

“EFICIENCIA DE LA CONTRATACIÓN, MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA Y READECUACIÓN DE PRECIOS”¹

Por Dr. *Álvaro Bautista Flores*² 

El presente trabajo está publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores (Número 2º. Diciembre de 2019).

SUMARIO

I. La temática elegida y el escenario actual	01
II. La eficiencia de la Contratación Pública	02
III. La protección de la ecuación económico-financiera del contrato. El fenómeno de la Inflación	07
IV. La readecuación de precios	13
V. Palabras finales	34

I. LA TEMÁTICA ELEGIDA Y EL ESCENARIO ACTUAL

La satisfacción oportuna de las necesidades públicas, optimizando tiempos y costos bajo los paradigmas de la eficiencia, eficacia y economicidad, todo ello en un marco de irrestricta transparencia, se erige como la “panacea” de cualquier operador del sistema de Contrataciones Públicas. Esto es así, debido a que con ello se hallarían cumplidas todas las finalidades perseguidas al momento de diseñar cualquier tipo de contratación.

En paralelo, partiendo de la base del impacto que detentan las contrataciones celebradas por el Estado en la economía de cualquier país –graficada básicamente en su incidencia en el Producto Bruto Interno–, la tutela de la ecuación económico-financiera de los contratistas aparece como un elemento imprescindible para asegurar el éxito de las respectivas contrataciones. No solamente desde la

1. Artículo publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ EDITORES. Número 2º. Diciembre de 2019. Disponible en <http://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=bdeb7df2a4775993de8bae050b3089b2>

2. Abogado, procurador y escribano por la UNLP (diploma al mejor promedio). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP) y en Contratos Administrativos (ECAE). Director de la Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores.

perspectiva circunscripta del vínculo que contraigan el Estado con el Contratista, sino por el efecto multiplicador que se replica en la actividad económica en general.

Estas primeras reflexiones, idílicas en cierto punto, resultan afectadas o resentidas ante sucesos económicos coyunturales adversos, o dicho de otra manera, cuando se transitan crisis micro o macro económicas. La República Argentina, tristemente, desde los albores de su historia institucional ha sufrido casi en forma constante embates económicos, que se han traducido en situaciones inflacionarias crónicas, devaluación, consolidación de deudas, suspensión o diferimiento en el cumplimiento de obligaciones, entre otras recetas.

Como no puede ser de otra manera, el peligro que representa incumplir con las necesidades y requerimientos que dimanen de la actividad estatal, obliga a los operadores a pensar (y claro está, diseñar) soluciones para hacer frente a estas crisis, a fin de respetar la ecuación económico financiera del contratista, debido a que -en la medida que aquella se resienta- se dificultará el cumplimiento de los cometidos perseguidos.

Es en este contexto, donde intentaremos explicar la legitimidad de los mecanismos de readecuación de precios y mitigación de riesgos en los Contratos Públicos, sin perjuicio de los posibles óbices normativos o interpretativos que pudieran existir en la práctica.

II. LA EFICIENCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

No obstante su escaso desarrollo relativo tomando como parámetro los restantes principios que tiñen las Contrataciones del Estado, la eficiencia de la contratación representa la razón de ser o el meollo de la actividad pública. Las exigencias actuales del Estado de Derecho, apuntocadas en la necesidad de hacer efectivos la diversa gama de derechos conquistados por la humanidad en su lucha contra el poder, marcan la impronta de la eficiencia, eficacia y economicidad de la gestión de los intereses públicos.

En este escenario, circunscribiendo el análisis en el tema que nos atañe, el término “eficiencia” (cuyos alcances veremos sucintamente en breve) aparece no solo como una mera intención se simple tinte teórica, sino que –por el contrario– en la actualidad, representa una obligación concreta y determinada para cualquier Estado. Así las cosas, el texto vigente de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 ha receptado este principio, por ejemplo, al momento de diseñar los alcances del control en materia de servicios públicos (Ref. Art. 42 C.N.), los cuales representan una de las principales tipologías de la contratación estatal. Como no puede resultar de otro modo, y de ahí su estrecha vinculación, para lograr la eficiencia de cualquier actividad, la misma debe adecuarse a los estándares que emergen del principio de razonabilidad (ref. Art. 28 C.N.), el cual se propaga a las acciones y gestiones que efectúa el Estado en todas sus órbitas y poderes.

Por su parte, los deberes de la República Argentina a partir de sus compromisos internacionales también manifiestan una clara inclinación en torno a la importancia que detenta la eficiencia en la gestión pública, y en lo que aquí interesa, en las contrataciones públicas. De acuerdo a ello, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada al ordenamiento jurídico nacional por conducto de la Ley N° 26.097,³ y la Convención Interamericana

3. Artículo 9. Contratación pública y gestión de la hacienda pública: 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación. 2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas: a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo. 3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estado financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

contra la Corrupción, ratificada por medio de la Ley N° 24.759,⁴ hacen alusión a la necesidad de dotar de eficiencia a las contrataciones celebradas por los Estados partes.

Asimismo, la eficiencia en el manejo de los fondos públicos resulta exigida por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, la Ley N° 25.188 y el Decreto N° 229/00, artículos 4, inciso g) y 5, inciso a). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente,⁵ o que tornen ilusorias las necesidades que debe cumplir el Estado.

En este marco, se comprende y justifica la consagración normativa del principio bajo examen en los diversos regímenes de contratación de la República Argentina. El Decreto Delegado N° 1023/2001 entre los objetivos del régimen de contrataciones del Estado, expresa que las obras, bienes y servicios deben ser obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad (Conf. Art. 1° Decreto N° 1023/2001).

Este lineamiento, luce reforzado en el Art. 3° inc. a) del Decreto N° 1023/2001, el cual incluye entre los principios de las contrataciones del Estado a la “... *Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado*”.

Ahora bien, la labor más compleja en la actividad diaria desplegada por los diversos operadores que intervienen en los procedimientos contractuales reside en el modo a través del cual adquiere vigencia el principio que venimos anotando. Por ello, en primer término cabe considerar que el principio de eficiencia y razonabilidad, posee un papel trascendental en todo sistema normativo, ya que constituyen

4. Artículo 3 apartado 5°: *Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas*”

5. GORDILLO, Agustín, “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*,” Fundación de Derecho Administrativo. Año 2014. Pág. 441.

directrices de interpretación, teniendo en cuenta que la decisión siempre deberá estar orientada a la búsqueda del bien común,⁶ propio de la actividad estatal, y a su vez, tienen una función integradora de todas las normas que integran dicho sistema, y asimismo, orientan la actividad legislativa.⁷

Sobre el particular, se ha sostenido que *“La importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer...”*⁸

En el ámbito de la contratación pública, se ha entendido que los órganos que tengan a su cargo el impulso de las mismas deberán procurar optar por el procedimiento que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos⁹, y a su vez, deberán realizar un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado, lo cual resulta viable empleando una interpretación dinámica y finalista de la normativa vigente.¹⁰

Es por ello que la Oficina Nacional de Contrataciones, al momento de dar aplicación a este principio de razonabilidad¹¹ (presupuesto ineludible de la eficiencia), señala que el mismo se despliega en tres subprincipios:¹² el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto. El primero, se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado. Este

6. Nunca es ocioso recordar que la idea del bien común se asienta en la propensión del bienestar general contemplada en el Preámbulo y su contexto (Conf. Fallos 179:113 -1937-), y que a su vez, es el propio Estado quien se erige como el gestor por antonomasia del bien común (Fallos 204:560-1946-).

7. Dictamen ONC 769/2011.

8. NIELSEN, Federico, *“La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa”*, en AA. VV., *“Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral”*, 1ª ed., Ediciones RAP. Pág. 563 y ss. Asimismo, acerca del principio de razonabilidad en la contratación pública, ver FANELLI EVANS, María Agustina *“Mitos y verdades sobre el principio de razonabilidad”* en AA.VV *“Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos”*. Ediciones RAP. Año 2014. Pág. 383 y ss.

9. Dictamen ONC 383/2013.

10. Dictamen ONC 114/2015.

11. Conf. Dictamen ONC 226/2013. En este dictamen, se discutía la legitimidad de la mejora de precios solicitada por un Ente Licitante al oferente mejor posicionado, cuando dicha posibilidad no se hallaba expresamente contemplada en la reglamentación que regía al procedimiento.

