que según lo que comentan las empresas contratistas el sistema de redeterminación, “en la actualidad no sería representativo por los altos índices de inflación, el llamado gatillo del 5% para que se deban reconocer las adecuaciones provisorias, o las redeterminaciones, y las demoras en el trámite para aprobar las adecuaciones y redeterminaciones que licúan su valor” (Entrevista para tesis - Regimen de Redeterminación decreto 691/2016, 2020, pág. 2)

En este sentido, según Crivelli, el sistema de redeterminación actual:

No solo es injusto, lo más importante es la ineficiencia que produce porque las obras se paran por falta de plata, y el contratista comienza a hacer reclamaciones y los funcionarios deben tramitarlas llenas de complejidades. Y en las licitaciones ponen la expectativa de riesgo, es decir ponen lo que les parece, no existe cálculo posible. Todo ineficiencia y encima terminas pagando lo mismo por las reclamaciones. Además de la corrupción que puede dar lugar poder decir que sí o no las reclamaciones, todo un sistema discrecional. (Entrevista para Tesis, 2020, pág. 5)

A modo de reflexión, respecto al decreto actual desde la Cámara Argentina de la Construcción afirman que:

El actual sistema de Redeterminaciones fue pensado para una situación macroeconómica diferente a la actual, con un índice de inflación anual de 1 dígito donde se produjeran 1 o 2 redeterminaciones al año. Lo cierto es que las condiciones actuales de escalada de precios provocan que el sistema dispare la redeterminación en forma mucho más frecuente a la pensada. Cuando a esto le sumamos, la demora de las reparticiones públicas en hacer las redeterminaciones, aparece el problema de que el sistema se ralentiza y el deterioro de los precios de obra se profundiza. Por eso también se dice falta de representatividad a esto, un sistema que estaba para representar otra realidad. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 8)

5.4.1.2 Problemas Prácticos desde el punto de vista de las Comisiones de Redeterminación.

Según indican los miembros de las distintas comisiones de redeterminación, “a esta altura del funcionamiento de la Comisión y del tiempo de vigencia del Dto. 691/16, los cálculos suelen venir en la mayoría de los casos de manera correcta” (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 4). No obstante, los problemas prácticos más destacados son:

1-El principal problema en la práctica, a suele ser el respaldo de documentación que permite la verificación y trazabilidad de los cálculos presentados por el contratista. A modo de ejemplo:

Muchas obras suelen ir adaptando los cronogramas de trabajo, ampliando plazos contractuales, aprobando redeterminaciones y/o adecuaciones provisorias, presentando las ampliaciones de garantías, etc. Y resulta difícil contar con toda la documentación al momento del primer análisis técnico que realiza el equipo. Nos encontramos con que muchas veces tenemos que requerir documentación soporte adicional o notas aclaratorias para corroborar la aplicación correcta del procedimiento. (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 2)

Además, del lado del comitente, muchas veces, por la dinámica propia de la obra, no logran tener en tiempo real de la misma, la aprobación de la documentación que valida los cambios dentro de la obra y que, se requieren para aprobar las redeterminaciones/adecuaciones, como por ejemplo es el caso de los adicionales y las prórrogas de plazo.

2-El tiempo que demoran los comitentes o contratistas a través de los comitentes, en resolver y/o corregir las observaciones que efectúa el equipo técnico que asiste a la Comisión de Redeterminación.

En muchos casos esto se debe a “la falta de conocimiento en la materia de redeterminaciones por parte de las personas avocadas a la tarea, principalmente por parte de los contratistas” (Equipo Técnico- Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 2)

3-Otro punto importante son los plazos administrativos establecidos por el régimen, tanto sea para la administración o el contratista.

Desde el punto de vista de las comisiones de redeterminación, existen contradicciones en el articulado del decreto 691/2016.

Los Arts. 21° y 22° del Anexo generan confusión. El 21° dice que la solicitud de Adecuación Provisoria (A.P) la debe petitionar el contratista (ante el comitente) hasta 30 días corridos antes de la finalización de la ejecución de la obra; ahora, cuando lees el 22° mezcla ese procedimiento con el procedimiento total

que lleva la aprobación de la A.P. El 21° solo habla de la presentación ante el comitente pero el 22° te dice que ese precitado procedimiento, el del Art 21 no puede exceder 30 días hábiles para todo el trámite. La redacción es confusa, además de ser disparatado que todo el procedimiento se cumpla en ese plazo. (Equipo Técnico- Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 4)

Si bien las Comisiones sacan los trámites en poco tiempo, el decreto no fija plazos ni para verificación de la documentación y elaboración del informe técnico; ni para que firmen los miembros de la comisión, y tampoco para que el organismo que corresponda firme al acto administrativo aprobatorio. Por lo general, “solo el comitente demora muchas veces más de 30 día en elevar a la comisión la solicitud del contratista” (Equipo Técnico- Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 3).

4-Inconvenientes con los Índices de INDEC por su demora en la de publicación y por qué en algunos casos, no logran reflejar la realidad. En general, se toman los informados por el INDEC, y el decreto establece que deben ser los primeros provisorios⁷⁷.

Más allá de que para obtener los primeros provisorios de un mes en análisis, la publicación del INDEC se genera a fines del mes siguiente (ejemplo: los índices de mayo 2020 se verán en la publicación de fines de junio 2020), muchas veces los primeros provisorios no reflejan la totalidad de la variación que sufrió ese mes. (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 4)

Otro punto respecto a los índices y los tiempos administrativos se dan en relación a la discontinuidad de ciertos índices que implica aprobar nuevos precios de referencia para el análisis de precios por parte del comitente ante esta discontinuidad estadística.

Por lo tanto, “si el INDEC deja de relevar un índice que se había tomado como precio de referencia, tienen que presentar una alternativa de reemplazo y el comitente tienen que volver a aprobar los nuevos análisis de precios con los cambios” (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 4).

5- Dificultades de tramitar las redeterminaciones ante casos muy particulares de las obras “como por ejemplo: anticipos no pagados antes del inicio de obra o pagados en cuotas y con redeterminaciones en el medio que modifican las fórmulas finales a aplicar sobre los precios unitarios a redetermina” (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 2).

⁷⁷ Son los primeros correspondientes a la primera publicación inmediata siguiente al cierre del mes de análisis.

6- Dificultades a nivel práctico en la transición decreto N° 1295/2002 al decreto N° 691/2016. Un punto que suele generar conflictos es el tema de los adicionales de obras, debido al cambio de criterio entre N°1295/02 y N°691/16.

En el primero, se establece que los adicionales y modificaciones de obra se consolidan a precio de oferta de la obra base, mientras que el segundo establece que se hará a precios de la última redeterminación aprobada si la hubiese y le serán de aplicación las adecuaciones provisorias aprobadas hasta el momento sobre la obra base.

En ese sentido desde las Comisiones afirman:

Esto genera que para cuando nos llega el pedido de intervención de la Comisión sobre redeterminaciones de adicionales, claramente los contratos ya están firmados y muchas veces no se tuvo en cuenta esta diferencia de criterios al consolidarlos. Nos suele pasar sobre todo en contratos de obra pública que iniciaron bajo el régimen de 1295/02 y en el transcurso de ejecución de la obra solicitaron adhesión al 691/16. (Entrevista para tesis a Comisiones de Redeterminación., 2020, pág. 2)

5.4.1.3 Debilidades y Problemas Prácticos del régimen actual desde el punto de vista de expertos en obra pública.

Desde la óptica de los expertos en la temática de obra pública y redeterminación de precios se pueden realizar las siguientes críticas al régimen actual:

1-En principio, el punto más criticable al decreto actual, desde su perspectiva, es el plazo hasta el efectivo cobro del precio redeterminado.

2-Por un lado, los expertos consideran que es anacrónico que el sistema de redeterminación de precios de la obra pública no se haya automatizado⁷⁸.

Tal como está implementado, el régimen actual constituye un sobre costo de la obra pública que no favorece a nadie. Implica un costo para el contratista que necesariamente debe recurrir a desviar recursos propios (que en otras circunstancias podrían estar al servicio de la eficacia o eficiencia de su contrato), o a subcontratistas para que les hagan las presentaciones, y por su parte el Estado también tiene que disponer de estructuras con numerosos agentes para aprobar las presentaciones de los contratistas. Y todo para realizar cálculos matemáticos básicos, donde el único esfuerzo está en utilizar una cantidad muy

⁷⁸ En la actualidad se encuentra en implementación el sistema Contratar, ver apartado 5.4.3 Sistema Contratar,

importante de índices que salen publicados periódicamente para actualizar precios de insumos, combinados de muchas maneras en numerosos y variados ítems que constituyen los presupuestos de las obras. (Entrevista Tesis- Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016, 2020, pág. 2)

3-Los expertos afirman que los principales problemas prácticos surgen de:

La falta de conocimiento de la norma, de errores en la recolección y aplicación de los índices, y del mal manejo del contrato de obra pública, sobre todo ante los balances de economías y demasías modificaciones de cantidades de la obra, así como de los adicionales de obra que deben entenderse como modificaciones del contrato. (A, 2020, pág. 2)

4-Asimismo, los expertos sostienen que la redacción del régimen no es clara y leído sin jurisprudencia, ni marco histórico de aplicación, puede llevar a malinterpretaciones, o al mal manejo del contrato. “Las Comisiones tienen facultades para expedirse en esas circunstancias, y los departamentos legales de los organismos estatales deben expedirse al respecto” (A, 2020, pág. 3).

Finalmente, considerando el diagnóstico y los principales problemas prácticos relevados sobre el régimen actual, resulta razonable en esta instancia, plantear propuestas de mejora al Régimen de Redeterminación vigente para volver orientarlo a los principios de equidad y justicia conmutativa, de forma de poder mantener en equilibrio contractual.

