

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EMERGENCIA Y PANDEMIA: ¿FACTOR EXTERNO E IMPREVISIBLE? ALTERNATIVAS PARA SUPERAR LA CRISIS CONTRACTUAL ¹

Por Dra. Bárbara F. Villa, Dr. Andrés Bousquet, Dr. Claudio M. Posdeley, Dr. Marcos S. Serrano²

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. Calificación jurídica de la pandemia y las consecuentes medidas estatales en la relación contractual pública	02
I.I. ¿Qué consecuentes medidas estatales se adoptaron o se pueden adoptar en la relación contractual pública?	04
I.II. Con toda esta normativa nacional, ¿qué lineamientos mínimos podrían adoptar los	

1. Trabajo confeccionado en el marco de la Masterclass online, “Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual”, donde participaron la Dra. Bárbara Fernández Villa y los Dres. Rodolfo Barra, Andrés Bousquet, Claudio Matías Posdeley y Marcos S. Serrano, que se llevó a cabo el 8 de abril de 2020, y fue organizada por la Universidad Austral como actividad de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública

2. F. Villa: Abogada (UCA) con Especialización en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Es docente de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), y profesora invitada en materias de Compras y Contrataciones en la Universidad Austral, en la Universidad Abierta Interamericana y en la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Bousquet: Abogado (UCA). Especialista en Derecho Administrativo. Docente en la Universidad de Buenos Aires, Universidad de La Matanza y Universidad Austral. Posdeley: Abogado (UCSF). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (UA). Subdirector de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Coordinador académico de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral. Serrano: Abogado (UBA). Subdirector de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral. Vicepresidente del Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE). Miembro del Consejo Académico del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral. Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza. Profesor de Postgrado en la Universidad Austral y en la Universidad Católica de La Plata.

gobiernos provinciales y municipales, incluso de otros países, para regular las compras por emergencia ante esta pandemia?	08
II. Alternativas para superar el desequilibrio o paralización de los contratos administrativos	10
II.I. Alternativa propuesta en la emergencia de la pandemia: sacrificio compartido	10
II.II. Comité de Gestión de Crisis o de Renegociación de Contratos	15
II.III. Suspensión de los plazos	16
II.IV. Novación de los contratos administrativos (beneficio compartido)	16
III. El poder de compra del estado como elemento para revitalizar la economía a futuro	19

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA Y LAS CONSECUENTES MEDIDAS ESTATALES EN LA RELACIÓN

Como es de público conocimiento, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó al coronavirus COVID-19 como una pandemia³ y pidió que los países “tomen acción de manera urgente y agresiva”.⁴

Ello ocurrió el día 11 de marzo de 2020, y desde esa fecha se han ido dictando normas en cada país, con distintas medidas.

Nuestro país la adoptó en su normativa de emergencia –materia que fue objeto de pronunciamientos judiciales en los que se determinó qué requisitos deben cumplimentarse para la emisión de una ley de emergencia.⁵ Así, a través del

3. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), se llama pandemia a la propagación mundial de una nueva enfermedad, cuando el brote afecta a regiones geográficas más extensas, cruzando fronteras internacionales y propagándose a lo largo de varios continentes. Diario *La Nación digital*, 11-3-2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-organizacion-mundial-salud-catalogo-como-pandemia-nid2342188>.

4. En una conferencia de prensa, el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró: “Esto no es sólo una crisis de la salud pública, es una crisis que va a tocar todos los sectores, por lo que todos los sectores y todos los individuos deben involucrarse en la lucha. Resumo los cuatro puntos clave: prepararse y estar listos; detectar, proteger y tratar; reducir la transmisión e innovar y aprender”. Diario *La Nación digital*, 11-3-2020 (cita anterior).