12. En un sentido análogo también se expide Nielsen (op. cit.).

subprincipio puede identificarse con lo que comúnmente se denomina eficacia de una medida o decisión, que permite alcanzar el fin buscado empleando la menor cantidad de recursos. El segundo, implica que este estándar exige que el organismo contratante elija entre los medios idóneos para el logro del fin que procura -es decir los que cumplen con el *subprincipio* de adecuación- aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el menor sacrificio a los derechos de los particulares, el cual podría configurarse, si se verifica que el organismo contratante utilizó el medio menos gravoso o restrictivo. El tercero, implica que, una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida, se debe determinar si ésta es razonable en sí misma, esto no es otra cosa que dilucidar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar.

Una decisión será razonable si es la más adecuada para alcanzar el fin buscado y además supone un coste proporcionado con los beneficios, en otras palabras que sea eficiente. Como lo ha explicado Comadira, la garantía de razonabilidad que deriva del Artículo 28 de la Constitución Nacional debe irradiar su fuerza expansiva a todos los actos estatales; incluso a los contratos que instrumentan las licitaciones.¹³

A raíz de esto, el Organismo Rector en materia de contrataciones a nivel nacional destacó que el principio de eficiencia¹⁴ obliga a que los recursos que fueron empleados por la Administración para la gestión del procedimiento de selección -tiempo, recursos económicos y humanos-, se orienten a lograr el cumplimiento del objetivo planteado: la satisfacción de la necesidad, es decir, la adquisición del bien requerido, de lo contrario la contratación -por toda la erogación que demandó su tramitación- resultaría ineficiente.¹⁵

Bajo los postulados anteriormente mencionados, vale afirmar que la flexibilidad y agilidad de los procesos de contrataciones no resultan incompatibles con las

13. COMADIRA, Julio R. "Algunos Aspectos de la Licitación Pública en Contratos Administrativos", publicado en AA.VV. "Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010. Pág. 387

14. Dictamen ONC 226/2013.

15. Nielsen ha destacado que "por eficiencia se ha entendido, en la más común de sus acepciones, al cumplimiento del objetivo propuesto inicialmente mediante la utilización de la menor cantidad de recursos posibles, o dicho de otro modo, se refiere a la idoneidad de la actividad dirigida al cumplimiento del fin buscado. En el marco de un procedimiento licitatorio, estaría dada en la satisfacción de la necesidad con la utilización de recursos -humanos, temporales, económicos- con la mayor racionalidad" (op., cit.).

mandas del derecho constitucional.¹⁶ En este contexto, en la medida que se encuentren en juego recursos públicos, habrán de observarse los principios de eficiencia y eficacia.¹⁷

En sintonía con lo que se viene sosteniendo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha consagrado que *“El principio de eficacia se encuentra relacionado con el derecho de las personas a una buena administración. Este derecho exige que el Estado trate los asuntos de modo imparcial, equitativo y en tiempo razonable. En verdad, la idea central es que el Estado desarrolle sus actividades, preste sus servicios y cumpla con sus fines en términos legítimos y diligentes. Es decir, el Estado debe reconocer y garantizar efectivamente los derechos en términos no sólo de propósitos sino de resultados. Por su parte, el principio de eficiencia supone alcanzar los objetivos con el menor costo posible (esto es, maximizar los beneficios y minimizar los costos)”*¹⁸

El espectro de la eficiencia y la razonabilidad en las contrataciones públicas es que el que permite, armonizando las herramientas o mecanismos que se utilicen con los demás principios que rigen a la contratación, estatuir en los documentos que componen el plexo normativo contractual (Reglamentos, Pliegos, etcétera) previsiones que mitiguen riesgos (distribuyéndolo entre las partes por ejemplo), o como expondremos más adelante, instancias que permitan las readecuaciones de precios, no solamente para tutelar los intereses de los terceros (vgr. Contratistas), sino para dar cumplimiento al objeto perseguido desde el inicio en el procedimiento de selección.

III. LA PROTECCIÓN DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL CONTRATO. EL FENÓMENO DE LA INFLACIÓN

1.-El derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera se erige como una de las principales garantías con las que cuenta el contratista, operando en tal sentido, como un contrapeso respecto al régimen exorbitante que caracteriza a la contratación pública, y en líneas generales, al derecho administrativo.

16. Dictámenes 301:049.

17. FLORES, Álvaro B. “El régimen de contrataciones en las formas empresariales del Estado”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Número 1. Julio 2019. IJ-DCCLII-86.

18. Dictámenes 301:049.

Tal como lo ha expuesto Escola, se acepta de manera uniforme, y es una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la administración pública, lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que existe entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir y el de los importes complementarios que le correspondan.¹⁹

Por ello, es trascendental para cualquier contratista tener en consideración lo que pueda acontecer con el beneficio calculado o estimado. Por tal circunstancia, cuando se afecta el equilibrio económico-financiero eso se traducirá en una disminución de aquel beneficio.

Asimismo, no resulta ocioso indicar que la Administración no puede privarle al contratista la utilidad convenida; ésta debe ser justa y razonable. Conteste a ello, el contratante presta su colaboración a la Administración Pública, determinado por la utilidad razonable calculada, en contraprestación por sus servicios, su actividad, o los bienes que ha puesto a disposición de ella.²⁰

Según lo grafica Marienhoff, “...el equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contractuales en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia - igualdad): ésta última no puede ser alterada”.²¹

Sin que esto implique diluir el riesgo empresario que conlleva cualquier actividad comercial o económica, máxime en el ámbito de la contratación pública donde se acrecienta la debida diligencia por parte del contratista,²² la protección de

19. ESCOLA, Héctor J. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”. Ed. Depalma. Año 1977. Tomo I. Pág. 452.

20. BERÇAITZ, Miguel “Teoría General del Contrato Administrativo”. Ed. Depalma. Año 1980. Segunda Edición. Pág. 437.

21. MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. AbeledoPerrot. T. III-A, pág. 470.

22. Fallos 311:2831 (1988); 319: 1681 (1996); 324:4199 (2001); 330:1649 (2007). Asimismo, ver HALPERIN, David “Los contratos administrativos cuyo objeto importa la realización de desarrollos tecnológicos y la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato. Lo atinente al álea tecnológica”, publicado en “Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica”, Número 15 - Abril 2016, IJ Editores. IJ-XCVII-209.

la ecuación económico-financiera examinada o tenida en consideración por aquellos que toman parte en la ejecución de un contrato debe ser inexorablemente considerada por el Estado cuando estructura o planifica una contratación.

En este entendimiento, debe recordarse que la prerrogativa bajo análisis cuenta con un fundamento constitucional expreso en el Art. 17 de la Carta Fundamental, en el cual se protege el derecho de propiedad. En materia contractual, se advierte una fuerte tutela del mentado derecho, atento a que los derechos nacidos bajo el amparo de vínculos contractuales quedan englobados en el concepto lato de “propiedad”, el cual ha sido entendido como “...*todos aquellos intereses del hombre fuera de la vida, el honor y la libertad*”.²³ Esta tendencia, se ve replicada expresamente en el contenido del Código Civil y Comercial, ya que el Artículo 965 expresamente consagra lo siguiente: “*Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante*”.

Tradicionalmente, este derecho que constituye el núcleo de las prerrogativas de los contratistas, guarda vinculación con el principio de la “honesta equivalencia de las prestaciones”, postulado en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés desde el precedente “Compañía Francesa de Tranvías” (11 de marzo de 1910), y traspolado posteriormente a nuestro país. Por conducto de esta máxima, se busca lograr un equilibrio entre las ventajas otorgadas al contratista, y las cargas que le son impuestas, las cuales deben balancearse de manera tal que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas.²⁴

Por tal circunstancia, cuando este principio elemental se ve afectado es indispensable formular soluciones que permitan cumplir los términos del contrato, sin menguar los derechos adquiridos por el contratista. Es por ello que no sorprende que haya sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha fundado la procedencia de los reclamos pecuniarios incoados con sustento en este principio.²⁵

23. Fallos 145:307 (1925); 184:137 (1939); 292:152 (1975); 312:343 (1989). En lo que respecta al Contrato de Obra Pública, la Corte ha entendido que el precio está constituido por la oferta más la cláusula de reajuste, y es para las partes -contratista y comitente- un derecho patrimonial protegido por el Artículo 17 de la Constitución Nacional (Conf. “Pizarro Araoz c/ Dirección de Fabricaciones Militares” 3-3-1981, Fallos 303:323; “Industria Mecánica SAIC c/ Gas del Estado” 15-6-1982, Fallos 304:856; “Dulcamara SA c/ ENTEL” 29-3-1990, Fallos 313:376).

24. CASSAGNE, Juan C., “El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo”, REDA, N° 1, ps. 27-41.

25. Fallos 295:973 (1976); 310:2907 (1987); 312:1036 (1989). Asimismo, ver FLORES, Álvaro B. “La Responsabilidad

2.-Ahora bien, la garantía que se viene desarrollando –como cualquier tipo de derecho- es imprescindible que sea ejercido e interpretado de modo razonable. Es aquí donde debe primar la consolidación de una estabilidad hermenéutica, a fin de evitar vaivenes o vicisitudes en el modo en el cual se contemplan los alcances de la ecuación económico-financiera.

