

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA: NOVACIÓN DEL CONTRATO Y BENEFICIO COMPARTIDO*

Por el Dr. Marcos S. Serrano¹

Como es de público conocimiento, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó al coronavirus Covid-19 como una pandemia² e instó a los países a buscar el equilibrio entre la protección de la salud y la minimización del impacto económico y social, y el respeto de los derechos humanos.

En ese marco, en nuestro país el Presidente de la Nación dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/2020³ y amplió por el plazo de un año la emergencia pública “en materia sanitaria” declarada en la Ley N° 27.541 dictada a fines del año pasado.

Frente a esta situación excepcional y extraordinaria, el gobierno nacional decretó el “aislamiento social preventivo y obligatorio” a través del DNU N° 297/2020⁴. Sin dudas el objetivo primario es cuidar la salud de la ciudadanía, pero no debemos minimizar los perjuicios económicos que se generarán como consecuencia de la paralización del mercado producto de estas medidas. Si bien diversas actividades que se vinculan directa o indirectamente con contratos públicos⁵ (por ej., el

* La elaboración de este concepto surgió a partir de las reflexiones intercambiadas con los colegas Rodolfo Barra, Andrés Bousquet, Bárbara Fernández Villa y Claudio Matías Posdeley, en el marco de la Masterclass online “Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual”, que se llevó a cabo el 8 de abril de 2020, y fue organizada por la Universidad Austral como actividad de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública.

1. Es Subdirector de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral. Es Vicepresidente del Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE). Miembro del Consejo Académico del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral. Es Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza También es Profesor de Postgrado en la Universidad Austral y en la Universidad Católica de La Plata.

2. Según la RAE, una pandemia es una “enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región” (Web: rae.es).

3. B.O . 12/03/2020.

4. Prorrogado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 325/20 y posteriormente por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/20.

5. El DNU N° 297/2020, en su artículo 6 exceptuó al personal afectado a obra pública (inc. 10), recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos (inc. 16), mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias (inc 17), transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP (inc . 18). La Decisión Administrativa 450/2020 en su artículo 1 exceptuó la “Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones” (inc. 1), en tanto que la Decisión Administrativa 468/2020 exceptuó a la obra privada

personal de la obra pública) se encuentra exceptuado del cumplimiento del aislamiento, será inevitable que las medidas repercutan en la actividad laboral y comercial y en dichos contratos, aunque se encuentren exceptuados.

En este sentido, ante una situación tan extraordinaria el rol del Estado debe estar a la altura de las circunstancias, pues deberá satisfacer las necesidades de la sociedad frente a la pandemia del Covid-19, tomando medidas singulares y proporcionadas que permitan sobrellevar y superar el estado de emergencia.⁶

Si bien excede el objeto de este artículo analizar la normativa dictada en materia de contrataciones públicas con el fin de paliar la situación de emergencia, conviene hacer una breve reseña para destacar que se han dictado varias en ese sentido. Entre dichas normas podemos mencionar el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287 del 17 de marzo de 2020 el cual introdujo modificaciones al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, la Decisión Administrativa N° 409 del 18 de marzo de 2020, la Disposición N° 48 del 19 de marzo de 2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones -Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional-, y la Decisión Administrativa N° 472 del 7 de abril de 2020⁷, entre otras.

Esta situación de emergencia de la entidad y características señaladas obliga al derecho administrativo en particular a proporcionar la máxima agilidad y flexibilidad para satisfacer las necesidades originadas por la pandemia⁸, pero al mismo tiempo garantizar los principios generales que rigen en materia de contrataciones públicas.⁹ En lo que respecta a los contratos en ejecución que sin

de infraestructura energética.

6. Según M ARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Tomo 1, quinta edición actualizada Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires, p. 42, § 2 “La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra”.

7. Estableció los precios máximos en los procesos de compra que se lleven a cabo para atender la emergencia. En este sentido MAIRAL, Héctor A, Licitación Pública, Depalma, 1975, p. 13, § 3. Sostiene que el régimen de competencia de precios en la licitación tiene como fin, entre otras, imposibilitar las “...connivencias entre funcionarios y contratistas del estado, que conducirían a adjudicaciones motivadas por razones ajenas a la conveniencia administrativa y a las cuales sería muy difícil controlar ante la inexistencia de ofertas competitivas que sirvieran de patrón de medida.”

8. En este sentido, se facultó a todos los organismos y ministerios del Sector Público Nacional para habilitarlos a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos.

