

LA EMERGENCIA ECONÓMICA Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS. A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA COVID-19

Por Dr. Julio César Crivelli* y Dr. Luis C. Palumbo**

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas”, publicada recientemente por la Editorial RAP, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Rodolfo C. Barra, a quien agradecemos.

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza

Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra



[Acceder a obra colectiva completa](#)

SUMARIO

I. Introducción	02
II. El contrato público	02
II.I. El contrato público en estado permanente de emergencia	04
II.II. El contrato público y la emergencia del COVID-19	07
II.II.I. Los contratos de provisión o suministros	08
II.II.II. Los contratos de obra pública	09
III. Reflexión final: necesidad de adecuar el contrato de locación de obra pública	11

* Abogado especialista en temas de obra pública e infraestructura, Titular del estudio jurídico “Julio César Crivelli - Asesores Jurídicos”. Autor de numerosos trabajos en revistas especializadas sobre infraestructura, temas económicos de actualidad y varios libros. Ex Presidente y actual Secretario de la Cámara Argentina de la Construcción (CAMARCO). Integró la representación empresarial (Grupo de los seis) junto a los titulares de la Industria (Unión Industrial Argentina); el Campo (Sociedad Rural Argentina), los Bancos (Asociación de Bancos Argentinos), el Comercio (Cámara Argentina de Comercio y Servicios) y la Bolsa (Bolsa de Comercio de Buenos Aires). Árbitro Honorario del Tribunal Arbitral de las Ingenierías del Centro Argentino de Ingenieros; Vicepresidente del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICyP); Consejero Consultivo de COAS (Cooperadora de Acción Social), Profesor titular de la Escuela de Posgrado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Vocal del Consejo Directivo de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL). Es Presidente de la Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y en 2017 fue designado como Personalidad destacada de la Cultura por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el día 11 de marzo del corriente año 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote de coronavirus como una pandemia –afectando en ese momento a 110 países–, se ha generado un fuerte impacto en todas las áreas de actividad humana, y cuyo resultado final es de difícil previsión.

La dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida y la salud de la población en su conjunto, las relaciones entre los individuos y las distintas Naciones entre sí, se ha acrecentado exponencialmente desde que se efectuara dicha declaración, y obliga a todos los actores sociales a reflexionar y a adoptar medidas inéditas sobre ese amplio espectro de actividades y relaciones.

En el presente trabajo circunscribimos el análisis y la reflexión sobre los efectos que ha tenido ese impacto sobre el contrato público en general, y en forma particular, en el contrato de obras públicas, ya sea aquellos que se encuentren vigentes y/o en ejecución al declararse la emergencia, como a los que puedan celebrarse mientras dure la misma.

II. EL CONTRATO PÚBLICO

Como es sabido, el Estado, para lograr sus objetivos y fines, al igual que cualquier otro particular, requiere de elementos, de herramientas legales que le permitan desarrollar las actividades necesarias para concretarlos.

Esa herramienta por excelencia es el contrato administrativo, figura central de la contratación pública, que sencillamente podemos definirlo junto a la doctrina como: “[...] el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones

** Abogado asociado al estudio “Julio César Crivelli - Asesores Jurídicos”. Egresado de la Universidad Católica Argentina. Se ha desempeñado como Profesor Adjunto de Derecho Civil III (Contratos) en la Cátedra del Dr. Alberto G. Spota, y como Asistente en la Cátedra de Ética Social en el año 1984, en la misma Universidad. Fue colaborador permanente en la Revista Jurídica “El Derecho” desde el año 1985 al año 1998, Especialidad en contratos de concesión y construcción de obras públicas en general y con financiamiento de organismo multilaterales de crédito. Actuación en Arbitrajes ante la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, UNCITRAL, CIADI, entre otros.

administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”¹

Como nota característica propia y tipificante de su naturaleza podemos señalar su finalidad pública o de bien común, cuya satisfacción inmediata se persigue a través de los mismos. Así se ha expresado también al respecto: “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa”².

Pues bien, este rasgo tipificante del contrato lo hace merecedor de regulación propia y específica, que lo distingue de los contratos privados.