Por estas razones, de ningún modo podrá soslayarse el comportamiento que deberá adoptar y mantener el contratista a lo largo de la relación contractual. Sin perjuicio del mandato de la debida diligencia –al cual anteriormente se hiciera alusión-, el principio de colaboración es importante para enmarcar los contornos de la tutela de la ecuación económico-financiera.

Así las cosas, la PTN se sirvió de expresar que “La contratación administrativa supone un ánimo de mutua colaboración que muestra a prima facie la inexistencia de intereses claramente contrapuestos, teniendo en mira fundamentalmente su fusión en una sociedad común, lo que impide dar a alguna de las cláusulas un rigor absoluto, con desconocimiento de las restantes, desacertada interpretación del espíritu del contrato.”²⁶ En otro precedente, se entendió que “en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público”.²⁷

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones ha destacado en forma constante la condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público que revisten los proveedores del Estado.²⁸

Entendemos que la orientación que brinda el principio de colaboración, reviste utilidad para –por ejemplo- comprender los alcances que pueden tener las diversas manifestaciones de las readecuaciones de precios. Si bien estrictas razones de justicia así lo determinan, la aplicación de la doctrina del “sacrificio compartido”

Contractual del Estado a la luz de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en el Suplemento de Obligaciones y Responsabilidad Civil de El Dial, en fecha 1/7/2016 (elDial DC2144).

26. *Dictámenes* 182:9; 202:18.

27. *Dictámenes* 251:557.

28. Conf. DICTAMEN ONC N° IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.

en los casos de teoría de la imprevisión o renegociaciones contractuales (según los lineamientos del Decreto N° 1030/2016) representa un concreto ejemplo de la hipótesis que aquí sostenemos.

3.- Las vicisitudes económicas de la República Argentina, recurrentes por cierto, comenzaron a experimentar un agudo acrecentamiento a partir del año 2018 acelerándose los niveles de inflación. Como no puede ser de otro modo, esta circunstancia, habrá de impactar de lleno en las contrataciones públicas, y no solamente en la faz de ejecución contractual, sino también en el diseño y armado de los procedimientos de selección.

Es el propio Estado el que ha reconocido normativamente la compleja situación económica que transita el país. Un ejemplo elocuente de esto puede verse en los considerandos del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 596/2019, en donde se expresó que *“...en 2018 la economía argentina fue afectada simultáneamente por una disminución en su capacidad exportadora, consecuencia del impacto adverso de fenómenos climáticos sobre su producción agropecuaria, y por una reversión en los flujos internacionales de capitales producto de medidas exógenas de política monetaria, que ocasionaron una imprevista devaluación del tipo de cambio nominal frente al dólar estadounidense”*. Esta situación, como es de público y notorio conocimiento, se acentuó con posterioridad al 12 de agosto del corriente año.

En este escenario, tal como se esbozara, las fluctuaciones del valor de la moneda que traen como consecuencia la alteración de las prestaciones comprometidas en los contratos públicos, constituyen una preocupación central para todos los operadores del sistema.

La devaluación (y consiguiente inflación)²⁹ es un factor que, como puede fácilmente comprobarse, genera estragos en la economía en su conjunto, y en los contratos en particular, máxime cuando los mismos tienen una cierta envergadura y dependen de elementos e insumos importados o sometidos a variaciones de precios ante depreciaciones monetarias.

²⁹. Acerca de este tema en el marco del ordenamiento jurídico argentino, ver SACRISTÁN, Estela “Defensa del valor de la moneda vs. Derechos de Propiedad (A propósito de la indexación)”, publicado en LA LEY 2011-E, 1079.

En referencia a esto último, es preciso recordar que la jurisprudencia de la Corte ha sentado que *“Dado que el dinero no es un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite valorar la medida de cosas y acciones dispares en el intercambio, en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa debe estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme con las circunstancias del caso. Aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de los valores...”*³⁰

No obstante los criterios reseñados, los crónicos procesos inflacionarios que se suceden en Argentina desde hace más de 70 años, han generado que en los estrados jurisdiccionales aquel fenómeno haya tenido, si se quiere, una interpretación oscilante, o dependiente de la intensidad en la que se manifieste. En relación a ello, previo al advenimiento de la legislación de “convertibilidad”, para desechar pretensiones amparadas en la teoría de la imprevisión la Corte afirmó que la reiteración de períodos de alta inflación con la consiguiente distorsión de las variables económicas, no resultaba un hecho imprevisible.³¹

Esta situación obliga a quienes quieran participar de un procedimiento de selección de extremar sus precauciones al momento de proponer el precio de las prestaciones, los cuales –en su gran mayoría– se encontrarán por encima de los valores de mercado. Asimismo, este aspecto es importante debido a que, en el marco de la ejecución del contrato no se podrá invocar el desfasaje de precios por una escalada inflacionaria para relevarse del cumplimiento de las obligaciones asumidas.³²

Sin embargo, más allá de la concepción que rige en torno a la inflación – básicamente por su permanencia en el contexto económico nacional– vale decir que esta solución no aparece tan lineal, máxime cuando se está en presencia de devaluaciones abruptas que conllevan a disparadas inflacionarias que no podrían ser previstas. En esta inteligencia, no puede soslayarse el criterio vertido por la

30. Fallos 295:973 (1976).

31. Fallos 319:2037 (1996).

32. Conf. DICTAMEN ONC N° IF-2017-00656026-APN-ONC#MM. Aquí, expresamente se consideró que no basta con invocar una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación prometida para excusarse del cumplimiento de un contrato, lo cual significa que la inflación no puede asumir o revestir el carácter de caso fortuito o fuerza mayor.

Corte en la causa “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica S.E.”³³ en donde se expuso que “Si bien, como principio celebrado el contrato en épocas de inflación, el deterioro de los precios no puede considerarse imprevisible ni autoriza el juego de la teoría de la imprevisión, cuando la curva inflacionaria se altera de modo brusco, repentino o inesperado, los hechos que trastornan sustancialmente la ecuación del contrato caen en el ámbito de la mencionada teoría, cuyas soluciones se imponen para expurgar a ese convenio de la grave injusticia que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle”.

Aplicando el criterio referenciado, cuando la alteración es abrupta y violenta, la inflación dejará de ser un aspecto que ingrese en el ámbito de la debida diligencia del contratista dando paso a la posibilidad de recomponer el contrato, bajo el cobijo de la teoría de la imprevisión.

IV. LA READECUACIÓN DE PRECIOS

1. Aclaraciones conceptuales

Con carácter previo a desarrollar las ideas que se intentarán abordar en este acápite, es preciso realizar ciertas aclaraciones terminológicas para orientar de un mejor modo al lector.

En dicha inteligencia, para esta oportunidad, englobamos dentro del término “readecuación de precios” a las herramientas o mecanismos enderezados a respetar la ecuación económico-financiera del contrato y dotar de eficiencia a las contrataciones públicas. Por tal motivo, en este concepto lato que postulamos para la ocasión, englobaremos a distintos institutos (redeterminaciones de precios, renegociación de contratos, modificaciones de precios por impactos tecnológicos, entre otros) que sin perjuicio de sus matices o aspectos divergentes, en cada uno de ellos se grafica un cometido común compuesto (tutelar la economía del contrato y asegurar la eficiencia de la contratación).

33. Fallos 304:919 (1982).

Atento a ello, la inquietud (y el desafío) radica en la necesidad de indagar acerca de la posibilidad de generar e instaurar mecanismos transparentes, con el fin de lograr una sana competencia y concurrencia de interesados, dentro de los contornos que ofrece el ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, intentaremos ofrecer un panorama acerca de los condicionantes y las opciones que ofrece nuestro ordenamiento, y las que soluciones que se han ensayado para amalgamar los aspectos que hemos tratado en los acápites anteriores.

2. La prohibición de indexar. Sus alcances e interpretación

Las reflexiones que se realizan en estas líneas carecerían de total sentido si no se encontrara en vigencia la Ley N° 23.928, la cual –como seguidamente se verá– ha establecido la veda de la indexación en el marco de relaciones obligacionales.

Específicamente, la Ley mencionada en su Artículo 7° (texto según la modificación de la Ley N° 25.561) 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. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”*.