9. Así la Decisión Administrativa N° 409/2020 establece que los principios generales a los que deberán ajustarse

duda se ven afectados, resulta imperioso generar medidas que permitan eliminar o morigerar equitativamente los perjuicios que ya están sufriendo los contratos en su ecuación económico financiera y en las prestaciones de las partes contratantes. En este punto, cabe poner de relieve que ciertos países del mundo afectados por la pandemia al igual que en Argentina han dictado normativa relativa a las contrataciones en el contexto de la crisis por el Covid-19.¹⁰

Por su parte, cabe destacar que aunque exista una emergencia de la entidad y gravedad que estamos viviendo, no es posible soslayar los mecanismos de control público, la rendición de cuentas y la transparencia en materia contractual en forma íntegra, por lo cual constituye un desafío conciliados con la celeridad y flexibilidad que requieren los procedimientos en estos momentos. Algunas herramientas pueden ser la publicidad plena, la gestión abierta, la intervención de las unidades de auditoría interna, la intervención de los organismos de control externo o interno, como a nivel nacional son la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación¹¹ o en las jurisdicciones locales los Tribunales de Cuentas.¹² Recordemos que la contracara a la falta de control es la corrupción y el oportunismo.¹³

los Procedimientos de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, que se lleven a cabo para atender la emergencia en el marco de lo establecido en el Decreto N° 260/20, serán los enumerados en el artículo 3° del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto N° 1023/01, es decir, los principios generales que regulan las contrataciones públicas: razonabilidad y eficiencia en la contratación, igualdad, concurrencia y competencia, publicidad, transparencia, responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos.

10. En la Unión Europea se dictó la Comunicación de la Comisión Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19 2020/C 108 1/01 (Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de abril de 2020). La misma constituye, conforme el texto de la misma, una guía de ayuda con el fin de encontrar soluciones rápidas e inteligentes para la adquisición de los bienes, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis del COVID-19.

En Brasil, se dictó la Ley N° 13.979 el 6 de febrero de 2020. Posteriormente por medio de la Medida Provisional N° 926 (modificatoria de la Ley N° 13.979) se establecieron procedimientos para la adquisición de bienes, servicios y suministros destinados a tratar la emergencia de salud pública de importancia internacional resultante del coronavirus.

11. Así la Decisión Administrativa 409/20 en su art. 8° establece que las Unidades de Auditoría Interna (UAI) de cada jurisdicción u organismo deberán incorporar en su plan anual de auditoría los procesos que se efectúen de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Decisión Administrativa. En igual sentido la Disposición ONC 48/2020 en lo atinente a la intervención de las UAI.

12. IVANEGA, Miriam "La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual, en el marco de las Jornadas sobre cuestiones de contratos administrativos" Ediciones RAP, 2007, Buenos Aires.

13. Para un estudio más pormenorizado del tema ver MUÑOZ RODRÍGUEZ-ARANA, Jai me. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/ abr. 2017. doi: 10.7213/ rev.dir.eco n.soc.v8il. 17646.

En relación a la emergencia, cabe poner de relieve que, lamentablemente, nuestro país se ha caracterizado por subsistir en un “estado de emergencia” permanente, situación de la cual dan cuenta las sucesivas leyes de emergencia con causa en razones económicas, incluso sociales. No obstante, no hay antecedentes de una emergencia pública de esta magnitud en materia sanitaria -y por ende en materia social, económica y laboral-, lo que sienta un nuevo desafío para el derecho administrativo.

Cabe señalar que la emergencia trae aparejado un incremento de los riesgos, inseguridad e imprevisibilidad en el contexto en el cual se planifica y ejecuta el contrato administrativo y, por ende, en su vida misma. Por cierto, la situación de emergencia altera considerablemente las relaciones contractuales, generando varios puntos conflictivos entre comitente y contratista, ya que entran en tensión intereses de las partes debido a las mutaciones que se generan en el contrato administrativo.¹⁴

Aquí es donde comienza el problema, que en la mayoría de los casos se convierte en un círculo vicioso: la situación de emergencia genera inseguridad jurídica, y la inseguridad jurídica genera un escenario contractual de emergencia. Seguridad jurídica significa, principalmente previsibilidad, y si este elemento -junto con el control de riesgos- no existe difícilmente se logre una financiación razonable -pública o privada- para la ejecución de proyectos.

Toda actividad económica que ejecute un sujeto privado debe responder, prima facie, a un proyecto económico-financiero, esto es, un análisis de las inversiones a efectuar, los recursos para afrontarlas, la denominada “tasa de retorno” de la inversión y su rentabilidad.

El contexto que estamos viviendo nos lleva a concluir, sin ser muy aventurado, que la situación de emergencia producirá, en distinta medida, un impacto en los contratos administrativos por encima del álea normal esperable.