El marco legal vigente, en materia de contratación pública en el orden nacional, lo conforman: el Decreto Delegado N° 1.023 del año 2001 y su reglamento Decreto N° 1.030/2016, que es el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (RCAN), que reemplazó al anterior Régimen de Contrataciones Públicas basado en la Ley de Contabilidad y normas complementarias.

La necesidad de contar con un remozado marco jurídico en que la Administración puede desplegar su actividad contractual, vino dada por las exigencias de eficientizar la actuación pública a través de la unificación y ordenamiento de los procedimientos a seguir, como así la de incorporar los avances habidos en materia tecnológica, conforme se detalla en los propios considerandos y articulados de la norma aludida.

En materia de obra pública, el decreto delegado aludido dispone que seguirá vigente el régimen de la Ley N° 13.064, sin perjuicio de las modificaciones que introduce en algunos de sus artículos y de disponer que son de aplicación a dicho contrato las disposiciones contenidas en su Título I.³

1. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III - Contratos de la Administración Pública, teorías general y de los contratos en particular, ver http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIa.pdf.

2. Cassagne, Juan Carlos, “Características principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, ver http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf.

3. Decreto N° 1.023/2001, Arts. 33, 34, 35 y 38; Decreto N° 1.030/2016, Art. 3º, literal e).

Anotamos al sólo efecto de ilustrar que existe también vigente en el campo de ejecución de infraestructura pública, un marco legal para aquellos contratos regulados por la Ley N° 27.328, denominados Contratos de Participación Público Privada, que constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes Nros. 13.064 y 17.520, y por el Decreto N° 1.023/2001, pero que por las exigencias financieras que requiere en su estructuración es de difícil implementación en la actualidad.

II.I. El contrato público en estado permanente de emergencia

Un aspecto que corresponde señalar como introductorio a la cuestión a tratar es que el actuar administrativo, en las últimas décadas, en especial en el campo de las contrataciones, ha transitado escenarios de emergencia, a punto de convertir dicha excepcionalidad en un estado casi normal de actuación. Estas emergencias han sido causadas por las cíclicas crisis de pago que sufre el sector público. Estas circunstancias han conspirado contra la creación de un escenario de estabilidad y de seguridad jurídica necesario que permita una mayor competencia y transparencia en cada llamado o convocatoria pública que realice el sector público en materia de contrataciones.

El resultado directo de esa circunstancia es que el Estado (nacional, provincial o municipal) compre siempre caro por ser un crónico mal pagador y que se haya generado entre los sujetos participantes en el proceso de contratación, un espíritu que oscila entre la desconfianza y la complicidad, según sea el escenario político; comportamiento que se mantiene en el tiempo como una pesada carga hereditaria.⁴

En virtud de esa atávica costumbre, antes de declararse esta última emergencia por el COVID-19 de alcance global por cierto, muchos de los contratos públicos en general, y el de obra pública en particular, se encontraban paralizados, suspendidos

4. Se declaró la emergencia económica, administrativa y social en los años 1989, Decreto N° 1.755/1989; luego la Ley N° 23.696; la N° 23.544 (año 2001). Luego de esta crisis se sanciona la Ley N° 25.561, que fue prorrogada en su vigencia por diversas leyes: Leyes Nros. 26.204, 25.790 y 27.200, que la prorrogó hasta el 31-12-2017.

La Ley N° 27.345 prorroga la vigencia de la Ley N° 27.200 hasta diciembre de 2019, pero sólo en lo referido a la *emergencia social*, no a la administrativa, económica ni financiera, que definitivamente caducaron el 31-12-2017. Cfr. Crivelli, Julio César, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, prólogo de Alberto B. Bianchi, con la colaboración de Susana Vega, "El Estado de Derecho en estado de emergencia", <https://www.gordillo.com/articulos/art10.pdf>.

(neutralizados) o sencillamente rescindidos a veces en forma fáctica, de hecho, por la imposibilidad de ejecutarlos según las previsiones tenidas en mira por las partes al tiempo de contratar y por los severos y crónicos atrasos en los pagos que acumulaban (en especial, en materia de certificados de redeterminación de precios). Con este escenario los elementos esenciales del contrato sencillamente se desquiciaban, imposibilitando su continuidad si no se renegociaban.