Complementando este aspecto, el Artículo 10° estatuye lo siguiente (texto según la modificación de la Ley N° 25.561):*“Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive*

convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

Más allá de la relativa corta vigencia del régimen de convertibilidad³⁴ (1991-2001), el cual tuvo su partida de defunción a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 25.561 (B.O. 6/1/2002), la situación económica del país –con la consiguiente declaración del estado de emergencia- imposibilitó liberar la posibilidad de establecer mecanismos indexatorios o de actualización de deudas. Esto obedeció, en gran medida, a fin de proteger o tutelar a ciertos deudores en el marco de un período de marcada devaluación, y consiguiente, escalada inflacionaria.

Como puede colegirse, la decisión de mantener la interdicción a actualizar o repotenciar deudas tuvo un profundo impacto en los Contratos que celebra el Estado. En este sentido, al no poder utilizar formulas polinómicas que permitan actualizar los precios en el seno de la ejecución de un contrato, se han producido varias consecuencias negativas. Entre ellas, es posible citar a las siguientes: a) encarecimiento de los precios de las contrataciones, atento a que, al no haber –*a priori*- posibilidad de actualizar en el seno de la relación contractual los valores, los oferentes inexorablemente trasladan el eventual costo a las propuestas económicas que formulan; b) impide en los hechos planificar contrataciones a largo plazo o plurinuales, atento a que resulta dificultoso (tanto para el Ente licitante como para los potenciales participantes) estimar los valores que puedan representar la relación contractual.

No obstante las vicisitudes señaladas, hartamente conocidas por todos los operadores del sistema, al día de la fecha esta prohibición perdura, sin perjuicio de las soluciones que se ensayan (cada vez con mayor frecuencia) para equilibrar la eficiencia de la contratación con la garantía de la ecuación económico financiera de los contratos.

En el contexto antedicho, cabe también señalar que la jurisprudencia se ha expedido a favor de la constitucionalidad de la prohibición de indexar (con posterioridad

34. Para un mayor análisis en relación a su injerencia en el Derecho Administrativo, ver ALEGRÍA, Héctor - RIVERA, Julio C. “La Ley de Convertibilidad”. AbeledoPerrot. Buenos Aires. Año 1991. En especial, capítulo XIV.

a la salida de la convertibilidad)³⁵ en la causa “Massolo”.³⁶ Aquí, la Corte declaró inválida la cláusula incluida en el convenio de pago suscripto por las partes una vez firme la sentencia que hizo lugar a la demanda por indemnización de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, según la cual ambas pactaron que en caso de derogarse la ley de convertibilidad, dejando de existir la paridad peso/dólar, cada una de las cuotas se abonarían en los pesos necesarios para adquirir la cantidad de dólares equivalente a cada una de las cuotas pactadas, debido a que, permitir la vigencia y aplicación de dicha cláusula de estabilización “...significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que las leyes federales de emergencia económica proponen alcanzar mediante la prohibición genérica de la indexación, medida de política económica que procura evitar el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía- al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores-, contribuya de manera inercial a acelerar la alzas generalizadas de precios”.

Lamentablemente, no obstante los fundamentos vertidos a favor de las virtudes de la veda de la indexación (básicamente para morigerar la inflación), como es de público y notorio conocimiento, los niveles de inflación en nuestro país jamás se mantuvieron quietos o decrecieron. Por tal motivo, cuanto menos, la prohibición de actualizar deudas ha fracasado en la misión que, a través de sus fundamentos, la jurisprudencia le había atribuido.

En este orden de ideas, en los últimos tiempos se planteó el interrogante acerca de si el mentado Artículo 10 de la Ley N° 23.928 se encontraba vigente. Esta inquietud se generó a partir de la finalización de la emergencia económica a partir del 31 de diciembre de 2017, de acuerdo a la expiración del plazo de prórroga fijado en su oportunidad por la Ley N° 27.200. Si bien esta norma determinó la conclusión de la etapa de emergencia económica (¿regresará próximamente?), no implicó la derogación de la parte pertinente de la Ley N° 23.928, lo cual significa -por añadidura- la supervivencia de la prohibición de indexar que estipula el Artículo

35. Esto si bien es algo que parece obvio, al fijar una convertibilidad por vía legislativa (caso paradigmático en el esquema mundial) la inflación quedaba neutralizada, y por añadidura, no tenía problemática alguna la imposibilidad de establecer cláusulas indexatorias.

36. Fallos 333:447 (2010).

referenciado. El hecho de que su texto actual sea el resultante de la modificación que introdujo la Ley N° 25.561 (la cual dio inicio a la emergencia económica) no implicó de ningún modo que, al cesar la emergencia, quedara sin vigencia lo establecido en la originaria ley de convertibilidad.

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte ha tenido la posibilidad de expedirse en relación a los alcances actuales que tiene la imposibilidad de indexar. En la causa “Romero”³⁷ el Tribunal estimó –haciendo suyos los fundamentos del Procurador– que “...El art. 4° de la ley 25.561, al sustituir el texto de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 mantuvo vigente la prohibición de indexar que establecían dichas normas y dicho mandato legal de orden público no fue respetado cuando se regularon los honorarios en un porcentaje de una cantidad determinada de moneda extranjera y se dispuso que tales emolumentos se expresarían en moneda nacional según el tipo de cambio vigente en una fecha futura, pues ese proceder tiene un evidente propósito indexatorio de las retribuciones fijadas, al estabilizar su valor vinculándolo con el del dólar estadounidense”.

El criterio sentado por el Tribunal, desde nuestra óptica, no debería extenderse más allá de los contornos fácticos que rodearon al caso, que como se transcribió, apuntaron a denegar la posibilidad de regular honorarios profesionales en moneda extranjera. Entendemos que esto es así debido a que, si se adoptara una posición contraria, se desnaturalizaría la posibilidad de prever la opción de cotizar en monedas foráneas, como suele suceder en las Licitaciones Internacionales. En estos casos, el modo de cotización (en moneda extranjera) no obedece a la elusión de la veda a indexar, sino que aparece como un recaudo indispensable para lograr y propender a la eficacia de la contratación. Expresado de otro modo, resultaría muy difícil o *contra natura*, exigirle a un proveedor extranjero –los cuales por regla no tiene representación en el país– que estimen sus ofertas en moneda nacional, máxime cuando los costos asociados a la prestación que se trate son establecidos en monedas de alcance global (léase dólares estadounidenses o euros).

De acuerdo a la doctrina del fallo “Romero”, en los casos de las Licitaciones Internacionales, estaría acreditado el fundamento objetivo que permite aceptar

37. Fallos 341:1975 (2018).

cotizaciones en moneda extranjera, debido a que –como ya se planteara– una solución opuesta atentaría contra el éxito de la contratación. El criterio que pergeñamos, encuentra asidero en la doctrina establecida por la Procuración del Tesoro de la Nación. Así las cosas, en *Dictámenes* 203:22 (1991) se entendió que “...El régimen de la Ley de Convertibilidad 23.928 sólo hace referencia a deudas en “australes” y no a deudas en monedas extranjeras, y su intencionalidad no puede haber sido reglar una inflación extranjera para suprimir sus efectos, por lo que resulta razonable admitir que el contrato de suministro referido a la Central Nuclear Atucha II que comprende prestaciones realizadas en el extranjero, pagaderas en moneda extranjera y reajustables mediante fórmulas cuyos índices reflejan la evolución de los precios del país de origen, no queda alcanzado por el sistema desindexatorio establecido en aquélla”.

Por su parte, en la causa “Di Cunzolo”³⁸ al descalificar una sentencia proveniente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, destacó que “... No parece razonable ni fruto del “prudente arbitrio judicial” que dieciocho años después de haberse celebrado el contrato de compraventa se fije el saldo de precio en idénticos valores nominales, máxime cuando la economía de nuestro país ha sufrido en ese período un agudo proceso inflacionario, con la consecuente distorsión de precios en el mercado inmobiliario”.

3. Variantes ensayadas para recomponer la economía de los Contratos Públicos

La prohibición de indexar llevada a cauces irrazonables, junto con las crisis económicas que decantan en una escalada de precios o fenómenos inflacionarios, representan una especie de “tormenta perfecta” que conspira contra la eficiencia de los contratos públicos, lo cual pone en peligro la satisfacción oportuna de las necesidades que intentan garantizar las diversas técnicas contractuales.

Por ello, en forma paralela a las restricciones que provienen de la Ley N° 23.928 y dentro de los cauces que permite el ordenamiento jurídico vigente, se han ido construyendo diversos institutos destinados a amalgamar los contrapuntos antes señalados.

38. Fallos 342:54 (2019).

Como bien lo destaca Crivelli,³⁹ el derecho no puede impedir las variaciones de precios de la economía, que son acontecimientos fuera de su control. Por ello, el derecho puede desarrollar “remedios”, instituciones destinadas a eliminar los efectos del azar o morigerarlos equitativamente. En este entendimiento, estos mecanismos (o remedios) estarán destinados a mantener constante el valor de las obligaciones.