Cabe recordar que, en general la doctrina pone énfasis en los perjuicios que se

14. Según CRIVELLI “la clave para la composición de estos conflictos radica en la noción de equidad”. Ver en CRIVELLI, Julio César, El ajuste del precio en la locación de obra, Abaco, 2004, Buenos Aires, p. 64/ 66.

generan en el contratista del Estado, en consecución con la intangibilidad de la remuneración del cocontratante. Esto no es más que el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico financiera (EEF) del contrato, la cual debe ser protegida desde el momento de la firma del contrato y durante toda su ejecución.¹⁵

No obstante, en base a la teoría de la justicia distributiva, cabe reparar que el mantenimiento de la EEF le corresponde a cada una de las partes del contrato administrativo, toda vez que si por el cambio del contexto contractual o del vínculo en sí el contratista resulta beneficiado de manera irregular o indebidamente, el Estado, que es la contraparte y refleja el interés público en el que todos estamos involucrados, se vería perjudicado.¹⁶

Ahora bien, en función de lo expuesto podemos hacer una disquisición entre los perjuicios que se generan por las modificaciones que la Administración puede introducir al contrato en ejercicio de la prerrogativa modificatoria (*ius variandi*) en aras de la realización del interés público, por un lado, y los que se generan por causas ajenas a las partes contratantes, por el otro.

Más allá de las modificaciones que pueda efectuar la Administración en los contratos, con fundamento en el ejercicio de sus prerrogativas, el sector empresarial sabe que existen otros riesgos en la ejecución. Estos riesgos, en ciertos casos, tienen el carácter de imprevisibles, son originados por causas externas a las partes contratantes y susceptibles de producir alteraciones en el ritmo de ejecución de los contratos, o en el plazo de terminación y entrega o bien en la variación en los costos de ejecución de los trabajos.

El estado de emergencia que estamos atravesando puede afectar en particular la EEF de los contratos administrativos, ya que el aislamiento obligatorio genera una casi inexistencia de mercado de bienes y servicios, de actividad bancaria, de escasez de materiales y por si fuera poco, la devaluación de la moneda y la eventual postergación de los pagos de algunos organismos públicos.

15. Ver Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, 1999, Buenos Aires pp. 73-85 y BARRA, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, tomo 3, Abaco, 1988, Buenos Aires, cap XX, entre otros.

16. Ampliar en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 1, Abaco, 2002, Buenos Aires, p. 185/189.

Aún es apresurado dar una opinión sobre cuál será el impacto real que provocará esta situación extraordinaria sobre los contratos públicos, especialmente las concesiones de obra y servicios públicos dado que son proyectos a muy largo plazo. No obstante, es posible adelantar que según la incidencia en algunos casos dará lugar a la recomposición del contrato, y en otras a su rescisión sin culpa, conciliando los intereses públicos que hay en juego.

Examinaremos a continuación tres institutos ya muy conocidos que actúan ante circunstancias excepcionales que alteran la vida normal del contrato, tal es el caso de esta pandemia y la consecuente normativa de emergencia sanitaria dictada por causa de ella. Los institutos a los que nos referimos son: la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho del príncipe.

Los tres tienen como nota común el carácter imprevisible, anormal y extraordinario, ajeno a las partes y tienden a garantizar la ecuación económica financiera del contrato, permitiendo exceptuar de responsabilidad a las partes frente a determinados incumplimientos derivados de su existencia y hasta justificar la conclusión contractual.

Según la doctrina el “caso fortuito o fuerza mayor” tiende a liberar de responsabilidad al contratista por el incumplimiento absoluto de todas las obligaciones a su cargo o algunas de ellas, sean éstas definitivas o provisorias, lo que generará inevitablemente la extinción del contrato o la suspensión del mismo, respectivamente. Mientras que en la “teoría de la imprevisión” y “el hecho del príncipe” tiende a mantener la intangibilidad de la remuneración del cocontratante, generando solo derechos de carácter pecuniario, debido a que no toman imposible la ejecución del contrato, sino más oneroso o gravoso.¹⁷

En lo que se refiere a la teoría de la imprevisión cabe recordar que la jurisprudencia ha explicado que “la alteración de equilibrio originada en causas ajenas a la voluntad del Estado, dio lugar a la llamada “teoría de la imprevisión” o riesgo imprevisible, medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles -posteriores a la

17. CARDACCI MÉNDEZ, Ariel, en “Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentario, anotado y concordado”, Mario Rejtman Farah (Director), Abeledo Perrot, 1º Ed. 2012, p 150.

celebración del contrato administrativo pero temporarias o transitorias que deterioran la ecuación en perjuicio del contratante, ésta pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir el contrato”.¹⁸

Ahora bien, ¿podemos encuadrar a la pandemia generada por el Covid-19 en algunos de estos institutos?, ¿podemos darnos una solución a los perjuicios que se derivarán de la suspensión o rescisión de algunos contratos? Probablemente en algunos casos sí pero en otros sea insuficiente.