Los contratos de provisión o suministros también fueron impactados en cuanto al mantenimiento de la intangibilidad de los precios acordados, hipótesis prevista por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el Decreto N° 1.023/2001 (“RCAN”), cuando declara: “El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo [...] también debe indicarse que el Reglamento del RCAN aprobado por Decreto N° 1.030/2016 (‘RRCAN’), para el caso de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, permite solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual (Art. 96), sin limitarlo al origen natural de éstas”.⁵

En el campo de la obra pública, la Ley N° 13.064 y las normas que lo complementan contemplan y consagran también el derecho de mantener el equilibrio de la ecuación económica - financiera del contrato, concediendo a las partes la posibilidad de renegociar los términos de los mismos cuando estas circunstancias sobrevinientes se producen.

Así, su Artículo 39 expresa: “[...] la contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la Administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la Administración Pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor:

5. Muratorio, Jorge, “Imprevistos de la Economía que afectan la Contratación Pública”, 27 de marzo de 2019, punto 3, primer y tercer párrafos, <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/03/27/imprevistos-de-la-economiaque-afectan-la-contratacion-publica/>.

- a) Los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública, no previstos en los pliegos de licitación;
- b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos”.

En forma previa, su Artículo 35 establece que el contratista no será pasible de penalización por no cumplir con los plazos previstos en el contrato si acredita que existieron causas que justifiquen ese atraso y ellas fueran aceptadas por la autoridad. El Decreto N° 1.186/1984 reglamentando ese artículo estableció que eran causales de justificación del atraso: “[...] las dificultades que generen demoras, originadas en la situación financiera de la plaza sobrevinientes a la celebración del contrato y las derivadas del atraso en que incurra el comitente, en la medida que el contratista pruebe su incidencia en el plazo contractual. Se entenderá que ha existido atraso cuando el comitente ha demorado los pagos o retrasado por su culpa la emisión de los certificados en forma tal que el monto impago de éstos o, en su caso, el de los no emitidos en término, supere el quince por ciento (15 %) del valor contractual actualizado o, en caso de mora, el retardo exceda de tres (3) meses al plazo contractualmente estipulado para el pago”.

Finalmente, el Artículo 53 de la citada la Ley N° 13.064 contempla en su literal d) la posibilidad de rescisión del contrato por parte de la contratista, entre otras causales: “b) Cuando la Administración Pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la Administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato”.

En definitiva, podemos concluir con la doctrina expresando que en la emergencia: “El contrato de obra pública adquiere su fisonomía propia, en cuanto el riesgo no es soportado por el contratista sino por el comitente. El contrato de obra pública no encierra, pues, ni el riesgo del evento fortuito, ni el que proviene de la

imprevisión contractual, hallándose siempre vigente una suerte de cláusula *rebus sic stantibus*”.⁶

En forma rápida y sintética hemos descripto la situación y el marco utilizado para renegociar, suspender y/o rescindir muchos contratos de obra pública antes de la sanción de esta nueva emergencia, que ciertamente es incomparable en sus efectos a las anteriormente descriptas.

II.II. El contrato público y la emergencia del COVID-19

remitiéndonos a la situación actual y en concordancia con el punto anterior, cabe señalar que antes de que fuera declarada la emergencia en forma específica, por efecto de la pandemia desatada, ya se la había declarado mediante una fuerte delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo a través de la sanción de la Ley N° 27.541 con un amplio campo de vigencia: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el Artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020”.⁷

Es decir que al poco tiempo de concluir la última emergencia económico-administrativa operada en el mes de diciembre del año 2017 (vencimiento de la última prórroga de la Ley N° 25.561), en el mes de diciembre del año 2019, se declara una nueva emergencia mediante la sanción de una nueva ley.

Específicamente, a partir de esa declaración de emergencia se sancionan en el mes de marzo del corriente año, una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia referidos a la emergencia sanitaria, siendo los principales los Nros. 260, 287, 297, todos del corriente año, a partir de los cuales, y en forma absolutamente inédita, se regulan las actividades productivas, laborales, comerciales en el país y las

6. Spota, Alberto G., *Tratado de Locación de Obra*, T. i, Ed. Arayú., p. 522, citado por Mó, Fernando, *Régimen Legal de las Obras Públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 283-284. Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Volumen V, Depalma, 1979, pp. 281 y sigs.