5.4.2 Propuestas de Mejoras al sistema actual de redeterminación de precios

Es importante señalar que frente a las sucesivas crisis económicas que ha sufrido el país, se constata la necesidad de minimizar los desequilibrios económicos, que frecuentemente sufren los contratos durante su ejecución, por medio de institutos estabilizadores eficaces. Se requiere un mecanismo para mantener incólume, intacta, la igualdad que las partes tuvieron en vista y recíprocamente aceptaron al momento de la firma del contrato.

Un mecanismo que permita reflejar rápida y eficazmente los aumentos de precios que se verifican efectivamente como consecuencia de la inflación o devaluación por ejemplo.

5.4.2.1 Propuestas de Mejoras considerando los principales problemas prácticos

Las Propuestas de mejora que pueden enunciarse están en consonancia de los problemas prácticos y debilidades relevadas⁷⁹ en el régimen actual:

1-Ante el problema de gestión poco ágil del proceso de redeterminación la propuesta superadora es la automatización del sistema⁸⁰.

Sin embargo, en la situación actual y no contando aun con un sistema, la mejor alternativa sería habilitar opciones que realmente permitan adecuar provisoriamente los precios de forma rápida y realizar las redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato y no al final.

La clave estaría en flexibilizar, perfeccionar y reajustar el procedimiento administrativo en las adecuaciones provisionales de precios con el fin que los contratistas pueda ir amortiguando los cambios económicos del entorno en su contrato de forma más ágil. La estrategia apuntaría a:

1.1-No exigir la aprobación mediante acto administrativo de la máxima autoridad del organismo executor para poder aplicar los factores de adecuación sobre los certificados de obra, siendo suficiente con la intervención de un sector técnico del propio comitente y el control que hace la Comisión de redeterminación. En cambio, cuando se aprueba una redeterminación definitiva el Estado se compromete por esa deuda y nuevo precio contractual, por eso debe emitirse el acto administrativo y debe haber dictamen jurídico previo.

1.2- Utilizar los índices correspondientes al primer provisorio, como ya se hace en la actualidad, pero en caso de falta de publicación o discontinuidad en algún índice específico, permitir por ejemplo utilizar el del mes anterior, o de un índice similar si de igual forma se produce el salto de gatillo. Y en efecto que los índices discontinuados, se encuentren sujetos a modificación o aprobación de un índice de reemplazo al momento de solicitud de redeterminación definitiva de precios.

1.3-Flexibilizar el momento de la presentación de la garantía de respaldo por la aprobación de la adecuación provisional. Por ejemplo desde las comisiones de redeterminación afirman:

⁷⁹ Esta sección se realizó considerando el apartado 5.4.1 Diagnóstico de la situación actual respecto a la aplicación del Régimen de Redeterminación de Precios vigente.

⁸⁰ En la actualidad se encuentra en implementación el sistema Contratar, ver apartado 5.4.3

Permitir el pago de hasta un certificado con adecuación provisoria mientras la contratista tramita la ampliación de garantía correspondiente y limitar el pago recién en el segundo certificado mensual con adecuación provisoria frenando la liberación del pago hasta conformación de la garantía. (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 3)

1.4-En relación a las redeterminaciones definitivas correspondientes a los mismos saltos de las adecuaciones provisorias, la estrategia de mejora, estaría vinculada a establecer un límite de tiempo para realizar la solicitud de la redeterminación definitivos por parte de los contratistas, y no realizarse solo al finalizar el contrato, es decir realizarlas a continuación de cada adecuación provisoria.

En otras palabras, si bien, se le daría tiempo a los organismos comitentes a emitir los actos administrativos específicos y necesarios para tal procedimiento, sería necesario establecer un plazo límite para la solicitud por parte de los contratistas de la redeterminación correspondiente a cada salto que ya tiene una adecuación provisoria aprobada.

Esto permitiría poder ir ajustando sobre la marcha, sin dejar la libertad de presentar todas las redeterminaciones al final de la obra. El fin de esto, es que el ajuste por las redeterminaciones definitivas, se logre de forma anticipada para poder absorber las diferencias que pudiesen existir, ya sea a favor de la contratista o a favor del Estado⁸¹. (Comisiones de Evaluación, 2020)

Otra razón por la cual las redeterminaciones definitivas deberían reclamarse a continuación de las provisorias es porque el Estado gobierna mediante la ley de presupuesto y al tratarse los contratos de obra pública de larga duración, si solo se realizasen adecuaciones provisorias al pasar de un presupuesto anual a otro no existiría una previsión presupuestaria ni un monto contractual actualizado . “Y el estado como comitente, no sabría si pago de más o de menos durante la ejecución contractual y si pago demás sería un perjuicio financiero.” (A, 2020, pág. 7)

⁸¹ Si el cierre de cuentas final arrojará que la redeterminación es menor a la adecuación provisoria, es necesario poder retener y compensar con certificados posteriores de forma de evitar terminar también con acciones legales sobre la contratista para las devoluciones.

Es de destacar que la Adecuación Provisoria no genera derechos ya que no se incrementan los precios definitivamente, solo es un anticipo. Es decir se aprueba un factor de readecuación para aplicarse a las certificaciones que se emitan a partir del mes del gatillo.

La Adecuación Provisoria está relacionado con la certificación y la certificación es provisoria. En Cambio la redeterminacion definitiva no. Cuando se aprueba una redeterminacion el Estado se compromete por esa deuda y nuevo precio contractual, por eso debe emitirse el acto administrativo y debe haber dictamen jurídico previo. En la Adecuación Provisoria , bastaría con la firma de la autoridad de aplicación del contrato. (A, 2020, pág. 7)

2- Otra mejora seria el tratamiento por separado del costo financiero en los análisis de precios, de forma que permita reflejar las variaciones importantes de la tasa de interés generada por la política monetaria de nuestro país.

Por lo general, en la mayoría de los contratos de obras, los gastos financieros son un factor en un coeficiente de ajuste. Cuando se redetermina, se redeterminan costos, en el proceso, se multiplica por el coeficiente de ajuste y se tiene un nuevo precio. El coeficiente de ajuste en constante para todos los ítems insumos del contrato.

3-Dada la necesidad de contar con una instancia especializada, rápida y eficiente de resolución de conflictos ante los números requerimientos y controversias de los contratos de obra pública de larga duración, se propone un nuevo Tribunal arbitral de Obras Publicas⁸² de carácter permanente. Un tribunal a bajo costo y especializado que permita la rápida resolución de conflictos de forma de evitar paralizaciones y pérdidas económicas por esa causa.

4-Es difícil establecer una propuesta de mejora seria vinculada a la frecuente falta de disponibilidad de crédito y cuota presupuestaria por parte de la administración.

Sin embargo, se puede plantear, la necesidad de que el Estado planifique de forma sensata sus objetivos y prioridades a largo plazo, de manera que la prioridad sobre determinadas obras públicas no se desdibuje con cada cambio de gobierno o interés político.

⁸² A través del decreto 1349/2001 se disolvió el Tribunal arbitral de Obras. Ver apartado 5.2.1 del presente trabajo donde se profundiza el tema

Por otro lado, sería razonable que se establezca una mesa de diálogo, ante la falta de fondos destinados a determinadas obras, entre la administración y los contratistas, de forma que se pueden redefinir los plazos y demás términos según el nuevo presupuesto asignado y evitar paralizaciones.

En ese sentido, desde la CAMARCO, afirman que “si la administración no tiene fondos en este momento, eventualmente se debe disminuir el ritmo de obra y afrontar las realidades, ya que la ley en el art 34 da la opción, en caso de tener menos plata, bajar el ritmo de obra” (2020, pág. 5).

5-En relación a problemática de los Índices de INDEC poco representativos, la propuesta de mejora se basaría en tres pilares:

5.1-En primer lugar, en caso de ser necesario, la estrategia es acudir a los precios de referencia informados por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente y no solo a índices de INDEC si lo mismos no son representativos. Esto está habilitado por el art 6° del decreto 691/2016.

Según afirma Crivelli puede ocurrir que:

No exista otro organismo oficial que releve ese precio pero si haya organismos especializados, aprobados por el comitente. Por eso se podría consultar a organismos especializados para que nos indiquen cual es el precio actual de ese ítem, por ejemplo la cámara de exportadores de aceros (Crivelli J. , 2020, pág. 7).

En ese sentido la Procuración del Tesoro Nacional, afirmó que se permite acudir a otros Índices cuando el INDEC no releve los precios de que se trate:

En lo que parecería una expresión cuando sea necesario o cuando existiera una medición parcializada de alguno de los rubros que conforman alguna variable, se autoriza acudir a otros Índices de organismos oficiales o especializados como establece la norma, bajo la interpretación de la autoridad de aplicación. (Expte, N°01-0480675/06, 2008, pág. 8)

Asimismo, se aclara que debe existir el debido fundamento técnico que con absoluta claridad, se revele la inexistencia de mediciones del Indec o que estas no resulten aplicables.

5.2-En segundo lugar, sería bueno, que las comisiones de redeterminación, releven precios y realicen un seguimiento de la evolución de los índices más típicos de las obras para evaluar distorsiones e inconsistencias y en caso de ser necesarios proponer cambios en los precios de referencia de las obras. Las comisiones podrían armar una sistematización y archivo con ese conocimiento acumulado.

Esto sería como volver a reafirmar algunas de las funciones que tenían las comisiones liquidadoras encuadradas en la vieja ley 12910. Por ejemplo que releven precios de productos importados y evalúen si los índices estadísticos del INDEC de productos importados sirven para actualizar montos contractuales, considerando su análisis metodológico y nivel de análisis, entre otros parámetros.