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para citar los dos fallos más relevantes en la materia, en el fallo “Caso Avico c/ de la Pesa”, en el año 1934 (Fallos: 172:21), cita un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa “Home Building and Loan Association v. John H. Blaisdell y señora de Blaisdell” (8-1-1934) y, de acuerdo a la doctrina del fallo norteamericano, deja asentados los requisitos para la emisión de una ley de emergencia: 1) que exista la situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria (medida que se dictó en ese momento) sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; y 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria. Además, en “Avico” se expresó que nuestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el congreso en uso de su atribución legislativa (Arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general. En el conocido

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 (BO 12-3-2020) se amplía la emergencia pública, oportunamente declarada en la Ley N° 27.541⁶ dictada a fines del año pasado, “en materia sanitaria” por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto.

En ese contexto, Argentina dispuso la cuarentena obligatoria, estableciendo para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. En un primer momento se decidió hasta el 31 de marzo de 2020,⁷ vigencia que fue prorrogada hasta el 12 de abril de 2020⁸ y luego hasta el 26 de abril de 2020.⁹

En la región, con distintas medidas, se fue declarando el estado de emergencia sanitaria nacional, como podemos observar en Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Ecuador, República Dominicana, Costa Rica, El Salvador, entre otros. En Chile, por ejemplo, se declaró el estado de catástrofe nacional, y en Brasil el Senado lo llamó estado de calamidad pública. Y como consecuencia de la declaración de emergencia y a fin de evitar la propagación del virus, en algunos países se han adoptado medidas de aislamiento social y obligatorio

fallo “Peralta”, la Corte Suprema sostiene que para que la sanción de una ley de emergencia esté justificada es necesario que se cumplan los cuatro requisitos que debe llenar una ley, que se sentaron en “Avico”. La restricción del ejercicio de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la subsistencia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del Estado de Sitio, no suspende las garantías constitucionales. En cuanto al concepto de emergencia dice: “Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin”, y destaca que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que las han originado. En definitiva, la Corte deja sentado que ha reconocido constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (Fallos: 243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos: 283:76). En estos casos, el gobierno “está facultado para sancionar leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que contiene la Constitución”. “No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado” (Fallos: 171:79), toda vez que “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios” (Fallos: 238:76).

6. La actual ley de emergencia fue sancionada en el actual gobierno el 21 de diciembre de 2019 (BO 23-12-2019). Es la llamada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública (Ley N° 27.541), la que fija su plazo temporal hasta el 31 de diciembre de 2020 y declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Asimismo, delega en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en dicha ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación que establece en su Art. 2°.

7. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 (BO 20-3-2020).

8. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 325/2020 (BO 31-3-2020).

9. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/2020 (BO 11-4-2020).

y cierre de fronteras, y en otros, serias restricciones a la circulación de personas y vehículos.

En relación a la actual emergencia pública, cabe destacar que a lo largo de los años se han dictado sucesivas leyes de emergencia¹⁰ en nuestro país con causa, en general, en razones económicas,¹¹ incluso sociales, pero la actual ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria sienta un nuevo precedente administrativo.

I.I. ¿Qué consecuentes medidas estatales se adoptaron o se pueden adoptar en la relación contractual pública?

En Argentina, el citado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, en un primer momento facultó al Ministerio de Salud¹² como autoridad de aplicación, y en el marco de la emergencia declarada, a efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, *sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Nacional*. Pero establece que en todos los casos deberá procederse a su publicación posterior (cfr. Art. 2º, inc. 6º).

10. En nuestro país, se han dictado medidas y leyes de emergencia a lo largo de los años, generalmente en materia económica. La última de ellas, del año 2002, ha sido prorrogada una y otra vez hasta el 31-12-2017 y en lo que hace a la materia social hasta el 31-12-2019.

11. Bianchi analiza si la emergencia económica importa una cuestión política y cita las sentencias más típicas en esta materia: "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw", Fallos: 136:161 (1934); "Avico c/ De la Pesa", Fallos: 172:21 (1934); "Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes", Fallos: 199:483 (1944); "Russo c/ Delle Donne", Fallos: 243:467 (1959); "Cine Callao", Fallos: 247:121 (1960); "Fernández Orquín c/ Ripoll", Fallos: 264:416 (1966) y "Peralta c/ Estado Nacional", Fallos: 313:1513 (1990). Bianchi, Alberto, Control de constitucionalidad, 2ª ed., T. II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 280-285.