7. Art. 1º, Ley N° 27.541.

conductas individuales a las que se deben ajustar los ciudadanos mientras dure la pandemia desatada por el coronavirus.

Ciertamente, la emergencia del COVID-19, por su intensidad y duración, es claramente configurativa de un supuesto de fuerza mayor con las consecuencias que ello trae aparejado y que se encuentran previstas en los marcos regulatorios que hemos citado en puntos anteriores. Así, se contempla la situación en el Artículo 13, Decreto N° 1.023/2001 y en los Artículos 94 y 96, Decreto N° 1.030/2016 (RCAN), para las contrataciones de provisión y suministros; y en el Artículo 53, literal d), Ley N° 13.064, para el contrato de obra pública y en el Artículo 1031, Código Civil y Comercial de la Nación, para los contratos en general en el campo del derecho privado.

En el campo de los contratos administrativos, como se precisa por la doctrina como configurativos de ese supuesto precisamente, “[...] las epidemias y pestes (enfermedades) pueden constituir un supuesto de fuerza mayor [...]” y sus consecuencias, en general, “[...] consisten en liberar de responsabilidad al respectivo obligado o deudor. Trátase de un supuesto donde el incumplimiento no apareja responsabilidad”.⁸

¿Qué efectos se proyectan, entonces, en ambos campos de contratación?

II.III.I. Los contratos de provisión o suministros

Para los contratos de provisión o suministro se dictaron a partir de la emergencia COVID-19 otras normas que modificaron sustancialmente los procesos de contratación, permitiéndose la contratación de bienes y servicios por todas las áreas comprometidas en la emergencia a dar respuestas urgentes, teniendo en cuenta la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida y la salud de la población en su conjunto.

Para el cumplimiento de dicha finalidad, el DNU N° 287/2020 dispuso que mientras dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en

8. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III - Contratos de la Administración Pública, teorías general y de los contratos en particular, pp. 133 y sigs., http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_III.pdf.

el Artículo 8º, incisos a) y b) de la Ley N° 24.156, estarán facultados para 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

En esa dirección también se dictaron luego normas como la Decisión Administrativa N° Decad-2020-409-APN-JGM, de fecha 18 de marzo de 2020, donde se establecieron los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia y la Oficina Nacional de Contrataciones, autoridad de aplicación del régimen del Decreto N° 1.023/ 2001, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros; la Disposición N° 48, de fecha 19 de marzo de 2020, y N° 53, de fecha 8 de abril de 2020, complementando el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, aprobando los procedimientos a seguir para efectuar las compras por procedimientos directos en el marco de la emergencia declarada.

Esta última disposición impuso que en los procesos de compra directa se exige que no se abonen montos superiores a los precios máximos establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020, o aquellos que se dispongan en el futuro, habida cuenta de las dificultades que se generaron por sobre precios abultados en las primeras contrataciones de alimentos.¹⁰

II.II.II. Los contratos de obra pública

En materia de obra pública, el escenario que se presenta es distinto.

No hubo una sanción de legislación específica que habilite un marco de contratación directa que ahorre tiempos en los procesos de selección. No obstante ello se están ejecutando obras como de adecuación y/o creación de zonas sanitarias y hospitales de campaña, etc., que se hicieron por vía más de la

9. Decreto N° 287/2020, Art. 3º, Decnu-2020-287-APN-PTE, Decreto N° 260/2020. Modificación, Ciudad de Buenos Aires, 17-3-2020.

10. Disposición N° 53/2020, Di-2020-53-APN-ONC#JGM, Art. 1º.

provisión que de la construcción en el sentido estricto, es decir, no por vía de un contrato de construcción o locación de obra.

También corresponde destacar que desde un comienzo de la emergencia sanitaria del DNU N° 297/1960, el personal afectado a la obra pública fue considerado como actividad esencial, es decir, no alcanzados por la obligación de aislarse preventivamente; luego se agregan a ese estatus ciertas obras privadas afectadas a la infraestructura energética.¹¹

Por su naturaleza, el contrato de locación de obra es un contrato que, dentro de sus características, tiene el hecho de ser de ejecución diferida en el tiempo.