5.3-Por último, en casos excepcionales, se podría solicitar, como solución reglada, la aplicación complementaria de la teoría de la imprevisión⁸³. Es decir la renegociación vía teoría de la imprevisión ante grandes desequilibrios.

En relación al reclamo de inequidad de fórmula que puede realizar el contratista, la propuesta de mejora está en la interpretación del art 5° del Anexo del decreto 691/2016- factores principales de la estructura de precios. En dicho artículo se establece que “Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total” (P.E.N P. E., Decreto 691/16, 2016, pág. 1)

En consecuencia, la probada incidencia en el precio total, debe admitir una prueba en contrario. Por ejemplo si en una estructura de precios de una obra, existen materiales importados y por la suba del precio del dólar, el índice de referencia de los mismos no da como resultado la probada incidencia del ítem, se debería admitir su modificación, si se prueba su verdadera influencia.

Otra caso podría darse, cuando una determinada clase de acero estaba representada por el 1% sobre el precio total al inicio del contrato, pero ahora como consecuencia de la devaluación releva el 8% los precios y en efecto no está representada por el índice original de la estructura de costos. Entonces, si se prueba la nueva circunstancia debería poder modificarse.

⁸³ Ver apartado 5.3.2- aplicación complementaria de la teoría de la imprevisión donde se profundiza el tema.

Por otro lado, considerando lo establecido en el artículo 5° antes mencionado “si el contratista presentará tres facturas o cotizaciones de proveedores internacionales que indican que ese acero especial vale entre 8 y 10, entonces se releva el precio de ese acero entre 8 y 10 porque la incidencia está probada”. (Crivelli J. , 2020, pág. 7)

Si existe un índice o una tasa, como el costo financiero que no es representativo porque saca de contexto la ecuación económica financiera del contrato, “se puede con toda la transparencia que permita la ecuación matemática aceptar la modificación del coeficiente de ajuste. Es decir, por ejemplo, si la tasa cambio por razones de mercado, se puede aceptar como una modificación del contrato” (A, 2020, pág. 7).

En principio, como ya se remarcó en apartados anteriores, los elementos que juegan en la valoración de un precio, se acepta que pueden modificarse por determinados factores.

El espíritu del mecanismo de redeterminación si lo contempla, en la medida que se haga transparente, con la principal limitación que es el mantenimiento del principio de igualdad. Es decir la principal limitación que se tiene en la renegociación del contrato, es que la administración debe tratar con el contratista como lo hubiera hecho con cualquiera de los oferentes. (A, 2020, pág. 7)

En otras palabras, en la medida que el acto administrativo, dejé expresado de forma transparente que el reconocimiento que se está haciendo se lo hubiera hecho a cualquiera, es lícito. “En principio se analiza, propone, y luego se eleva a consideración de la SIGEN y de la Procuración del Tesoro para que ellos indiquen si se puede o no llevar adelante el procedimiento” (A, 2020, pág. 8).

En efecto, la autoridad de aplicación del contrato lo podría gestionar, es decir el representante técnico o cualquier otra área que tenga responsabilidad con el contrato puede solicitar este cambio que da lugar a la renegociación.

Es de suma importancia aclarar en esta instancia del trabajo, que en muchos casos dada la complejidad administrativa de los procesos de renegociación y aplicación de teoría de imprevisión, la mayoría de estos desequilibrios en la práctica, se tramitan como modificaciones de obra vía adenda contractual. Los comitentes consideran, en muchos casos que es más fácil gestionar estos desequilibrios económicos bajo el velo de adendas técnicas, para evitar los largos pasos administrativos e intervención de diferentes participantes, y en efecto paralizaciones de obras por esa causa hasta la resolución del trámite.

Por un lado, hacer pasar un desequilibrio económico bajo el formato de una adenda técnica, es un grave riesgo para el contrato ya que no se le da el encuadre legal que corresponde y no pasa por el tamiz de los controles correspondientes.

Por otra parte, cuando se analiza el costo de la obra, puede llegar a dar la imagen que terminó saliendo mucho más que el correspondiente ya que no se trató cada concepto bajo el encuadre legal correspondiente. Finalmente, estos manejos desprolijos de los contratos de obra pública, puede dar lugar a hechos de corrupción ante el tratamiento discrecional de los funcionarios involucrados.

6-Otra mejora, sería la capacitación para la administración comitente y contratistas en materia de obra pública en general y redeterminaciones de precios en particular, con un enfoque práctico.

Esto permitiría que las solicitudes redeterminación lleguen con toda la documentación de respaldo necesaria y con menos errores. Como así también, podría mejorar el manejo de los contratos de Obra pública y evitar errores en la interpretación de la normativa.

7- Finalmente, podría resultar relevante ante contextos de crisis económica, la creación de una Comisión de Seguimiento y de Asesoramiento a las distintas jurisdicciones contratantes, para intervenir en la ejecución de estos contratos, ya sea renegociando los existentes o acompañando la ejecución mientras dure la emergencia.

Esta Comisión, debería depender de la jurisdicción del Ministerio de Obras Públicas, e integrarse con representantes gremiales del sector empresario y trabajador, cámara de proveedores de insumos básicos, entre otros.

En los dos apartados siguientes se expondrán dos posturas contrapuestas en relación a las mejoras a realizar en Régimen de Redeterminación vigente. Por un lado la visión del contratista que propone un cambio radical, volver a las formulas polinómicas sacando el umbral de revisión actual. Y por el otro, la visión de la administración que considera que el sistema de redeterminación por análisis de precios vigente, es la mejor opción posible, apuntando solo a mejoras en la implementación del régimen actual y a la automatización del proceso.

5.4.2.2 Propuestas de Mejoras desde la CAMARCO

Desde el punto de vista empresario, las mejoras al régimen actual serían:

1.- “El pago en término tanto del certificado a precios originales, como el correspondiente a las redeterminaciones”. (B, 2020, pág. 3)

2- Desde la CAMARCO, afirman “que hay una medida que puede ser implementada de inmediato y sin necesidad de reforma alguna del decreto actual, y esto es llevando el umbral del 5% al 0%, según lo establecido por el Art 3° del decreto 691/2016” (CAMARCO, 2020, pág. 3)

Por otro lado, en un sentido más profundo y a mediano plazo, la Cámara Argentina de la Construcción tiene una propuesta clara de nuevo sistema de redeterminación de precios, que implica resumidamente:

- Fórmula polinómica única, de rápido cálculo y verificación, que se determina para cada obra en particular. Un sistema parecido a lo que se usa actualmente en obras financiadas por organismos multilaterales de crédito como el Banco Mundial, BID, etc.

- No hay gatillo o umbral, se hace una redeterminación mensual, independientemente de la magnitud de la variación.

- Se hacen directamente Redeterminaciones Definitivas, sin pasar por la etapa de adecuaciones provisorias.

- No hay congelamiento del 10%, se redetermina el 100% de la obra faltante.

- La redeterminación la hace la Inspección de Obra, la autoridad de aplicación del contrato y no requiere aprobación de la máxima autoridad del organismo comitente.

- El vencimiento del plazo de pago de cualquier certificado de redeterminación es el mismo del certificado básico que le da origen, fijando inequívocamente el derecho a los intereses correspondientes. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 2)

Asimismo desde dicha cámara, informan que:

Si se quiere materializar dicho cambio de régimen tiene que pasar por un nuevo decreto por eso es a mediano plazo esta propuesta. Por otro lado informan que tuvieron contacto con área administrativa del

Ministerio de obras Públicas pero aún no saben si hay voluntad o decisión política de hacer el cambio. (CAMARCO, Entrevistas de Tesis, 2020, pág. 7)

5.4.2.3 Propuestas de Mejoras desde la Administración

Desde el punto de vista de administración comitente, directivos del Ministerio de Obra Pública y miembros de las Comisiones de Redeterminación, afirman que el sistema definido por el Decreto N°691/2016, resulta ser:

El mejor mecanismo de mitigación del impacto de la inflación al precio fijado en el contrato, en cuanto a que se ajusta al contrato específico. Esto si lo comparamos, por ejemplo, con el uso de polinómicas como las introducidas por los bancos internacionales que financian obras públicas, las cuales obedece a la experiencia para un determinado tipo de obras. (A, 2020, pág. 3)

Desde esta perspectiva, el sistema tiene en cuenta la mayoría de los factores significativos que intervienen en el presupuesto y en la generación del precio del contrato.

Por otro lado, desde las Comisiones de Redeterminación suponen que en condiciones normales:

De hacer todo en tiempo y forma, y de haber realizado un correcto análisis de precios de oferta, elección de índices o precios de referencia acorde a los insumos y componentes de la obra, el procedimiento de redeterminación de precios que establece el decreto absorbe los cambios económicos del entorno. (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 6)

Durante las crisis económicas por proceso inflacionario o de mercado⁸⁴ fuera de toda imprevisión, los términos originales del contrato colapsan. El sistema de redeterminación de precios no puede resolver un problema del contrato en crisis, solo se limita a ser una herramienta matemática prevista por las partes en el acuerdo original, para mitigar los efectos negativos de la inflación, en situaciones normales.

En consecuencia, desde esta óptica y considerando que el punto más criticable es el plazo hasta el efectivo cobro del precio redeterminado, “la mejora sería la implementación de un sistema automatizado que reduciría drásticamente los plazos” (A, 2020, pág. 3).

En el próximo apartado, se analizará la implementación del sistema Contratar, el sistema electrónico de gestión de las contrataciones del Estado Nacional. No obstante, es relevante

⁸⁴ Se vuelve a hacer la aclaración que la agudización por la crisis económica causada por la Pandemia Mundial no está sujeto bajo análisis en este trabajo. Ver apartado 5.3.3.5 del presente trabajo.

aclarar que la fecha de finalizar este trabajo⁸⁵ el sistema Contratar no se encontraba implementado para el proceso de redeterminaciones de precios, es decir no se había tramitado ningún proceso bajo este sistema electrónico y en consecuencia no se conoce el alcance total del mismo.