A todo evento, la readecuación de precios implicaría en esencia un supuesto de modificación contractual, el cual tiene como limitantes⁴⁰ al respeto de la sustancia y objeto del contrato, de su finalidad y al mantenimiento de la ecuación económico-financiera originaria.

Con relación a esta última, según lo que enseña Dromi⁴¹ la cuestión se suscita en resolver la intangibilidad y estabilidad del precio, fundamentalmente, cuando se da un contraste entre la seguridad jurídica originaria, la letra del contrato, lo pactado por las partes y el desfase del marco jurídico frente a los fenómenos de la realidad económica sobreviniente, que pide otras reglas de juego.

En este entendimiento, debe recordarse que el restablecimiento de la ecuación económico-financiera no pretende alterar o modificar la esencia del contrato, sino todo lo contrario, en función de que su objetivo reside en conservarlo y mantenerlo⁴². La PTN adhiere a un criterio análogo, exponiendo que “...El restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, no constituye, en el supuesto de las licitaciones, un apartamiento del contenido de los pliegos licitatorios ni, por ende, una violación del principio de igualdad de los oferentes sino, por el contrario, una forma apropiada de garantizar que las condiciones tenidas en cuenta por el adjudicatario al presentar su oferta se mantengan...”.⁴³

39. CRIVELLI, Julio Cesar “El ajuste en el precio en la Locación de Obra”. Editorial Abaco. Año 2002. Pág. 35

40. Ref. DROMI, Roberto “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”. Ediciones Ciudad Argentina. Año 1996. Pág. 23.

41. DROMI, Roberto “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”. Ediciones Ciudad Argentina. Año 1996.

42. Fallos 312:1036 (1989); 315:1418 (1992). En esta sentencia, en el voto de Barra, se sostuvo que “El restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de obra pública, lejos de pretender cambiarlo, lo que tiene en mira y precisamente desea es mantenerlo”.

43. Dictámenes 242:277.

En este contexto, vinculado a lo expuesto en el acápite anterior, tal como bien lo expresa Sacristán⁴⁴ la regla de “convertibilidad+no-indexación de montos dinerarios determinados en monedas convertibles” ha dejado de existir y en el cual la regla “inconvertibilidad + no reajuste” es un hecho legislativo ya agrietado, incluso entre algunos contratos administrativos. Ello trasunta, en el plano distributivo, o incoherencia o injusticia.

A partir de estas reflexiones, es momento de citar a los principales mecanismos o soluciones establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, que no obstante a la subsistencia de las limitantes ya aludidas, no se encuentran proscriptas por nuestro sistema normativo.

A. La redeterminación de precios en Contratos de Obra Pública y Consultoría

La primera experiencia que aparece en el ordenamiento normativo, y la más extendida desde su nacimiento, destinada a tutela la ecuación económico financiera del contrato ha sido la redeterminación de precios. Si bien contaba con un antecedente⁴⁵ previo a la salida de la convertibilidad en el año 2002, a partir del advenimiento del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1295/2002 se propagó la utilización de este mecanismo para tratar la economía de los contratos de Obra Pública,⁴⁶ tanto a nivel nacional como a nivel local, en estos casos, mediante la creación de instrumentos análogos en cada jurisdicción.

Como profundizaremos luego, sin perjuicio de que el carácter de “ley” (atento a la equiparación que realiza el Art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional en el orden normativo a los DNU) especial del régimen de redeterminación de precios

44. SACRISTÁN, Estela “Los Contratos Administrativos frente al régimen constitucional de la moneda”, en AA.VV. “Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos”. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho. Ediciones RAP. Año 2013. Pág. 311.

45. El Decreto 1312/1993, el cual junto a las Resoluciones de la Ex Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones 254/1993 y 255/1993, constituyó el primigenio orden normativo de la redeterminación de precios en los contratos de obra pública. Sin embargo, cabe aclarar que en *Dictámenes* 242:23, la PTN indicó que “...el sistema para la redeterminación periódica de los precios en las contrataciones de obras públicas a largo plazo, que estableció el Decreto N° 1312/93, se encuentra alcanzado por la prohibición del artículo 8° de la Ley N° 25.561, cuando expresa que también queda sin efecto cualquier otro mecanismo indexatorio”.

46. Sobre redeterminación de precios en Contratos de Obra Pública, bajo el régimen del DNU N° 1295/2002, se recomienda ampliar en CRIVELLI, Julio “El ajuste del precio en la locación de obra”. Ábaco. Buenos Aires. Año 2002; CRIVELLI, Julio - VEGA, Susana “Un nuevo sistema de redeterminación de Precios para la Obra pública: el DNU nro. 1295/2002” RAP, N° 321, pág. 453; DRUETTA, Ricardo Tomás, GUGLIELMINETTI Ana Patricia, “Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y Anotada”. AbeledoPerrot. 1° Edición. Año 2008. Pág. 337 y ss.

-lo cual permitiría eludir la veda a indexar- entendemos que este mecanismo no constituye un supuesto de indexación. Esto se fundamenta debido a que, esta herramienta implica la creación de un nuevo precio con efectos exclusivamente hacia el futuro, importando un típico caso de modificación contractual, bajo las condiciones que estipula la normativa de creación.⁴⁷

En el año 2016, mediante el DNU N° 691/2016 el nuevo régimen de redeterminación de precios -por la cual se derogó el previsto por el DNU N° 1295/2002- incorporó aristas que implicaron, al menos desde el punto de vista normativo, una extensión de los alcances del régimen. En primer lugar, la norma extendió el alcance de la redeterminación de precios a los Contratos de Consultoría regidos por la Ley N° 22.460,⁴⁸ los cuales pueden asumir la naturaleza de contratos de obra intelectual o de servicios -según el objeto de la actividad de consultoría-, y por el otro, amplía eventualmente su aplicación a contratos que no serían de Obra Pública (puesto a que no les resultaría aplicable la Ley N° 13.064) mediante la invitación a adherir a las 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.⁴⁹

La redeterminación, que como ya se manifestara, se traduce en la creación de un nuevo precio tiene la particularidad de reconocer no solamente los costos asociados⁵⁰ -en este caso- a la consecución de la obra, sino que dentro de este esquema queda englobada la ganancia o beneficio del contratista.

47. Generalmente, estas condiciones son el cumplimiento de las obligaciones sin mora, la presentación en las ofertas del desagregado de costos, a fin de cotejar, si el porcentaje o cláusula gatillo (anteriormente estipulado en el 10 %, y en la actualidad, fijado en el 5% en la mayoría de las jurisdicciones) se ha disparado, para proceder a la concreción del nuevo precio.

48. Esta normativa prevé la posibilidad de obtener una actualización de precios, la cual -por la vigencia de la veda a indexar- quedó virtualmente derogada.

49. Sobre el régimen vigente, ver GUGLIELMINETTI, Ana Patricia - IBARZÁBAL, Milagros "El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016". La Ley Online AP/DOC/875/2016.

50. Siguiendo a DRUETTA y GUGLIELMINETTI, en un Contrato de Obra Pública estos serían los siguientes: i) el valor de los materiales o insumos provistos por el contratista; ii) el costo de todos los gastos que demande la utilización de los materiales comerciales y no comerciales; iii) el costo de la mano de obra y cargas sociales; iv) los gastos generales e indirectos y costo de los seguros; v) el gasto financiero; vi) la provisión y amortización de equipos y materiales que no se incorporen a la obra; vii) el costo de reparación de equipos y repuestos; viii) el costo del transporte; ix) impuestos; x) el costo del proyecto si el contratista asumió el rol de proyectista-ejecutor; xi) las erogaciones motivadas por derechos de patente y costos que puedan derivarse del uso de equipos, aparatos, materiales, procesos patentados o marcas registradas; xii) el costo de todo otro elemento, acción o procedimiento que contribuya a la realización de la obra de acuerdo con el contrato; xiii) el precedente beneficio industrial (Conf. DRUETTA, Ricardo Tomás, GUGLIELMINETTI Ana Patricia op., cit., pág. 338).

Explicado de otro modo, el riesgo⁵¹ que asume quien ejecuta el contrato es tolerar las variaciones de costos que no superen el porcentaje establecido por la normativa. Acaecida esa condición, el contratista tendrá el derecho de solicitar la modificación del precio –con efectos *ex tunc*– en donde estará incluida la ganancia que tuvo en miras obtener al momento de preparar la oferta.

B. El caso de los contratos interadministrativos

La experiencia y los antecedentes de la jurisprudencia administrativa muestran que la restricción a estipular mecanismos que permitan de alguna manera actualizar los valores o reformular precios, ha tenido una suerte de elasticidad cuando se celebran contrataciones interadministrativas.

La característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno. Por ello virtualmente se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. Por ello, los contratos interadministrativos tienen su razón de ser en las particularidades que ofrecen y que son consecuencia de las características de la vinculación que se señaló precedentemente.⁵²

A raíz de ello, se ha sostenido que el régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado. En otras palabras, en el marco de una relación interadministrativa, la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo –en cambio– el principio de cooperación y unidad de acción del Estado.⁵³

51. Sobre esta cuestión en los contratos administrativos, ver MATA, Ismael “El Riesgo en los contratos administrativos”. RAP. Año XXVII N° 320, pág.150 y ss.; GRANILLO OCAMPO, Raúl “Distribución de los riesgos en la contratación pública.” Ed. Astrea. Buenos Aires. Año 1990.

52. Dictámenes 234:645.

53. Dictámenes 201:229 y 225:71.

De acuerdo a estas características, la prerrogativa de la Administración de modificar un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas, conforme la opinión de la Oficina Nacional de Contrataciones.⁵⁴

Bajo tales lineamientos, quizá por las particularidades que ofrece esta tipología de contratación pública, la ONC ha admitido la legitimidad de mecanismos de redeterminación de precios en esta clase de contrataciones. Específicamente se destacó que no existe óbice que impida, en el marco de un contrato interadministrativo, la utilización de fórmulas polinómicas para el monitoreo de la ecuación económico-financiera del contrato.⁵⁵

C. Las contrataciones con commodities o precios regulados

Otro modo que ha sido utilizado sin reparos para armonizar la eficiencia de la contratación con la tutela de la ecuación económico-financiera del contrato, es la expresa admisión en los Pliegos de formular cotizaciones tomando como base o parámetro valores prefijados a nivel regional o global. En este supuesto, nos estamos refiriendo a la cotización de los denominados “commodities”, cuyo valor –fruto de los términos globales del comercio internacional– usualmente se encuentra sujeto a fluctuaciones, y suelen ser conmensurado –sin que esto revista el carácter de oficial o estatal de algún modo– en Entidades específicas (Ej.: en el caso de los cereales, en las Bolsas de Comercio).

El supuesto descrito representa uno de las principales manifestaciones del impacto del fenómeno de la globalización en la contratación pública.⁵⁶

No obstante el carácter *a priori* inflexible de los Pliegos de la contratación pública, desconocer esta circunstancia –que tiene carácter mundial– importaría restringir severamente el éxito de la contratación, ya sea por el eventual desinterés por la

54. Dictámenes ONC N° 84/2013; 320/2014; y N° IF-2016-00074857-APN-ONC#MM.

55. Dictamen ONC N° 106/2013. En este caso, la redeterminación de precios fue admitida para una contratación referida a la provisión de un Sistema de Adquisición y Disseminación de Imágenes a ser realizado por INVAP S.E., cuyo requirente era el Ministerio de Seguridad.

56. Sobre esta cuestión, es ineludible acudir a meduloso trabajo de AGUILAR VALDEZ, Oscar “Fuentes y principios del Derecho Global de las Contrataciones Públicas” en CASSAGNE, Juan Carlos (Director) “Tratado General de los Contratos Públicos”. Ed. La Ley. Año 2013. Tomo II. Pág. 677 y ss.

contratación (lo cual conllevaría a procedimientos de selección desiertos) o por las potenciales vicisitudes que se generen en la ejecución del contrato (si se ofertase un precio fijo a secas, sin contar las posibles variaciones que provengan del mercado, se abriría un escenario poco propicio para garantizar el cumplimiento del contrato).

En este entendimiento, han sido admitidas cláusulas en los Pliegos que remitían a porcentajes fijos e inamovibles sobre un valor de referencia internacional.⁵⁷

Entendemos que el mismo criterio debe ser aplicado cuando estemos en presencia de un precio que se encuentre regulado por el Estado (como sucedió en su momento con los valores del combustible). Si se adoptara un temperamento contrario, es muy probable que se corroboren los supuestos fácticos descriptos en los párrafos anteriores, atentando con las posibilidades de satisfacer la demanda o necesidad requerida.

Asimismo, el criterio expuesto en este punto también puede ser considerado como el “fundamento objetivo” que permite admitir la posibilidad de realizar cotizaciones en moneda extranjera, siguiendo el razonamiento seguido por la CSJN en la causa “Romero” *ut supra* mencionada. En estos supuestos, estaríamos en presencia de una obligación de valor (Conf. Arts. 765, 772 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación), las cuales no están alcanzadas por la veda a indexar.

D. La extensión de la redeterminación de precios a las contrataciones de bienes y servicios

La naturaleza de la redeterminación de precios admite la posibilidad de ser replicada a cualquier tipo de contrato público. Como bien lo ha puesto de resalto Ymaz Videla,⁵⁸ en sus apreciaciones respecto del Contrato de Obra, señaló que en el instituto de la Redeterminación de Precios, la misma se efectúa con validez hacia el futuro. Es una nueva determinación del precio original, el cual una vez establecido, queda fijo e inamovible para el tramo de la obra que se ejecute, hasta

57. Dictamen ONC N° 131/2013; N° 286/2015; N° IF-2017-02684423-APN-ONC#MM.

58. YMAZ VIDELA, Esteban M., “La redeterminación de Precios vs. Variación de Costos. Una diferencia esencial”. Revista de Derecho Administrativo, N° 51 págs. 163-169.

que, eventualmente se den las condiciones para otra redeterminación. Por tal motivo, el precio final de la obra se conocerá al finalizar la obra, con la tentativa última redeterminación.

Por su parte, tampoco puede soslayarse el criterio de la CSJN en referencia a que el concepto que corresponde asignar a la actualización monetaria no es otro que el de conservar el valor de lo adeudado al momento del efectivo pago⁵⁹. Por tal motivo, al tratarse de un precio o valor *ex novo*, y por añadidura, la modificación de un aspecto del contrato, no es posible asimilar a la redeterminación con una actualización monetaria.

Adunando a esta posición, corresponder destacar que la cuantificación del valor no implica además una actualización automática ni repotenciación o indexación dineraria de la deuda, añadiendo un nuevo aporte para extender la procedencia de este instituto a otros tipos contractuales.

En efecto, para corroborar esta tesitura, el Código Civil y Comercial de la Nación ofrece en su articulado soluciones que van en el sendero anteriormente mencionado, que –por ejemplo– han sido utilizados para fundamentar la inclusión de mecanismos de redeterminación en la Provincia de Mendoza (Conf. Disposición N° 1534/2016).

Estas cláusulas son los Artículos 772 y 1133 los cuales se transcriben a continuación:

“Artículo 772: Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

“Artículo 1133: Determinación del precio. El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al

59. Fallos 298:501 (1977); 303:1708 (1981); 307:1979 (1985).

arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo”.

En este sentido, la deuda de valor es aquella en que el objeto es un bien, que es medido por el dinero. Lo que se debe entonces es un valor, y el dinero no es el objeto, sino el modo de pagar; a diferencia del caso anterior, no está *in obligatione*, sino *in solutione*.⁶⁰ Por este motivo, las obligaciones de valor adquieren una trascendencia mayor cuando el sistema es nominalista (se debe devolver la misma cantidad de dinero y no hay cláusulas de indexación) y hay inflación⁶¹, que es la situación que se configura en la actualidad en Argentina.

Creemos que por estas cuestiones, inclusive, la propia ONC no ha descartado la posibilidad de aplicar este mecanismo en los contratos de la administración. Así las cosas, el Órgano Rector afirmó que “*La redeterminación de precios no es aplicable porque aún no ha sido contemplada en el marco del Decreto N° 1023/2001*”⁶².

Por los motivos expuestos, puede comprenderse la inserción a nivel local de mecanismos de redeterminación de precios, no circunscriptos a contrataciones de obra, y por ende, extendidos a las adquisiciones de bienes y provisión de servicios. En este sentido, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁶³ la provincia de Buenos Aires,⁶⁴ Córdoba,⁶⁵ La Pampa⁶⁶ y Mendoza⁶⁷ expresamente han establecido la redeterminación de precios a contratos de adquisición de bienes y servicios.

El mismo criterio se observa al analizar los regímenes contractuales de las entidades empresariales del Estado, debido a que, han seguido la tendencia de

60. LORENZETTI, Ricardo (Director) “*Código Civil y Comercial Comentado*”. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2015. Tomo VI. Páginas 152 y ss.

61. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Deudas pecuniarias y de valor hacia una jurisprudencia de valoraciones*, en J. A. 1976-IV-276; TRIGO REPRESAS, Félix, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, Editora Platense, La Plata, 1985.