¿Qué consecuencia negativa le trae esa característica propia en el actual escenario de emergencia especial?

Este diferimiento en el tiempo hace altamente improbable poder proyectar los rendimientos y eficacias de los elementos afectados a la ejecución de este contrato. A saber:

a) *El personal*: el criterio sanitarista impone una severa restricción en su empleo y en los protocolos que deben cumplirse para ejercer la actividad.¹² Hasta ahora se han seguido ejecutando algunas obras de cercanías y siempre que sea posible implementar los protocolos mencionados.

b) *Provisión de insumos y cadena de valor*: los insumos básicos de la construcción, como el cemento, asfaltos, hierros elaborados, etc., imponen la necesidad de activar procesos industriales que exigen escala en su demanda para justificar su puesta en marcha y permanencia en su producción.¹³ Lo mismo cabe predicar respecto a los proveedores que conforman la cadena de valor del contratista, para que puedan ejecutar en tiempo y forma los trabajos comprometidos.

11. Cfr. Art. 6º, numeral 10 del Decreto N° 297/2020 y Art. 1º, Decisión Administrativa N° 468/2020, Decad-2020-468-APN-JGM. Amplía listado de actividades y servicios esenciales en la emergencia: Obra privada de infraestructura energética.

12. Ver Protocolo <http://www.camarco.org.ar/noticias-generales-de-la-camara/nota-de-presentacion-y-protocolode-recomendaciones-practicas-covid-19-version-1>.

13. Decisión Administrativa N° 429/2020, Decad-2020-429-APN-JGM - Incorporación de actividades y servicios exceptuados, Art. 1º, numeral 1, entre otros.

c) Los *equipos*: finalmente, en materia de provisión y mantenimiento de equipos, también se encuentran dificultades por las propias restricciones de actividades impuestas por la emergencia.

Claramente, la dificultad existente en calcular el rendimiento que cada elemento enunciado pueda tener, en lo futuro, junto con la dificultad para pautar un coste (y por ende, el precio) de la obra y un plazo para concluirla, en el escenario de esta particular emergencia, desalientan la celebración de este tipo de contratos. Existe la imposibilidad de pautar hoy de manera responsable, con ajuste a la buena fe contractual, un posible escenario de tiempo y precio de una obra a través de esta vía contractual.

¿Cómo se podría hoy, en este escenario, acordar un plan de trabajos e inversiones a desarrollarse en el tiempo? ¿Cómo fijar un precio final de la obra? ¿Existe un álea de riesgo razonable que pueda ser asumido por el empresario en el contrato de obra pública en este escenario? Entendemos que no.

Sin embargo, la propia pandemia exige obras esenciales, en especial, de saneamiento, agua potable, mantenimiento de caminos, etc., que sólo pueden ser satisfechas a través de este tipo de contratos de largo plazo de ejecución.

En el punto siguiente, ensayamos algunas ideas que pueden servirnos no sólo para satisfacer las necesidades sanitarias, sino también para reactivar el sector de la construcción, que es una actividad industrial creadora de empleo por excelencia.

III. REFLEXIÓN FINAL: NECESIDAD DE ADECUAR EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE OBRA PÚBLICA

Hemos visto las dificultades, que en algún punto parecieran irreversibles, que tiene la ejecución y celebración de nuevos contratos de locación de obra pública en el escenario actual.

No obstante ello, pensamos que puede existir una vía de salida o solución que permita no sólo reactivar los contratos paralizados o neutralizados, sino también celebrarse nuevos.

Esta solución posible la encontramos en el cambio del sistema de contratación; debemos ir al sistema de “coste y costas” dejando de lado el de “ajuste alzado”, pues seguir insistiendo en este último, que supone cotizar a futuro una obra y un precio global, es hoy imposible, como hemos visto, pues el empresario debe asumir un riesgo que es contrario a la buena fe diligente en estos momentos.

Esta solución pensamos que puede ser aplicada a los contratos paralizados y a los nuevos que puedan celebrarse.

En ambos casos podría adoptarse que el Estado asuma la obligación de proveer los insumos y materiales de la obra si ello resultara posible. La retribución del empresario puede ser un porcentual del coste final de la obra (gastos e inversión) o una suma fija determinada de antemano.