12. La Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública N° 27.541, en su Art. 71, había facultado al Ministerio de Salud en las contrataciones que realice en el marco de la emergencia sanitaria a optar, de los medios vigentes de compra y sin perjuicio de la intervención que le compete a la Sindicatura General de la Nación, por alguna de las modalidades que detalla en la misma: a) Los mecanismos previstos en la normativa nacional de contrataciones (Decreto N° 1.023/2001), dándose por acreditada la grave y notoria crisis por la cual atraviesa el sistema de salud argentino; b) La utilización de los recursos del Fondo Rotatorio Regional para Suministros Estratégicos de Salud Pública de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud y cualquier otro procedimiento de adquisiciones que dichas entidades pongan a disposición de sus miembros; c) Otros medios que ofrezcan alternativas a través de organismos internacionales, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales, u otros países.

Atento la evolución de la pandemia,¹³ se extendió luego esa facultad a todos los organismos y ministerios del Sector Público Nacional para habilitarlos a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, *sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos*.¹⁴

En dicho marco, se dictó la Decisión Administrativa N° 409/2020 (BO 18-3-2020), que establece los lineamientos generales a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, que se lleven a cabo para atender la emergencia en el marco de lo establecido en el Decreto N° 260/2020.¹⁵

Asimismo, dicha norma aclara que se limita la utilización del procedimiento que se regula por la Decisión Administrativa N° 409/2020 exclusivamente a las contrataciones de bienes y servicios requeridos en el marco de la emergencia dispuesta por el Decreto N° 260/2020, lo cual deberá ser debidamente fundado en el expediente de la contratación;¹⁶ establece cómo se realizará el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en el marco de la emergencia plasmada en el Decreto N° 260/2020;¹⁷ y dispone que la Oficina Nacional de Contrataciones dictará las normas aclaratorias, interpretativas y complementarias de la presente medida.¹⁸ En consecuencia, la Oficina Nacional de Contrataciones dictó la Disposición N° 48/2020 (BO 30-3-2020) a

13. Con el motivo explícito de que la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida social de la población en su conjunto ha demostrado la necesidad de establecer procedimientos de adquisición de bienes y servicios en la emergencia que habilite, a todas las áreas comprometidas en dar respuestas integrales ante la pandemia, a utilizar herramientas que otorguen celeridad y eficacia a la atención de las necesidades que se presenten, sin mengua de la transparencia que debe primar en todo el obrar público.

14. Por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287/2020 (BO 18-3-2020) se incorporó un nuevo artículo al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 que dispone: “Durante el plazo que dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el Artículo 8°, 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. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones y en el Boletín Oficial. El Jefe de Gabinete de Ministros establecerá los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada” (cfr. Art. 15 ter del DNU N° 260/2020).

15. La Oficina Nacional de Contrataciones reglamentó dicho procedimiento en la Disposición N° 48/2020 (BO 30-3-2020).

16. Art. 2° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

17. Art. 3° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

18. Art. 9° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

fin de aprobar el procedimiento complementario al establecido en la Decisión Administrativa N° 409/2020, para las contrataciones de bienes y servicios en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/2020 y su modificatorio, en virtud de la pandemia COVID-19.

Es interesante destacar que la Decisión Administrativa N° 409/2020 establece que los *principios generales* a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, que se lleven a cabo para atender la emergencia en el marco de lo establecido en el Decreto N° 260/2020, serán los enumerados en el Artículo 3° del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto N° 1.023/2001, es decir, todos los principios generales que regulan las contrataciones públicas: igualdad, concurrencia, publicidad, transparencia, eficiencia de la contratación y razonabilidad del proyecto, y desde ya, la responsabilidad del funcionario público que autorice, gestione o apruebe la contratación.