62. Dictamen ONC N° 227/2007.

63. Mediante la Ley N° 4763 (modificatoria de la Ley N° 2095 -Texto consolidado Ley N° 6017) y el Decreto 168/2019.

64. Conf. Ley N° 13.981 (modificada por la Ley N° 14.815) y Decreto N° 59/2019. Asimismo, ver VILLATA, Ricardo “*Posibilidad de redeterminar precios en los contratos de suministro de bienes en la provincia de Buenos Aires*”, publicado en LA LEY 2018-D, 583.

65. Decreto N° 1160/2016.

66. Decreto N° 4906/2018 (aplicable únicamente a servicios).

67. Disposición N° 1534/2016.

ampliar la posibilidad de redeterminar precios a cualquier tipo de contratación que ejecuten. En efecto, los reglamentos de Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado (ADIF SE), Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOF SE), Aerolíneas Argentinas S.A., Banco Nación S.A., IESA, y EANA SE han adscripto a la postura que venimos explicando.

E. La renegociación de contratos

La renegociación contractual es otro de los mecanismos utilizados para canalizar readecuaciones de precios. Si bien por conducto de este mecanismo pueden proyectarse modificaciones en distintos aspectos del contrato original, usualmente –por las consecuencias que pueden decantarse en la economía del contrato– conllevan la necesidad de evaluar correcciones en los precios o valores acordados.

Su razón de ser encuentra asidero en la icónica cláusula *rebuc sic stantibus*, acuñada desde la Edad Media, la cual pregona que ante cambios de circunstancias resulte posible adecuar los términos de las convenciones previamente establecidas.

En esta inteligencia, la renegociación de contratos aparece como un aspecto ínsito e inevitable en los contratos de larga duración,⁶⁸ sin perjuicio de la buena práctica –claro está– de incorporar lineamientos o mecanismos que permitan perfilar los posibles tópicos a renegociar a lo largo de la relación, lo cual permitirá aminorar sensiblemente los riesgos de la contratación.

Con posterioridad a la declaración de emergencia económica por la Ley N° 25.561, la cual previó la obligación de renegociar los contratos en los cuales se encontraba en juego la prestación de servicios públicos, esta herramienta fue bastante utilizada para garantizar la continuidad de dichas actividades.

La aceptación del mecanismo de la renegociación contractual partió de la premisa o del criterio vertido por los organismos asesores, los cuales entendieron –sin vacilaciones– que el hecho de renegociar un contrato no debía confundirse con la prohibición de indexar.

68. PEREZ HUALDE, Alejandro “Concesión de servicios públicos”. Ed. Astrea-Ediciones RAP. Año 2017; “La renegociación de los contratos públicos”. Ed. LexisNexis. Año 2002. Asimismo, ver *Dictámenes* 204:90.

En efecto, se entendió que la renegociación contractual 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.⁶⁹

A partir del año 2016, con la inclusión de la renegociación en el ámbito del Decreto N° 1030/2016 (Conf. Art. 96),⁷⁰ de alguna manera, se extendió el ámbito de aplicación de este instituto, que más allá de ser inherente a cualquier contratación de larga duración o de haber sido aplicada en contratos de prestación de servicios públicos, concitaba ciertas dudas o resistencias al momento de hacerlo operativo en otros tipos contractuales.

En este sentido, a través de la renegociación, es posible dar tratamiento al “derecho de recomposición del contrato” instaurado en el Art. 13 inc. a) del Decreto Delegado N° 1023/2001.

Así las cosas, la incorporación explícita de la posibilidad de renegociar redundó en la práctica en una utilización frecuente de esta herramienta, sobre todo, para poder readecuar los precios que fueran oportunamente tenidos en consideración al momento de realizar las cotizaciones. Principalmente, los procesos de renegociación han sido autorizados en una gran variedad de Contrataciones encuadradas bajo la modalidad “Acuerdo Marco”.⁷¹

No obstante su aplicación, al ser muy escueta la redacción del Art. 96 del Anexo del Decreto N° 1030/2016 –por no precisar los recaudos para su procedencia– fue muy importante la labor de la Oficina Nacional de Contrataciones para determinar los requisitos y los alcances de la renegociación contractual. En este

69. *Dictámenes* 246:559, 566, 573 y 278:133. *Dictámenes ONC* N° 205/2013, N° 446/2013, N° 36/2014, N° 209/2015, N° IF-2016-03065258-APN-ONC#MM, N° IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

70. ARTÍCULO 96.- RENEGOCIACIÓN. En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual.

71. Esto puede contemplarse en las Resoluciones Nros. 475/2018, 11/2019, 18/2019, 142/2019, 167672019 –entre otras– de la Secretaría de Gobierno de Modernización. Sobre esta modalidad de contratación, ver MONTES, Verónica “Los acuerdos marco en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Número 1. Julio 2019. IJ-DCCLII-83.

contexto, debemos aclarar que este mecanismo ha sido el elegido para canalizar las hipótesis que tendrían asidero bajo la teoría de la imprevisión⁷² (Conf. Art. 1091 CCCN), y por tal motivo, fueron replicados criterios establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/2016.⁷³

Conteste a ello, los recaudos de procedencia serían los siguientes:

- a) Que se trate de un contrato de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios;
- b) Se dé la existencia de circunstancias externas y sobrevinientes;
- c) La afectación de modo decisivo el equilibrio contractual;

El punto neurálgico estará dado por la forma en la cual se acredita el desfase de la economía del contrato. En referencia a ello, la ONC señala que “...*La normativa vigente no define –a priori– un porcentaje o tope al aumento a otorgar ni una tasa máxima de incremento del precio, sino que ello habrá de determinarse en cada caso concreto, en función de los resultados que arrojen los informes técnicos en torno a las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de la estructura de costos presentada por el proveedor*”.⁷⁴

Acorde a lo manifestado, el Órgano Rector también destacó que la metodología utilizada se basa en la aplicación de los diferentes índices que reflejan las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de las estructuras de costos presentadas por los proveedores para cada uno de los bienes y/o servicios que conforman la contratación. Para ello, la ONC (en los casos de Acuerdos Marco, puesto a que en otra modalidad, lo debería realizar la jurisdicción respectiva) relaciona cada ítem de la estructura de costos que envían los proveedores con el índice más representativo calculado y publicado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS

72. MURATORIO, Jorge I. “*Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública*”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Número 1. Julio 2019. IJ-DCCL-991.

73. Conf. Dictámenes ONC N° 205/2013, N° 446/2013, N° 36/2014, N° 209/2015.

74. Dictamen ONC N° IF-2018-27922094-APN-ONC#MM.

(INDEC); considerando para el caso de moneda extranjera, la cotización oficial del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA.⁷⁵

Asimismo, para realizar la base inicial para el análisis, se procede del siguiente modo:⁷⁶ a) los índices oficiales del mes anterior a la fecha de adjudicación, en aquellos casos en que los precios no hubieran sufrido modificaciones (ni mejoras, ni renegociación), b) cuando los precios por los cuales se pretende una renegociación ya hubieran sufrido modificaciones en otra anterior, esta Oficina Nacional considerará los índices oficiales del mes anterior a la fecha en que el proveedor solicitó la misma y c) en el caso en que el proveedor hubiera presentado distintas mejoras de precios desde que se adjudicó el acuerdo hasta la solicitud de renegociación, éste Órgano Rector utilizará como base los índices vigentes al momento de la última mejora de precio efectuada por el proveedor.

Finalmente, la modalidad de cálculo utilizada por la ONC para determinar los incrementos máximos a aplicar en la renegociación es la siguiente:⁷⁷

i) En primer término, en lo que concierne al cálculo de las tasas a considerar, corresponde señalar que el ítem individualizado como “tasa” aplicado en el análisis de los parámetros que intervienen en la renegociación, resulta ser el incremento o la disminución porcentual entre las dos fechas de valuación (Ej. el índice de la fecha de adjudicación y el índice de la fecha de solicitud de renegociación); dicha variación porcentual se calcula con la fórmula $((V2-V1)/V1) \times 100$ en la que V1 representa el valor porcentual pasado o inicial y V2 representa el valor presente o final, obteniéndose de este modo el resultado que se expresa como un porcentaje;

ii) En segundo término, resulta necesario referirse al concepto denominado “incidencia”, consistente en la ponderación de cada componente que integra la estructura de costo informado por el proveedor en su pedido de renegociación. Por su parte, el ítem denominado “aplicación” resulta ser una tasa parcial, que surge de multiplicar la “tasa” por la “incidencia”, deduciendo de esta manera

75. Dictamen ONC N° IF-2018-36112045-APN-ONC#MM.

76. Dictamen ONC N° IF-2018-36112045-APN-ONC#MM; DICTAMEN ONC N° IF-2018-63947263-APN-ONC#JGM.

77. Dictamen ONC N° IF-2018-36112045-APN-ONC#MM; DICTAMEN ONC N° IF-2018-63947263-APN-ONC#JGM; DICTAMEN ONC N° IF-2019-03867563-APN-ONC#JGM.

el incremento porcentual que tuvo el concepto o componente en estudio y su afectación en la estructura de costo durante el período que comprende la renegociación.