Ciertamente, el cambio de sistema de contratación aliviaría los riesgos del contrato tornándolo viable en esta emergencia, pues el mismo ayuda a mitigar el escenario de incertidumbre y riesgo que hoy lo rodea.

El cambio del proceso de selección de la empresa contratista también haría posible la celebración de este tipo de contratos, acortando los tiempos del proceso; es necesario para ello dejar de lado el proceso de Licitación Pública y adoptar el de contratación directa.

La Ley N° 13.064, dictada en el año 1947, ratificando su sabiduría, contempla y habilita a llevar a cabo las dos cosas en el supuesto de emergencia justificada.

En efecto, respecto al proceso de selección, autoriza a recurrir a la contratación directa, Artículo 9º, literal c), de la ley citada (modificada por la Ley N° 1.023/2001), donde se habilita la contratación directa en oportunidades de presentarse urgencia justificada en la que entendemos pueden subsumirse determinadas obras en el escenario actual de emergencia.¹⁴

14. El Art. 9º, literal b), expresa: “Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública. Quedan exceptuadas de la solemnidad de la licitación pública y podrán ser licitadas privadamente o contratadas en forma directa, las obras comprendidas en los siguientes casos: [...] literal c) Cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una pronta ejecución que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, o para la satisfacción de servicios de orden social de carácter impostergable”.

Respecto a la mitigación de riesgo por la incertidumbre que imposibilita fijar un precio y un plazo de obra en forma global y a futuro, autoriza el sistema de “coste y costas” en su Artículo 5º de la citada ley.¹⁵

El sistema de coste y costa se trata de un contrato de construcción que no “enuncia precio alguno para los trabajos, ni hace gravitar sobre la empresa las eventualidades de origen fortuito, que puedan encarecer o dificultar la construcción”.¹⁶

Este cambio del sistema de ejecución de la obra permite que el riesgo mayoritario respecto al precio y los plazos de terminación de la obra, recaigan sobre el Estado, aportando la empresa contratista su *expertise*, junto a la de sus subcontratistas y proveedores cualificados.

Debemos advertir que si bien la ley vigente habilita esta forma y sistema de contratación y ejecución de obra pública, de manera excepcional, entendemos prudente exigir el dictado de una norma de emergencia (DNU) que habilite expresamente esta vía de selección y contratación, pues dotaría de certeza y seguridad a los funcionarios llamados a intervenir en cuanto a la legitimidad de optar por ese camino. Además, se aprovecharía el dictado de la norma para la creación de una Comisión de Seguimiento y de Asesoramiento a las distintas jurisdicciones contratantes, para intervenir en la ejecución de estos contratos, ya sea renegociando los existentes o bien cuando se celebren nuevos con esta modalidad, durante el tiempo que dure esta emergencia.

Esta Comisión, que debería depender de la jurisdicción del Ministerio de Obras Públicas, debería integrarse con representantes gremiales del sector empresario y trabajador, cámara de proveedores de insumos básicos, etc., lo que permitirá dotar de mayor transparencia y publicidad al proceso y, además, para apoyar a aquellas jurisdicciones contratantes sin la suficiente experiencia en la compra de insumos para ejecutar obra pública en forma directa.

15. Cfr. Ley N° 13.064, “Art. 5º.- La licitación y/o contratación de obras públicas se hará sobre la base de uno de los siguientes sistemas: a) Por unidad de medida; b) Por ajuste alzado; c) Por coste y costas, en caso de urgencia justificada o de conveniencia comprobada; d) Por otros sistemas de excepción que se establezcan. En todos los casos la contratación podrá hacerse con o sin provisión de materiales por parte del Estado”.

16. Cfr. Mó, Fernando, *op. cit.*, p. 84, numeral 32.

Esta solución, insistimos, también aconsejamos aplicarla al conjunto importante de contratos suspendidos y/o neutralizados, al tiempo de la declaración de emergencia del COVID-19.

Estamos seguros de que este camino puede dar respuesta tanto a las necesidades sanitarias que esta especial emergencia COVID-19 exige, como también aportar para reactivar el sector de la construcción y con ello elevar el nivel de la actividad económica en general.