5.4.3 Sistema Contratar.

El portal de Contrataciones de la República Argentina (CONTRAT.AR) es el sistema electrónico de gestión de las contrataciones del Estado Nacional.

El CONTRAT.AR tiene por objetivo mejorar la accesibilidad, transparencia y eficiencia de los procesos de contratación y ejecución de las contrataciones de obra pública y concesiones de obra pública.

El CONTRAT.AR “es una herramienta de apoyo en la gestión de contrataciones de obra pública, la cual permite la participación de los contratantes, los constructores y la comunidad”. (Contratar, 2020, pág. 1)

Con el decreto N° 1136/2016 se aprobó la implementación del Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, CONTRAT.AR como “medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de contratación y seguimiento de la ejecución de los mencionados contratos del Sector Público Nacional, de conformidad con la normativa legal vigente en la materia”. (P.E.N P. E., Decreto 1136/2016, 2016, pág. 3)

Luego del decreto 1336/2016, se dictaron varias resoluciones⁸⁶ que marcaron la implementación obligatoria del sistema por etapas para las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

Mediante el dictado del Decreto N° 1169/2018 se centralizó en la Oficina Nacional de Contrataciones, como órgano rector para la administración y la paulatina implementación del sistema CONTRAT.AR.

⁸⁵ La fecha de finalización fue Agosto de 2020

⁸⁶ Se emitieron las siguientes resoluciones que marcaron el cronograma de implementación: Resoluciones N° 9 del 6 de enero de 2017, N° 198 de fecha 19 de abril de 2017, N° 314 y N° 315 de fecha 27 de junio de 2017 y N° 115 del 11 de Diciembre del 2018. (Modernización M. d., Resolución 198-E/2017-Sistema CONTRAT.AR. Obligatoriedad., 2017) (Modernización M. d., Resolución 314-E/2017, 2017) (Modernización M. d., Resolución 9E/2017-Cronograma CONTRAT.AR. Obligatoriedad., 2017) (Modernización M. d., Resolución 315-E/2017, 2017)

La justificación de este nuevo sistema se encuentra en el fortalecimiento de las contrataciones y ejecución de obras públicas y en atenuar “el riesgo de que haya una mala administración, sobrecostos y corrupción que tanto han azotado a la República Argentina, obstaculizando, con ello, su desarrollo económico”. (P.E.N P. E., 2018, pág. 2)

5.4.3.1 Beneficios del Sistema Contratar para el proceso de Redeterminación de Precios

La implementación del sistema contratar para las redeterminaciones importaría la automatización del proceso de redeterminación de precios, con las ventajas en la eficiencia del proceso que eso conllevaría.

Algunos de los beneficios que pueden mencionarse son facilitar la búsqueda y chequeo de índices o precios de referencia del INDEC , calcular la Variación Neta de Referencia mes a mes y permitir que automáticamente se genere la solicitud de adecuación o redeterminación de precios, todo lo cual redundaría en una disminución de tiempos del proceso.

En el caso que las redeterminaciones de precios se tramiten mediante este sistema, las comisiones de redeterminación deberían realizar un control del programa ya que no existe un programa infalible, colocando la lupa sobre todo, en las modificaciones del contrato, adicionales y economías, que deben ser bien reflejadas en el proceso. Por otro lado, deberían generar una base de datos con la experiencia adquirida , determinando que índice se coordina mejor con cada insumo y realizar un seguimiento del progreso de los índices respecto a la evolución mercado.

5.4.3.2 Críticas al Sistema Contratar para el proceso de Redeterminación de Precios

Desde las comisiones de Redeterminación de Precios y algunos expertos en la temática, consideran que el sistema Contratar, tal como está diseñado no aportaría mejoras en los procesos de redeterminación de precios. Las principales críticas que pueden mencionarse son:

En primer lugar, el sistema no tiene en cuenta todos los requerimientos para llevar adelante el trámite de redeterminación de precios ya que “está pensado para una obra ideal y en efecto tal como está planteado no permite incorporar todas las particularidades que conocemos por los

casos de análisis que ingresan a los equipos técnicos que tramitan las redeterminaciones”. (Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 3)

En otras palabras, por ejemplo las modificaciones del contrato, por demasías o economías, pueden darle complejidad al tratamiento de las redeterminaciones bajo un sistema automatizado, pensado para una obra ideal.

En segundo lugar, no se trabajó en conjunto a los equipos técnicos de redeterminación de precios que desarrollan estas tareas a diario. En consecuencia, existen inconsistencias en el sistema que generen que aún no está lista la automatización del proceso de redeterminación, por ende se debería seguir trabajando en el mismo. En efecto, es necesario realizar la consulta en la revisión del sistema a los sujetos que llevan a cabo y auditan los procedimientos de redeterminación de precios.

Si bien, puede facilitar el cálculo de la Variación Neta de Referencia y los factores de adecuación provisoria, todavía no logra cumplir bien el proceso para la aplicación sobre el cómputo y presupuesto o bien las redeterminaciones por análisis de precios.

Por otra parte, es muy importante remarcar que es muy compleja la auditoria sobre el proceso que deben realizar las comisiones ya que el sistema si bien permite bajar planillas en formato Excel, son valores sin fórmulas. En consecuencia la trazabilidad de los cálculos es muy difícil de realizar, y su implementación en este estado generaría un doble trabajo: el realizado por el sistema contratar y por el otro el gestionado por las comisiones al armar una planilla Excel con los cálculos linkeados.

En tercer lugar, no contempla los distintos regímenes de redeterminación de precios vigentes, dado que el Decreto N° 691/2016 no es el único aplicable en la actualidad.

El sistema solo está pensado para tramitar redeterminaciones de precios bajo el régimen 691/16, sin embargo los equipos técnicos de las comisiones de redeterminación siguen recibiendo redeterminaciones por el decreto anterior N° 1295/02.

Asimismo, existen otros procesos específicos para llevar adelante las redeterminación de precios como “por ejemplo para obras de transporte eléctrico en alta tensión (Dto. 634/03) o el proceso de redeterminacion que realiza el área de vivienda” (Equipo Técnico- Comisiones de Evaluación, 2020, pág. 2).

5.4.4 Conclusiones del apartado.

Es indiscutible el carácter instrumental del sistema de redeterminación, por ende sino cumple su objetivo, de mantener la ecuación económica originaria, surge la necesidad inmediata de su modificación.

El perjuicio de un mal sistema de redeterminación es para todos, por eso la exigencia de mejorarlo sino cumple su función originaria. Sin embargo, la peor parte se la lleva la sociedad porque si se terminan paralizando las obras ante un desequilibrio económico, no se logra satisfacer esa necesidad pública que se planificó para mejorar la calidad de vida en la comunidad en su conjunto.

Un régimen que garantice el mantenimiento del equilibrio económico-financiero permitirá que los contratos públicos se ejecuten satisfactoriamente respetando principios constitucionales sobre los que reposa el actuar administrativo.

Previo a realizar las propuestas de mejoras, fue necesario realizar un diagnóstico como medio para relevar los principales problemas prácticos del régimen actual, desde la perspectiva de contratista y la administración comitente.

Las propuestas de mejora se realizaron teniendo en cuenta las debilidades detectadas. Hay propuestas que implican perfeccionar la gestión del proceso actual, como la, flexibilización de las adecuaciones provisionales, automatización del sistema de redeterminación y el pago a término de las mismas y otras propuestas más de diseño ya que implican necesariamente un nuevo encuadre legal y la automatización del proceso

Finalmente, es importante resaltar que en un contexto de fuerte crisis económica, ningún régimen de redeterminación, lograría, en principio, mantener el equilibrio económico financiero inicial intacto. Sin embargo, hay mejoras que pueden ayudar a que el sistema sea más adecuado en cualquier contexto. Ese fue el objetivo de este apartado

6. Conclusiones/ Reflexiones Finales

Es fundamental resaltar la necesidad que tiene el Estado de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de Obra Pública con el fin de preservar la continuidad de las obras. La obra pública es relevante para el desarrollo del país ya que el sector de la construcción contribuye a crear empleo y a incrementar el nivel de actividad económica con su correlativo impacto en el Producto Bruto Interno nacional.

El principio del equilibrio económico financiero de los contratos administrativos encuentra su razón de ser en la necesidad de continuidad de la obra pública y en efecto su realización

eficiente. A su vez se justifica, en los principios constitucionales del deber general que tiene el Estado, la obligación de mantener la igualdad entre las cargas públicas, la garantía de patrimonio de los particulares y en la conmutatividad del contrato administrativo.

Se destaca la exigencia de preservación del equilibrio económico financiero del contrato de Obra Pública ya que detrás el mismo está el interés público, ósea es el interés general el que impulsa su cumplimiento. Se debe asegurar siempre la equidad y la justicia para revisar los costos de los Contratos de Obra Pública.

En tal sentido, nuestro sistema jurídico ordena y establece institutos que tienden a la tutela de ese equilibrio, como son la redeterminación de precios, la teoría de la imprevisión y la renegociación contractual, entre los más destacados.

Síntesis de los Hallazgos

A lo largo del trabajo se fueron desarrollando los objetivos planteados en el principio de la investigación.