En las últimas intervenciones, es decir, teniendo en consideración las premisas del Art. 96 del Anexo del Decreto N° 1030/2016, no ha sido invocado el criterio del “sacrificio compartido”⁷⁸, el cual en los hechos –por estrictas razones de justicia- opera como un limitante en el reconocimiento económico que persiga el contratista.⁷⁹ Aquel instituto se emparenta con el alcance que deberá tener la compensación que realiza el Estado cuando se configura un supuesto relativo a la teoría de la imprevisión, en donde únicamente la recomposición se ceñiría a cubrir los costos sin reconocer la ganancia que dejó de percibir el contratista. Sobre esta cuestión la ONC ha señalado que bajo el principio del sacrificio compartido resulta contrario al principio de equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los co-contratantes.⁸⁰

78. Esta alusión podría emparentarse –si se quiere- con la doctrina del “esfuerzo compartido” establecida por la CSJN al momento de tratar los casos que se suscitaban con posterioridad a la crisis de 2001 (Conf. Fallos 338:349 -2015-; 330:2345 -2007-; 332:1152 -2009-; 332:1082 -2009-; 332:363 -2009-; 332:377 -2009-; 331:2006 -2008-; 330:4001 -2007-; 330:855 -2007-).

En los términos de la ONC, “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. Así, en materia de contrataciones públicas la doctrina del sacrificio compartido se desprende del porcentaje de aumento que debe soportar el contratista de obra pública, regulado en el artículo 2° del Decreto N° 1295/02” (Conf. Dictamen ONC N° 36/2014).

79. Esta ha sido la posición que adopta el Reglamento de Compras y Contrataciones de Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado en su Artículo 172, el cual establece lo siguiente: : “1.- En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo, prestación de servicios o en aquellas contrataciones que no impliquen un cumplimiento instantáneo o se agoten en una única entrega se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. A tales efectos, el contratista podrá acreditar la afectación al equilibrio contractual –según la naturaleza de la contratación- bajo los siguientes parámetros: a) Acompañando 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 han tenido las prestaciones a su cargo sobre las obligaciones que recaen sobre el Contratista, en la cual se verifique el desequilibrio económico y su grado; b) Si se tratare de contrataciones de prestación de servicios, el contratista podrá acreditar el desequilibrio mediante: i) la determinación del Convenio Colectivo, Acuerdo Gremial o decisión gubernamental que afecte al Contrato; ii) acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo, acuerdo gremial o decisión gubernamental que invoca; iii) verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado. SOFSE, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos, apreciará si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición, la cual deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido. 2.- Los Contratos de Concesión de Uso y los Contratos celebrados bajo la modalidad Acuerdo Marco, podrán estipular los mecanismos e instancias de renegociación contractual en los respectivos Pliegos, los cuales se adaptarán a la naturaleza y extensión del contrato”.

80. Dictámenes ONC N° 1048/12, N° 1049/12, N° 1050/12, 1051/12, N° 176/13, N° 446/13, N° 36/2014, N° 74/2014, 453/2014.

F. La excepciones legislativas a la prohibición de indexar: El DNU 146/2017 y la Ley N° 27.328

Aparte de las soluciones que se han ido consolidando para la readecuación de los precios del contrato, construidas dentro del esquema de la interdicción a estipular cláusulas de reajuste o indexatorias, en los últimos años han aparecido algunos regímenes normativos por los cuales se declaró la inaplicabilidad de las prohibiciones que prevé la Ley N° 23.928, admitiendo –por añadidura– la posibilidad de instaurar mecanismos de actualización.

En esta posición se encuentra el régimen legal de los Contratos de Participación Público Privada previsto por la Ley N° 27.328, en donde se establece que no le serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias (Conf. Art. 31 inc. d). A raíz de ello, máxime teniendo en consideración el espíritu de distribución y conocimiento de riesgos que pregona esta modalidad contractual, será posible establecer fórmulas polinómicas que permitan tutelar la ecuación económico-financiera del contrato.

Por otra parte, el DNU N° 146/2017 contempla una excepción expresa a los artículos 7° y 10° de la Ley N° 23.928, la cual tiene incidencia en la contratación pública. En este sentido, el Artículo 5° inc. c) (con las modificaciones de la Ley N° 27.431) declara la inaplicabilidad de los artículos ya mencionados a los Contratos de obra o aquellos que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción, comercialización y financiamiento de inmuebles, obras de infraestructura y desarrollos inmobiliarios, todos por plazos no inferiores a DOS (2) años, a los que podrá aplicarse el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), previsto en el artículo 4° del Decreto N° 214 del 3 de febrero de 2002, o el Índice del Costo de la Construcción (ICC), para el Gran Buenos Aires que publica el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INDEC), para vivienda unifamiliar modelo seis, aclarándose que esta excepción, abarca a toda actividad u operación inmobiliaria en la que el Estado nacional sea parte.

Ha sido trascendente en la práctica la admisión del esquema explicado, debido a que, ha permitido establecer pautas de actualización en contratos de Concesión

de Uso⁸¹ –a través de una concepción amplia del término desarrollo inmobiliario- a fin de evitar que el canon que deba ingresar el concesionario no se vuelva irrisorio por el mero transcurso del tiempo, como ha sucedido en múltiples concesiones realizadas bajo el amparo de la normativa que impide la posibilidad de indexar. Como puede colegirse, en estos casos, la chance de reajustar el canon –además de responder a razones de equidad- opera en resguardo de los intereses del Estado.

G. Distribución de riesgos y readecuación de precios: el caso de las actualizaciones tecnológicas

El avance constante de la tecnología es un hito que no puede ser indiferente al derecho. En el ámbito del derecho administrativo, y más precisamente en el espectro de la contratación pública, es un aspecto que deberá concentrar la preocupación de los diversos operadores del sistema.

Para ello, una de las medidas que se recomiendan es la de distribuir e identificar estos riesgos (es decir, potenciales cambios o modificaciones tecnológicas), estableciendo el procedimiento a seguir cuando ocurren estos sucesos, a fin de armonizar las exigencias de la eficiencia de la contratación y la ecuación económico-financiera del contrato.

A modo de ejemplo, puede citarse la solución que contempla el Reglamento de Compras y Contrataciones de la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado: *“ARTÍCULO 169.- ACTUALIZACIÓN TECNOLÓGICA. SOFSE tendrá la potestad de analizar la revisión tecnológica de los elementos que constituyan el objeto o las prestaciones del Contrato, la cual tendrá como finalidad la actualización técnica de los elementos cotizados en la oferta original, siempre y cuando los cambios emanados de la misma no signifiquen para SOFSE apartarse de la funcionalidad requerida en los Pliegos o documentación contractual y del precio ofertado. En caso que surjan mejoras o innovaciones tecnológicas, los productos que se recomienden no deberán presentar características y/o funcionalidades inferiores al modelo cotizado en la presente compulsada. A tales efectos, SOFSE y el contratista labrarán el “Acta de*

⁸¹. Esto puede verse en los Pliegos lanzados por la Agencia de Administración de Bienes del Estado o por la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado.

Revisión Tecnológica” en el cual se detallarán las características y funcionalidad de los elementos. En caso de corresponder y si se encontrare debidamente comprobado, podrán adecuarse los precios oportunamente cotizados”.

V. PALABRAS FINALES

A lo largo de los puntos abordados, se ha intentado reflejar el modo en que se suscita una las problemáticas que genera más tensiones en la contratación pública, las cuales se ven incrementadas por la coyuntura económica adversa que transita nuevamente la República Argentina.

De acuerdo a los principios involucrados, cuyo funcionamiento armónico y coordinado es indispensable la consecución de los cometidos y logros de las partes del Contrato, se han podido vislumbrar las diversas soluciones que ofrece el sistema jurídico para intentar compatibilizar la eficiencia y el equilibrio económico-financiero de la contratación.

La proliferación de excepciones a la veda de actualización o indexación de precios, y los diversos instrumentos nacidos a la vera de esta interdicción, obligan *ex lege ferenda* a examinar esta situación, en aras de contribuir con la satisfacción de los intereses que demanda cualquier tipo de contrato público.