De acuerdo a lo sucedido recientemente en Argentina, con la noticia de la compra de alimentos con sobrepuestos, al día siguiente que salió en las noticias se dictó la Decisión Administrativa N° 472/2020 (BO 8-4-2020) en la que, con el fin de aumentar el control sobre las contrataciones de emergencia en las compras de suministros realizadas por el Estado Nacional en el marco del procedimiento de emergencia regulado por la Decisión Administrativa N° 409/2020, se limitó el valor de compras de las mismas disponiendo que “no podrá en ningún caso abonarse 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”.¹⁹

Esta limitación a los *precios máximos* será de aplicación a los procesos de compra regidos por la Decisión Administrativa N° 409/2020 que se encuentren en curso y que a la fecha de vigencia de dicha medida no hubieran sido adjudicados, e instruye a los titulares de los ministerios y de los organismos

19. Art. 1° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

descentralizados a realizar, en aquellos procesos que no se encontraren concluidos, las diligencias necesarias para que se respeten, en todos los casos, los precios máximos establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020.²⁰

Asimismo, va más allá y dispone: “En todos los procesos de compra alcanzados por la Decisión Administrativa N° 409/2020 en los que se hubiere realizado el acto de adjudicación y hubiera obligaciones de pago pendientes de cumplimiento, también resulta de aplicación la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020 y, en todos los casos, se procederá a pagar exclusivamente hasta el monto correspondiente a la aplicación de la mencionada Resolución, respetando los precios máximos allí previstos”.²¹

Respecto a los plazos administrativos, el Decreto N° 298/2020 (BO 20-3-2020), con el fin de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados, suspendió el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N° 1.759/1972 - T.O. 2017 y por otros procedimientos especiales, a partir de la publicación de este decreto y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.²²

Esta *suspensión del curso de los plazos* en los procedimientos administrativos y especiales, encuentra dos excepciones: 1) todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 y sus normas modificatorias y complementarias; 2) las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificatorias se encuentran facultados a

20. Art. 2° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

21. Art. 3° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

22. Posteriormente, primero por el Decreto N° 327/2020 (BO 31-3-2020) y luego por el Decreto N° 372/2020 (BO 14-4-2020), se prorrogó la suspensión del curso de los plazos dispuesta por el Decreto N° 298/2020, desde el 1° al 12 de abril y desde el 13 al 26 de abril de 2020, inclusive, respectivamente, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.

disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión en el Decreto N° 298/2020.²³ A efectos de encuadrar todos los trámites administrativos correspondientes a la primera excepción, se deben tener presentes todas las excepciones del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, que se efectuaron a las personas afectadas a las *actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia* (siendo que sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios) que fueron dispuestas por el Artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, ampliadas por sucesivas normas.²⁴

I.II. Con toda esta normativa nacional, ¿qué lineamientos mínimos podrían adoptar los gobiernos provinciales y municipales, incluso de otros países, para regular las compras por emergencia ante esta pandemia?

1) *Expediente*: Dejarse registro de todo lo actuado; desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, deberá quedar vinculado al expediente que se genere para tramitar el procedimiento. En tal sentido, se deberán agregar todos los documentos, correos electrónicos, actuaciones administrativas, informes, dictámenes y todo otro dato o antecedente relacionado con la cuestión tratada, originados a solicitud de parte interesada o de oficio y ordenados cronológicamente.

2) *Procedimiento de selección*:

- a) habilitar los medios necesarios para realizar todo a través de medios digitales;
- b) invitar a un mínimo de tres (3) proveedores del rubro correspondiente;
- c) podrán presentar ofertas quienes no hubiesen sido invitados a participar;
- d) de acuerdo a cada legislación, procurar requerir al organismo correspondiente el “precio testigo” o “valor de referencia”. En caso de que la autoridad competente decida la adjudicación por un precio mayor al informado, deberá incluir en el acto administrativo aprobatorio los motivos debidamente fundados que aconsejan

²³ Arts. 2° y 3° del Decreto N° 298/2020.