En el primer apartado del desarrollo, se analizó, por un lado el instituto actual de Redeterminación de Precios- Decreto N°691-2016, sus conceptos principales y las características del proceso. Y por el otro lado, se determinó las similitudes y diferencias respecto al anterior régimen, Decreto N° 1295- 2002, con el objetivo de poder establecer que cuestiones se intentaron corregir con la reglamentación actual y que asuntos aun quedaron sin solucionar. La importancia de conocer el Régimen actual radica en poder definir mejoras que lo conviertan en un sistema eficiente y eficaz para cumplir el objetivo instrumental de su existencia, o sea, restablecer el equilibrio contractual.

En el segundo apartado del desarrollo, se describió los antecedentes normativos de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de Obra Pública. De lo expuesto en el capítulo, se advierte que de no reconocer variación alguna antes de la sanción de la Ley N°12910, se fue avanzando tanto legislativa como reglamentariamente, de forma de reconocer todos los elementos integrantes del costo de la obra.

En otras palabras, se fue ampliando el ámbito de aplicación subjetiva y material, como así también se fue achicando el umbral de revisión con el correr de los distintos ordenamientos.

Asimismo, del recorrido histórico, se desprende que cada nuevo ciclo de normativa sobre variaciones de precios fue una respuesta a fuertes crisis económicas, como como el Rodrigazó, la hiperinflación de 1989 y 1990 y la debacle financiera del 2001. entre otras. Estas crisis

generaron distorsiones significativas y grandes desequilibrios en los contratos de obra pública ocasionando la paralización o disminución del ritmo de las obras en curso.

En la actualidad, la única manera que existe en el derecho argentino de actualizar los precios de los contratos de Obra Pública, es por medio del sistema de redeterminación, también llamado de análisis de precios ya que no infringe las prohibiciones de los art 7° y 10° de la ley de convertibilidad mantenidas hasta la vigencia de la ley 25.561.

En el tercer apartado, se estudió el mecanismo excepcional que sirve para la recomposición del equilibrio contractual de la obra pública, la Teoría de la Imprevisión, como así también se abordó la renegociación integral de los contratos de obra pública en crisis.

Como se afirmó y ratificó en el recorrido del trabajo, el sistema de redeterminación es un sistema automático de revisión de precios. Sin embargo, en algunas circunstancias extraordinarias, el sistema bien aplicado produce grandes distorsiones respecto a la realidad del mercado.

Si existiera una inadaptación del sistema previsto a la realidad económica por alteraciones bruscas, extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes de la economía de gran magnitud, se hace necesario aplicar remedios jurídicos para volverlo al equilibrio como pueden ser la compensación vía teoría de la imprevisión o la recomposición integral, en caso de crisis contractual extrema. En ambos casos considerando el criterio de sacrificio compartido entre contratista y comitente.

Es imprescindible determinar para cada obra pública en particular, si la agudización del proceso inflacionario y la gran devaluación sufrida en el periodo bajo estudio, Diciembre 2015 a Diciembre 2019, se conformaron como acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, conforme el carácter profesional del contratista de obra pública. En todos los casos, el contratista debe probar sobre base objetiva un daño financiero significativo por efecto de esa excesiva onerosidad sobreviniente.

Finalmente, en el apartado número cuatro del desarrollo, se realizó un diagnóstico sobre los principales problemas prácticos y debilidades del sistema vigente de redeterminación de precios, teniendo en cuenta la perspectiva del contratista, el comitente y las comisiones de redeterminación de precios. El objetivo del relevamiento del régimen vigente fue establecer propuestas de mejora. Las recomendaciones se sistematizaron teniendo en cuenta las debilidades detectadas a lo largo del trabajo y los problemas prácticos diagnosticados.

En las propuestas planteadas hay mejoras que por un lado implican perfeccionar la gestión del proceso actual, como la flexibilización de las adecuaciones provisorias, automatización del sistema de redeterminación y el pago a término de las mismas. Y por otro lado, otras propuestas más de diseño ya que implican necesariamente un nuevo encuadre legal y la automatización del proceso.

Es indiscutible el carácter instrumental del sistema de redeterminación, por ende sino cumple su objetivo, de mantener la ecuación económica originaria, surge la necesidad inmediata de su modificación.

Un régimen que garantice el mantenimiento del equilibrio económico-financiero permitirá que los contratos públicos se ejecuten satisfactoriamente respetando principios constitucionales sobre los que reposa el actuar administrativo. Es decir, lo que tiene que ser asegurado y cuidado no es lo dispuesto en el régimen de redeterminación, sino el equilibrio económico-financiero que el mecanismo tiene que resguardar.

Es sustancial resaltar que en un contexto de fuerte crisis económica, ningún régimen de redeterminación, lograría, en principio, mantener el equilibrio económico financiero inicial intacto. Sin embargo, hay mejoras que pueden ayudar a que el sistema sea más adecuado en contextos normales.

Análisis de la Hipótesis planteada:

En esta instancia final del trabajo, es necesario realizar una revisión y un nuevo análisis de la hipótesis general planteada en el apartado 2.3. “En contextos económicos complejos, de alta inflación y fuerte devaluación el instituto de redeterminación de precios no permite restablecer el equilibrio económico financiero en los contratos de Obra Pública” (Seguin, 2020, pág. 9)

En el término del periodo bajo análisis, diciembre de 2019, la crisis en la económica en general y en la Obra Pública en particular, fue indudable. En ese sentido, y considerando el estudio realizado a lo largo de los diferentes capítulos, resulta importante destacar que durante una crisis económica ningún régimen de redeterminación de precios logra mantener el equilibrio económico financiero contractual inicial, sino solo consigue, en alguna medida, mitigar los efectos de la inflación y obtener que el desequilibrio no sea tan grande.

El sistema de redeterminación de precios es solo una herramienta para mitigar el impacto de la inflación para cada contrato específico, y solamente eso. Es solo un auxiliar del contrato. Se debe pensar que en una crisis hasta los índices estadísticos desaparecen o se desdibujan.

Ante las crisis económicas por proceso inflacionario o de mercado⁸⁷ fuera de toda imprevisión, los términos originales colapsan. En estos casos extremos, la ley tampoco es aplicable porque responde a condiciones de normalidad. Esto es una singularidad, por eso necesita ser tratada de una forma especial ya que no fue previsto en los términos originales del contrato.

En otras palabras, el sistema de redeterminación de precios no puede resolver un problema del contrato en crisis, solo se limita a ser una herramienta matemática prevista por las partes en el acuerdo original, para mitigar los efectos negativos de la inflación en situaciones normales.

En efecto, en este contexto de crisis económica, se daría lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión o renegociación contractual conforme al marco legal vigente y considerando el criterio de sacrificio compartido. Dicha utilización sería una solución para los contratos de Obra Pública en problemas de forma de permitir la conservación y continuidad de los mismos.

Como la necesidad que subyace a la administración es la de mantener la continuidad de la Obra Pública, la adecuación del contrato es siempre el mejor camino.

Renegociar los contratos de obra pública en crisis evitaría gastos y pérdidas para ambas partes, comitente y contratista. Rescindir un contrato y generar uno nuevo, con otra contraparte genera muchas pérdidas económicas ya que implica la extensión de los plazos de obra, una compleja medición de la obra que debe volver a contratarse y una difícil división de responsabilidad contractual entre el contratista viejo y nuevo.

Por eso es más conveniente adecuar el contrato original para que quién ejecuta el contrato puede sobreponerse a la crisis económica de la mejor manera y no entre en quiebra, mientras que el comitente logra el bien público comprometido, objeto de la contratación, en beneficio del interés de la comunidad.

En este momento, tampoco parece realista pensar que una crisis económica puede ser mitigada por una simple corrección del régimen actual. Sin embargo, es fundamental establecer mejoras al régimen vigente que permitan un funcionamiento más eficiente y eficaz en contextos normales.

Por último, como se refirió en la sección 5.3.3.5 -Hechos posteriores al periodo bajo análisis, el impacto de la Pandemia Mundial del coronavirus en el Sector de la Construcción declarada

⁸⁷ Se vuelve a hacer la aclaración que la agudización por la crisis económica causada por la Pandemia Mundial no está sujeto bajo análisis en este trabajo. Ver apartado 5.3.3.5 del presente trabajo.

por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo del 2020, va conllevar efectos inéditos por su intensidad y duración, sobre los contratos de Obra Pública.

Dando cuenta de las consecuencias negativas de esta Pandemia, podría ser atinado abrir nuevos interrogantes: ¿Cuáles van a ser los arreglos legales invocados por los contratistas de obra pública para restablecer el equilibrio contractual? ¿Es necesario la declaración de una nueva Ley de Emergencia con pautas y criterios claros para llevar adelante la renegociación de los contratos de Obra Pública? Finalmente, considerando al fenómeno de la obra pública como actividad dinamizadora de la económica ¿El Gobierno Nacional debería generar políticas públicas que impliquen la intervención anti cíclica por la inversión en obra pública?

A modo de reflexión final, se puede considerar que esta investigación realiza un pequeño aporte, en general a la práctica profesional de la gestión y administración de los contratos de Obra Pública y en particular en el proceso de revisión de precios de los mencionados contratos.