Pero profundizando en el análisis, ante una emergencia sin precedentes como la que estamos atravesando no solo en nuestro país, sino con alcance mundial, cabe preguntarse: ¿el Estado deberá “hacerse cargo” de los gastos generados por la suspensión de los contratos y en los casos más extremos de los quebrantos de los contratistas?

Tal vez sea prematuro brindar una respuesta. No obstante, es factible pensar o reflexionar -sin llegar a una definición “esencialista”- sobre la necesidad de un nuevo instituto del derecho administrativo que brinde soluciones a las necesidades generadas por esta crisis sanitaria, en aras del interés general, causa-fin del Estado. En ese sentido, es valioso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos sostuvo que los acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios.¹⁹

Entendemos que esta crisis mundial, generó una situación fáctica sin precedentes, por lo que, tal vez, se necesite un cambio de paradigma en los institutos ya conocidos. En este sentido es que se propone la construcción de un nuevo instituto dentro del derecho administrativo que podríamos denominar **“La Novación del contrato administrativo y el Beneficio Compartido”**.

Sucintamente, podríamos conceptualizarlo como la facultad de modificar sustancialmente, de manera razonable y excepcional, las condiciones y

18. C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 11, “Dunco S.A. c/ B.N.A. s/ Cobro de pesos”, sentencia del 1/04/93.

19. CSJN, “Luis A. Peralta e/ Nación Argentina” registrado en Fallos 313:1513 y Fallos 318:1887; 321:1984; 323:1566; 325:28; 327:4495; 330:855; 330:2074.

obligaciones de los contratos en ejecución. Implicaría, en otras palabras, ejercer una prerrogativa excepcional y temporaria que permita la reconducción o transformación de las obligaciones del contrato para los fines inmediatos de la emergencia social, dando origen a nuevas obligaciones dentro del mismo, todo ello mientras dure la situación de emergencia sanitaria.

Es dable recordar que la aplicación del principio del “sacrificio compartido” en el marco de la recomposición de los contratos administrativos no es un hecho novedoso, el mismo fue receptado en la Ley N° 23. 696 de reforma del estado²⁰ en el año 1989 y posteriormente en la Ley N° 25.344, en ambos casos se atravesaba una situación de emergencia, en mi opinión, con características diferentes a la actual. Sin perjuicio de ello, entendemos que la novación del objeto del contrato en el marco de la emergencia sanitaria vislumbra una perspectiva distinta al sacrificio compartido.

En este sentido, el sacrificio compartido tiene como objeto principal la búsqueda de un adecuado equilibrio de las prestaciones y obligaciones existentes entre las partes que fueran afectadas por situaciones externas a las mismas, evitando así que solo una de ellas soporte la carga. En esta inteligencia se ha pronunciado la Oficina Nacional de Contrataciones, órgano rector en la materia.²¹

Por el contrario, la utilización del instituto de la **novación** redundaría en un beneficio directo para ambas partes, contratista y cocontratante, toda vez que la administración pública podría lograr, por intermedio de la reconducción, satisfacer la nueva necesidad imperante, de manera ágil y urgente, evitando en consecuencia la suspensión o extinción del contrato. La otra parte, se beneficiaría al continuar con la ejecución del contrato, logrando que su EEF no resulte sustancialmente afectada, configurándose de esta manera el **Beneficio Compartido** entre las partes en la emergencia.

En la reconducción del objeto contractual, no se debe alterar la naturaleza propia

20. En el capítulo VI, art. 49 se establece en materia de 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 contratante s. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el Ministro competente en razón de la materia y deberán contemplar las siguientes condiciones mínimas...”

21. Ver Dictámenes ONC N° 74/2014 (v. en sentido concordante : Dictámenes ONC N° 1048/12, N° 1049/12, N° 1050/12, 1051/12, N° 176/13, N° 446/13 y N° 36/2014.

del contrato. Asimismo, el procedimiento de gestión de la novación podría estar bajo la supervisión de una comisión de emergencia creada a tal fin, que contenga a representantes de las cámaras del rubro de la actividad, expertos en materia contractual, ONGs y los organismos de control.

En definitiva, es una exteriorización de una idea con el objeto de morigerar el impacto de la crisis en los contratos, que será tal vez, analizada, superada o sepultada. Parafraseando al poeta y pensador español, Antonio Machado, “caminante no hay camino, se hace camino al andar”.