7. Referencias bibliográficas

- A, E. e. (22 de 05 de 2020). Entrevista Tesis- Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016. (M.F.Seguín, Entrevistador)
- Abatti, E. L. (04 de 04 de 2020). *Coleccion Abacacia*. Obtenido de <https://www.sites.google.com/site/coleccionabacacia/home/articulos/la-imprevision-contractual>
- Aberastury, P. (2013). La redeterminación de precios en el contrato administrativo. En J. C. Cassagne, *Tratado General de Contratos Públicos- Tomo III(versión Digital)* (págs. 1-30). Buenos Aires: La Ley.
- Alterini, J. H. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético- Tomo V Art 957 a 1122* (Vol. 5). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters; La Ley.
- Ariño Ortiz, G. c. (1969). Síntesis bibliográfica: Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. *DA-1969, núm. 127*. Madrid, Argentina: Instituto de Estudios Administrativos.
- B, E. e. (19 de 05 de 2020). Entrevista Tesis- Reg de Redeterminación de Precios. Decreto 691/2016. (M.F.Seguín, Entrevistador)
- B.N.A, B. d. (10 de 04 de 2020). *Banco de la Nación Argentina*. Obtenido de <https://www.bna.com.ar/Personas>

- Balbin, C. F. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo V(Versión Electrónica)*. Buenos Aires : La Ley S.A.E.
- Baños Dávila, Elena vs. Ibarrola de Parma, María del Pilar s. Ejecución hipotecaria., RC J 155/0 (CNCiv. Sala G 18 de 09 de 2002).
- Barra, R. (1976). La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública. *Revista de Derecho Público, (19/20), Págs. 323-335, 323 -335. doi:10.5354/0719-5249.2014.35305*
- Barra, R. (1984). *Contrato de Obra Publica*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalama S.R.L.
- Barra, R. (25 de 11 de 2011). Redeterminación de precios en los contratos de Obra Pública y Concesión de Obra Pública. *Ediciones Especiales- Cuestiones de Contratos Administrativos, 347, 547-552.*
- Barra, R. C. (2 de 11 de 2012). La ecuación económica financiera contractual en los contratos de concesión. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Publica, 371-375.*
- Barra, R. C. (2020). Ley de Emergencia. Principio y Contingencia . En R. C. Barra, *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas* (págs. 40-66). Buenos Aires : Ediciones RAP.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoria General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- Bezzi, O. M. (1982). *El Contrato de obra Publica* . Buenos Aires : Abeledo Perrot.
- Blanchard, O. e. (2012). *Macroeconomia*. Madrid: Pearson Education.
- Blanquer Criado, D. (2013). *Los Contratos del Sector Público*. Valencia,España: Tirant Lo Blanc -Esfera.
- Bonina, N. (2007). Los Gastos Improductivos en la Obra Publica. *RAP, 31-51.*
- Botassi, C. (2004). Contratos Publicos y Emergencia Estatal. *Revista Juridica Argentina La Ley, 39-53.*
- Brewer-Carias, A. R. (1980). *Algunas consideraciones sobre las clausulas de variación de precios en los contratos administrativos*. Caracas: Boletin Academico de Ciencias Politicas y Sociales.
- Buteler, A. (2016). Contratos Administrativos . En A. Buteler, *Derecho Administrativo* . Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica, Causa C. 1048.XXII, R. O. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 24 de 09 de 1996).
- Camadira, J. R. (1996). Algunos Aspectos de la teoeria del acto admisnitrativo. J.A.1996-IV-750. *Abeledo Perrot N 003/OO1180*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- CAMARCO, A. (01 de 06 de 2020). Entrevistas de Tesis. (M.F.Seguin., Entrevistador)
- Cassagne, J. C. (1989). El equilibrio economico financiero del contrato administrativo. *Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires.*
- Cassagne, J. C. (2005). *El contrato Administrativo* . Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

- Cassagne, J. C. (2012). *Las Clausulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cima S.A. vs. Municipalidad de Bahía Blanca s. Demanda contencioso administrativa., B 48688; RC J 4638/10 (SCJ, Buenos Aires 24 de 04 de 1987).
- Cinplast v. Empresa Nac. de Telecomunicaciones., Nº941086 (C.S.J.N 1993).
- CN Sapag S.A.C.F.I.I.E. y M. c/ Dirección Provincial de Vialidad s/ acción procesal administrativa, C 3615 XXXVIII (Corte Suprema de Justicia de la Nación 02 de 11 de 2004).
- Comisiones de Evaluación, C. y.-I. (20 de 05 de 2020). Entrevista para tesis a Comisiones de Redeterminación. (M.F.Seguin, Entrevistador)
- Congreso de la Nacion Argentina. (27 de 04 de 1972). Ley 19549. *Ley de Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires, Argentina.
- Congreso Nacional. (29 de 09 de 1947). Ley 13094- Ley de Obra Publica. Buuenos Aires, Argentina: Congreso de la Nación.
- Congreso Nacional. (18 de 08 de 1989). Ley N°23696- Reforma de Estado. Buenos Aires, Argentina: Congreso Nacional.
- Congreso Nacional. (11 de 11 de 2000). Ley N°25344- Emergencia Economica y Financiera. Buenos Aires, Argentina: Congreso Nacional.
- Congreso Nacional. (06 de 01 de 2002). Ley N° 25561. *Ley de Emergencia Publica y Reforma del Regimen Cambiario*. Buenos Aires, Argentina.
- Congreso Nacional. (07 de 10 de 2014). Codigo Civil y Comercial. *Codigo Civil y Comercial- Ley 26994*. Buenos Aires, Argentina.
- Congreso Nacional. (21 de 12 de 2019). Ley N°27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva. Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Congreso, N. (02 de 01 de 1947). Ley 12910-Obras Publicas. *Ley 12910-Obras Publicas*. Buenos Aires, Argentina: Congreso Nacional.
- Congreso, N. (06 de 07 de 1960). Ley 15285. *Variaciones de costos. Liquidaciones. Amortizaciones de Equipos y Gastos indirectos y generales. Inclusión. Autorización. Régimen*. Buenos Aires, Argentina.
- Congreso, N. (27 de 03 de 1991). Ley N° 23928 de Convertibilidad del Austral. *Ley N° 23928 de Convertibilidad del Austral*. Buenos Aires, Argentina.
- Construcciones Río Paraná S.R.L. vs. Provincia de Santa Fe s. Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, RC J 1506/06 (CSJ, Santa Fe 29 de 12 de 2004).
- Contratar. (01 de 04 de 2020). *Contratar. Portal Electronico de las Contrataciones de Obra Publica*. Obtenido de <https://contratar.gob.ar/ComprasElectronicas.aspx>

- Cornet, M. (2002). *La aplicación de la teoría de la Imprevisión y la Emergencia Económica*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.
- Coviello, P. J. (1993). El caso de Tecnobra: Un fallo con interesantes planteos. *Revista Jurídica Argentina- La Ley*, 486-500.
- Crivelli, J. (29 de 05 de 2020). Entrevista para Tesis. (M.F.Seguin, Entrevistador)
- Crivelli, J. C. (1987). La teoría de la Imprevisión y las Variaciones de Costos en la Locación de Obra Pública. *Regimén de la Administración Pública*, 1-7.
- Crivelli, J. C. (2004). *El ajuste de precios de la locación de obra*. Buenos Aires : Àbaco de Rodolfo Depalma.
- Crivelli, J. C. (2020). LA EMERGENCIA ECONÓMICA Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS.A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA COVID-19. En D. D.-M. Plaza, *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas* (págs. 138-147). Buenos Aires : Ediciones RAP.
- Delco S.A. vs. Municipalidad de La Plata s. Demanda contencioso administrativa;, B 49717; RC J 8062/10 (SCJ, Buenos Aires 28 de 11 de 1989).
- Delistovich, Armando vs. Transporte del Oeste s. Ejecutivo /// 30/06/2003;, RC J 12023/10 (CNCom. Sala B; 30 de 06 de 2003).
- Diez, M. M. (1986). Los Mayores Costos en las Obras Públicas. *Revista Argentina de Derecho Administrativo.*, 2.
- Dromi, R. (2017). *Licitación Pública*. Ciudad de Buenos Aires: Hispania Libros.
- Druetta, R. T. (2013). El Contrato de Obra Pública. En J. C. Cassagne, *Tratado General de los Contratos Públicos- Tomo III- Versión Digital* (págs. 1-64). Buenos Aires: La Ley.
- Druetta, R. T. (2013). *Ley 13064 de Obras Públicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dulcamara SA. v. ENTel. s/ cobro de pesos., 313:379 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 29 de 03 de 1990).
- Empresa P.B.P. S.A. y Coimbra S.R.L. vs. Municipalidad de Vicente López s. Demanda contencioso administrativa, RC J 84/06 (SCJ, Buenos Aire 21 de 05 de 2003).
- Equipo Técnico- Comisiones de Evaluación, C. y.-I. (27 de 05 de 2020). Entrevista para Tesis a equipo técnico de C.E,CyS,P.R. (M.F.Seguin., Entrevistador)
- Establecimientos Mirón S.A. vs. EPEC s. Contencioso administrativo de plena jurisdicción , RC J 575/06 (TSJ, Córdoba 20 de 12 de 2000).
- Fassio, A. y. (2015). *Apuntes para desarrollar una investigación en el campo de la administración y el análisis organizacional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2016). La alteración sobreviniente de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. *Persona y Derecho*, 291-318.

- García-Trevijano Garnica, E. (1988). Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obra. *Civitas- Revista española de Derecho Administrativo*, 553-568. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=283>
- Gelabert, Rubén Aldo vs. Municipalidad de Villa Regina s. Contencioso administrativo, 26482/2013; RC J 16020/13 (STJ, Río Negro 29 de 08 de 2013).
- Gordillo, A. A. (2014). Mayores Costos, imprevisión, Indexación. En *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas. 10ª ed., ahora como 1ª ed* (págs. 897-906). Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. A. (2014). Obra Pública y Contrato de Obra Pública. En A. A. Gordillo, *Tratado de obra Pública y obras selectas- Tomo 11 -1ª edición* (págs. 819-842). Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo .
- Gowland, P. (2004). Los Servicios Públicos: La Renegociación de los Contratos . *El derecho Administrativo - Serie Especial* , 548-573.
- Guglielminetti, A. P.-I. (2016). *El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Hormigovial S.A. vs. Municipalidad de La Plata s. Demanda contencioso administrativa ///, B 53090; RC J 8099/10 (SCJ, Buenos Aires 27 de 06 de 2007).
- Ibarzabal, M. (2017). El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público- privada. *El Derecho Administrativo*, 1-24.
- IERIC. (2020). *Informe de Coyuntura de la Construcción - N°173- Periodo Enero- Febrero 2020*. Buenos Aires: IERIC.
- INDEC. (2020). *Indicador de Coyuntura de la actividad de la Construcción Vol 4 N°62*. Buenos Aires: INDEC.
- INDEC, I. N. (12 de 2019). Indec Informa Año 24, N°12. Buenos Aires, Argentina.
- INDEC, I. N. (01 de 04 de 2020). *INDEC- Republica Argentina*. Obtenido de Información para cada inciso del artículo 15 del Anexo Metodológico (ICC e IPIB), índices de los capítulos materiales, mano de obra, gastos generales, equipos y servicios para la construcción: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-112>
- Infobae. (17 de 08 de 2019). Estiman que el impacto de la devaluación en la inflación y el consumo sería más alto que en 2016 y 2018. Recuperado el 10 de 04 de 2020, de <https://www.infobae.com/economia/2019/08/17/estiman-que-el-impacto-de-la-devaluacion-en-la-inflacion-y-el-consumo-seria-mas-alto-que-en-2016-y-2018/>
- Infobae. (17 de 03 de 2020). Iván Szczech es el nuevo presidente de la Cámara Argentina de la Construcción. *Infobae*, pág. Diario Electronico. Obtenido de <https://www.infobae.com/economia/networking/2020/03/17/ivan-szczech-es-el-nuevo-presidente-de-la-camara-argentina-de-la-construccion/>

- Inmar S.A c Pcia de Buenos Aires , fallo B. 52-402-20/12/2000) (Suprema Corte Buenos Aires 20 de 12 de 2000).
- J.J. Chediak S.A. vs. Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina s. Nulidad de resolución., J. 69. XXVIII.; RC J 102570/09 (CSJN 27 de 08 de 1996).
- José Cartellone C.C.S.A. vs. Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s. Contrato obra pública , J. 63. XXXVII.; RC J 102536/09 (CSJN 12 de 08 de 2003).
- Lara, Jorge Gabriel vs. Municipalidad de General Villegas s. Demanda contencioso administrativa., B 53462; RC J 8891/10 (SCJ, Buenos Aires 07 de 05 de 2008).
- Lorenzetti, R. L. (2001). *Los contratos ante la emergencia económica*. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L. (2004). La Salida de la Emergencia: Recomposición Institucional y Revisión de los Contratos . *Revista Juridica Argentina - La Ley*, 29-38.
- Mabromata, E. (2004). *Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?* Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Maquinarias Ensenada S.A. vs. Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires s. Demanda contencioso administrativa., B 49042; RC J 8049/10 (SCJ, Buenos Aires 14 de 12 de 1984).
- Marienhoff, M. S. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo- Tomo I*. Recuperado el 21 de 03 de 2019, de file:///C:/Users/Administrador/Desktop/posgrado%202018/tesis-%20obra%20publica/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_-Tomo1-MARIENHOFF.pdf
- Marienhoff, M. S. (1998). *Contratos Administrativos- Teoría General en Tratado de Derecho Administrativo Tomo III-A*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mata, I. (2010). El riesgo de los contratos administrativos. *Ediciones Especiales- Ensayo de Derecho Administrativo*, 161-189.
- Mazzoni, Francisco vs. Instituto Provincial de la Vivienda s. Acción procesal administrativa , 59099; RC J 5165/10 (SCJ, Mendoza 14 de 09 de 2000).
- Mertenhikian, E. (1997). El costo Financiero en el Contrato de Obra Publica. *Revista Juridica Argentina*, 145.
- Ministerio de Economía y Secretaría de obraPublica. (16 de 09 de 2002). Resolución Conjunta 396/2002 y 107/2002 de Ministerio de Economía y Secretaría de obra Publica. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Economía y Secretaría de obra Publica. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/77896/texact.htm>
- Ministerio del Interior. (s.f.). *Ministerio del Interior*. Recuperado el 02 de 2019, de http://mininterior.gov.ar/asuntos_politicos_y_alectorales/incap/clases/Roger_clase_II.pdf
- Modernización, M. d. (06 de 01 de 2017). Resolución 9E/2017-Cronograma CONTRAT.AR. Obligatoriedad. Buenos Aires , Argentina: Minsiterio de Modernización .

- Modernización, M. d. (19 de 04 de 2017). Resolución 198-E/2017-Sistema CONTRAT.AR. Obligatorio. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Modernización, M. d. (27 de 06 de 2017). Resolución 314-E/2017. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Modernización, M. d. (27 de 06 de 2017). Resolución 315-E/2017. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Monti, L. (2004). Emergencia y Contratos Administrativos . *Revista Jurídica Argentina*, 65-70.
- Mosset Iturraspe, J. (2002). La emergencia económica y su incidencia en las relaciones contractuales. *Revista de Derecho Público*, 1-5.
- Muratorio, D. J. (27 de 03 de 2019). *Universidad Austral- Derecho*. Obtenido de Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública: <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/03/27/imprevistos-de-la-economia-que-afectan-la-contratacion-publica/>
- Nisalco S.A. vs. Provincia de Santa Fe s. Recurso contencioso administrativo, RC J 3421/08 (Cám. Cont. Adm. Nº 1, Santa Fe, Santa Fe 19 de 06 de 2008).
- O.N.C, O. N. (18 de 12 de 2013). Dictamen ONC Nº 446/2013. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- O.N.C, O. N. (28 de 01 de 2014). Dictamen ONC Nº 36/2014. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- O.N.C, O. N. (8 de 11 de 2016). Dictamen ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- O.N.C, O. N. (18 de 11 de 2016). Dictamen ONC Nº IF-2016-03508851-APN-ONC#MM. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- O`Donnell, G. (Oct de 2008). Algunas Reflexiones acerca de la Democracia, el Estado y sus múltiples caras. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 42, ISSN 1315-2378, 42, pp. 5-30.
- ONC, O. N. (18 de 07 de 2013). Dictamen ONC Nº 205/2013. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- OSZLAK, O. y. (1981). *Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación*. Buenos Aires : Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).
- P.E.N, P. E. (13 de 08 de 1949). Decreto 19324. *Decreto 19324 -Régimen. Conceptos y expresiones utilizados en la Ley Nº 13064. Aclaración*. Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial.
- P.E.N, P. E. (22 de 05 de 1964). Decreto 3772/1964. *Obras Públicas. Reglamentación de Leyes Nº 12910 y Nº 13064*. Buenos Aires, Argentina: Poder Ejecutivo Nacional.
- P.E.N, P. E. (10 de 10 de 1975). Decreto 2875/1975. *Obras Públicas. Variaciones de costos. Reajustes. Distorsiones sobrevinientes. Comisiones liquidadoras. Resoluciones. Ratificado por Ley Nº 21250*. Buenos Aires, Argentina.

- P.E.N, P. E. (01 de 10 de 1976). Decreto 2347/1976. *Variaciones de Costos. Reconocimiento . Regimen. Reglamentación. Reglamentario del Decreto 3772/1964*. Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (21 de 10 de 1976). Decreto 2348/1975. Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (16 de 04 de 1984). Decreto 1186/1984. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158476/norma.htm>
- P.E.N, P. E. (24 de 06 de 1993). Decreto 1312/1993. *Decreto 1312/1993*. Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (15 de 09 de 1993). Decreto 1936/1993. *Decreto 1936/1993*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (19 de 07 de 2002). Decreto 1295/2002. *Metodologia de Redterminacion de precios de contratos de Obra Publica*. Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (03 de 02 de 2002). Decreto 214/2002- Reordenamiento del Sistema Financiero . Ciudad de Buenos Aires, Aregentina.
- P.E.N, P. E. (15 de 09 de 2016). Decreto 1030/2016-Règimen de Contrataciones de la Administración Nacional. *Decreto 1030/2016*. Buenos Aires, Argentina: Poder Ejecutivo Nacional.
- P.E.N, P. E. (29 de 12 de 2016). Decreto 1136/2016. *Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, "CONTRAT.AR". Implementación*. C.A.B.A, Argentina : Boletin Oficial.
- P.E.N, P. E. (17 de 05 de 2016). Decreto 691/16. *Règimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y Consultoria de Obra Publica*. Buenos Aires, Argentina: Poder Ejecutivo Nacional.
- P.E.N, P. E. (08 de 01 de 2016). Instituto Nacional de Estadísticas y Censos(I.N.D.E.C). Estado de Emergencia Administrativa. Ciudad Autonòma de Buenos Aires, Argentina.
- P.E.N, P. E. (21 de 12 de 2018). Decreto 1169/2018- Contrataciones. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina: Poder Ejecutivo Nacional.
- P.E.N., P. E. (13 de 08 de 2001). Decreto 1023/01. *Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias*. Buenos Aires, Argentina: Presidente de la Nación Argentina.
- P.T.N, P. d. (04 de 07 de 2003). Dictamèn N° 356/03,Expte. N° 01-0177043/02. . *Dict. N° 356/03,Presidencia de la Nación.- Renegociación de Centrales Hidroelectricas*. Buenos Aires, Aregentina.
- P.T.N, P. d. (04 de 09 de 2003). Dictamèn N° Exp N° 14.481/02 (Dictámenes 246:573). *Dictamèn N°246:573*. Ciudad Autonòma de Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (08 de 07 de 2003). Dictamèn N°Exp N°501:0029895/2003(Dictámenes 246:125). *Dictamèn N°368/2003*. Ciudad Autonòma de Buenos Aires, Argentina.

- P.T.N, P. d. (04 de 09 de 2003). Dictamèn N°Expediente N° 14.470/02(246:559). *Dictamén (246:559)*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (20 de 11 de 2006). Dictamèn N° 342/06(Dictámenes 259:222). *Expte. N° 5.615.747/06. Fuerza Aérea Argentina. (Dictámenes 259:222)*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (21 de 06 de 2007). Dictamen Exp N°2002:12456-1/00 (Dictámenes 261:367). *Dictámenes (261:367)*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (23 de 09 de 2008). Expte, N°01-0480675/06. Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (23 de 09 de 2008). Expte, N°01-0480675/06. Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (18 de 08 de 2011). Dictamèn N°Exp N°s04-0014415/11 (Dictámenes278:133). *278:133*. Buenos Aires, Argentina.
- P.T.N, P. d. (13 de 04 de 2020). Dictamèn N°EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- Perez Hualde, A. (2004). Tarifas y Renegociación de Contratos. (T. R. Legal, Ed.) *Sup Especial - El contrato Administrativo en la Actualidad 2004*, 1-10.
- Perez Hualde, A. (2012). Reflexiones sobre Renegociación de contratos de Servicios Públicos . *RAP-Digital*, 469-481.
- Periodico Lujan 365. (18 de 11 de 2019). <https://lujan365.com.ar/contenido/8953/como-es-el-plan-de-alberto-fernandez-para-reformular-los-uva>. *Lujan 365*.
- Rapoport, M. (01 de 2020 de 2010). *Una revisión histórica de la Inflación Argentina y de sus causas*. Obtenido de Mario Rapoport: http://www.mariorapoport.com.ar/uploadsarchivos/la_inflacio__n_en_pdf.pdf
- Rejman Farah, M. (06 de 05 de 2005). Contrataciones publicas Transparentes: un desafío en la emergencia. Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Thomson La Ley.
- Rejtman Farah, M. y. (2013). Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. • Normas aplicables: Decreto 1023/2001, BO 16/8/2001, Decreto 893/2012, BO 14/06/2012*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Versión Digital.
- Rinaldi, Francisco Augusto y otro vs. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s. Ejecución hipotecaria., R.320.XLII; RC J 1168/07 (CSJN 15 de 03 de 2007).
- Rodriguez Rodriguez, L. (2011). El equilibrio económico de los Contratos Administrativos. *Derecho PUCP- Revista de la Facultad de Derecho*, 55-87.
- Sagüés, N. P. (1990). Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia. *Revista Juridica La ley*, 121-156.
- Salerno, M. U. (2002). *La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario*. Buenos Aires: La Ley .

- Sampieri Hernandez, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Sanchez Herrero, A. (2019). *La imprevisión contractual*. Buenos Aires: La Ley.
- Sanchez, R. J. (1984). Variaciones de Precio. En R. J. Sanchez, *El Contrato de Obra Publica*. Madrid: Beascoa.
- Seda S.R.L. vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia y otros s. Nulidad de acto administrativo y cobro de pesos, RC J 3243/10 (CSJ, Tucumán 09 de 02 de 1996).
- Seguin, M. F. (2020). *Riesgo económico de los Contratos de Obra Pública en la Argentina: la ruptura de la ecuación económica financiera (2015-2019)*. Buenos Aires .
- SIGEN, S. G. (11 de 04 de 2012). Resolución 55/ 2012. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina.
- Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos, cfr. T.195.XXIII (Corte Suprema de Justicia de la Nación 20 de 04 de 1993).
- Y.P.F. S.A. C/ Concretar Construcciones S.R.L. S/ Incumplimiento de Contrato, Causa N° 8923/92-23/11/2000 (C.N.A.Com 23 de 11 de 2000).
- Ymaz Cossio, E. R. (2014). *Redeterminación de precios y teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires : La Ley .
- Ymaz Cossio, E. R. (22 de 05 de 2020). Entrevista para tesis - Regimen de Redeterminación decreto 691/2016. (M.F.Seguin, Entrevistador)
- Zegers, J. C. (1985). Notas acerca de la Teoria de la Imprevisión . *Revista Chileno de Derecho* , 253-270.
- Zilli de Miranda, M. (2005). Policia de Emergencia . *RAP*, 385-412.

8. Anexos

Anexo 1-Cuadro sinóptico del capítulo metodológico. Fuentes de datos, muestras y técnicas de procesamiento respecto a los objetivos propuestos.

Pregunta	Objetivo específico	Fuente secundaria de datos	Fuente primaria de datos/ Instrumento de recolección	Población/muestra	Técnicas de procesamiento
1. ¿Cuáles son las características más relevantes del instituto actual de revisión de precios del contrato de obra pública- decreto 691/2016 y qué diferencias tiene con el anterior Régimen de Redeterminación de precios- decreto 1295/ 2002?	1-Describir y Analizar los principales conceptos del instituto actual de Redeterminación de Precios- decreto N°691-2016 y determinar las similitudes y diferencias respecto al anterior régimen decreto N° 1295-2002.	Normativa, jurisprudencia, doctrina, Información documental y estadísticas del Indec.	Entrevistas abiertas con informantes y especialistas en obras públicas y el instituto de redeterminación de precios.	Muestra no probabilística intencionales.	Análisis de la información. Análisis cualitativo y cuantitativo de los datos. Trinagulación.
2. ¿Cómo fue evolucionando la normativa y los mecanismos para reconocer las variaciones de costos de los contratos de obra pública?	2- Realizar un recorrido de los antecedentes normativos y de los mecanismos de recomposición de precios de los contratos de obra pública.	Normativa, jurisprudencia, doctrina, Información documental y estadísticas del Indec.			Análisis documental, univariable y descriptivo. Análisis cualitativo de los datos.
3¿Cuáles es el mecanismo excepcional para la recomposición del equilibrio contractual?	3-Analizar el mecanismo excepcional que sirve para la recomposición del equilibrio contractual.	Informes documental/ normas.		Muestra no probabilística intencionales.	Análisis documental, univariable y descriptivo. Análisis cualitativo de los datos.
	4- Realizar recomendaciones al mecanismo actual de revisión de precios en función de lo analizado y teniendo en cuenta las perspectivas de futuro.	Información documental/ normas, estadísticas.			Análisis de la información. Análisis cualitativo y cuantitativo de los datos. Trinagulación.

Seguidamente, se expone la variable multidimensional régimen de redeterminación de precios. Dicha variable contribuye al cumplimiento del objetivo número 1.

Unidad de Analisis	VARIABLES	Indicador	Categorías	Fuente de Medicion
Regimen de Redeterminación de precios	Aplicabilidad	Tipos de conatrato.	Obra publica. Obra publica y consultorias . Otros contratos administrativos.	Analisis de Normativa, documentos publicos / entrevistas con funcionarios y expertos.
		Plazo de aplicación	Numero de meses.	Analisis de normativa
		Solicitud del procedimiento	A requerimiento del contratista. A requerimiento del comitente	Analisis de normativa.
		% Clausula gatillo	% de clausula gatillo	Analisis de normativa
		Requiere cumplimiento previsto en cronograma de inversiones.	Si requiere No requiere	Analisis de normativa
		Requiere desagregacion de presupuesto y analisis de precios	Si No	Analisis de normativa
	Adecuaciones provisionarias	% factor de adecuación provisoria	% factor de adecuación provisoria	Analisis de normativa
		Base sobre la cual se aplica el factor de adecuación de precios	Según categoría de obra establecido por decreto. Según estructura de obra establecida en la oferta .	Analisis de normativa.
	Redeterminacion definitiva de precios.	Utilizacion de analisis de precios para el calculo de las	Si requiere No requiere	Analisis de normativa.
		Tipo Fuente de Indices	INDEC. Otra	Analisis de normativa.
		Requiere Porcentaje Fijo e inamovible-no sujeto a	Si requiere No requiere	Analisis de normativa.
		Implica Renuncia del contratista al reconocimiento futuro de	Si No	Analisis de normativa.
		Intevencion de organismo de control.	SIGEN Comisiones de evaluacion, coordinación y seguimiento	Analisis de normativa.

Respecto a las variables inflación y devaluación se utilizó los siguientes indicadores:

Variable	Indicador	
Inflación	$\frac{\text{Indice de precios mes actual} - \text{Indice de precios mes base}}{\text{Indice de precios mes actual}} \times 100$	
Devaluación	$\frac{\text{Tipo de cambio mes actual} - \text{Tipo de cambio mes base}}{\text{Tipo de cambio mes actual}} \times 100$	

Solicitud de constitución de Jurado para Defensa del TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA		Código de la Maestría M120
Nombre y apellido del alumno MARIA FLORENCIA SEGUIN		Tipo y N° de documento de identidad: DNI:31697193
Año de ingreso a la Maestría – Ciclo 2016	Fecha de aprobación de la última asignatura rendida 29/03/2019	
<p>Título del Trabajo Final</p> <p>Riesgo económico de los Contratos de Obra Pública en la Argentina: L a ruptura de la ecuación económica financiera (2015-2019)</p>		
<p>Solicitud del Director de Trabajo Final</p> <p>Comunico a la Dirección de la Maestría que el Trabajo Final bajo mi dirección se encuentra satisfactoriamente concluido. Por lo tanto, solicito se proceda constituir el correspondiente Jurado para su evaluación y calificación final.</p> <p>Firma del Director de Trabajo Final</p> <p>Aclaración.....</p>		
Datos de contacto del Director		
Correo electrónico		Teléfonos
<p>Se adjunta a este formulario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Trabajo Final de Maestría impreso (indicar cantidad de copias presentadas) • CD con archivo del Trabajo Final en formato digital (versión Word y PDF) • Certificado analítico 		
Fecha	Firma del alumno	

Form. TFM v0