²⁴ Decisiones Administrativas N° 429/2020 (BO 20-3-2020), N° 450/2020 (BO 3-4-2020), N° 467/2020 (BO 7-4-2020), N° 468/2020 (BO 7-4-2020) y N° 490/2020 (BO 11-4-2020). Ver, asimismo, la Resolución N° 80/ 2020 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (BO 20-3-2020).

continuar con el trámite no obstante el mayor valor sobre el precio informado;
e) limitar la compra a los “precios máximos” establecidos previamente por el organismo que ejerza funciones de una Secretaría de Comercio Interior;
f) acto de adjudicación (previo dictamen del Servicio Jurídico cuando la legislación local así lo prevea para la emisión de actos administrativos);
g) emisión de orden de compra comunicada al domicilio electrónico consignado en la oferta.

3) *Ejecución*: Notificada la Orden de Compra se dará intervención a la Comisión de Recepción. Se podrá crear una comisión de recepción para cada procedimiento en particular en el acto administrativo de conclusión del procedimiento, o bien, podrá tomar intervención la Comisión de Recepción del organismo contratante.

4) *Publicidad posterior*: En todos los casos deberá procederse a la publicación del acto administrativo de conclusión del procedimiento en la página web donde se difundan habitualmente las contrataciones locales, dentro de los diez (10) días de notificado.

5) *Control ex post*: Deben procurarse los mecanismos para dar intervención a las Unidades de Auditoría Interna de cada jurisdicción.

Poder Ciudadano, con el título “La emergencia no es excusa para la transparencia. Riesgos de corrupción y medidas de integridad en contrataciones públicas en la emergencia COVID-19”, expone: “[...] frente a la crisis sanitaria producto de la pandemia de virus COVID-19 se vuelve más urgente asegurar que las compras y contrataciones directas de los Estados no sean desviadas por la corrupción y el oportunismo, sino que cumplan los objetivos de aliviar los impactos en la salud de los ciudadanos y las economías locales de forma íntegra [...]”.²⁵

En dicho contexto, difunde un análisis sobre los riesgos de corrupción y estrategias preventivas con recomendaciones para el sector público y privado, sosteniendo que es esencial que la transparencia, la apertura y la integridad se mantengan y refuercen las compras y contrataciones públicas

25. Ver <http://poderciudadano.org/la-emergencia-no-es-excusa-para-la-transparencia-riesgos-de-corrupcion-y-medidas-de-integridad-en-contrataciones-publicas-en-la-emergencia-de-covid-19/>.

durante la emergencia declarada en nuestros países, y presenta estas líneas estratégicas para que los gobiernos compren bien en tiempos de emergencia sanitaria: máxima publicidad en la información sobre compras gubernamentales vinculadas con la emergencia; activación de las agencias nacionales antimonopolio para evitar colusión entre actores económicos o prácticas que resulten en la especulación de los precios; activar auditorías en tiempo real para los procesos de contratación pública, precisamente por la naturaleza excepcional de la situación y la magnitud de la emergencia; concentración en una sola plataforma de toda la información relativa a las contrataciones gubernamentales en este tema o generando identificadores en las plataformas electrónicas de contratación pública; la emergencia no es justificación para evitar una apropiada rendición de cuentas.

II. ALTERNATIVAS PARA SUPERAR EL DESEQUILIBRIO O PARALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

II.I. Alternativa propuesta en la emergencia de la pandemia: sacrificio compartido

Partiendo de la base de dos principios fundamentales, el principio de ejecución de los contratos –los contratos se celebran para ser cumplidos y respetados– y el principio de buena fe,²⁶ atento que nos encontramos ante una grave crisis que afecta prácticamente a todos los sectores, consideramos que como regla general en países como Argentina, en los que no se ha suspendido la ejecución de los contratos de obra, y por tanto los contratistas deberán continuar con la ejecución contractual, la alternativa para superar el desequilibrio o paralización de los contratos administrativos la podemos encontrar en el principio del “sacrificio compartido”.

Porque ya sea que se trate de la imposibilidad de conseguir los materiales, aumento en los costos o que existan causales esgrimidas por el contratista

26. La Corte es constante en su doctrina de que “Todo contrato –sea cual fuere su naturaleza– debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público”. CSJN, “YPF c/ Pcia. de Corrientes” (3-3-1992).

relativas al atraso en el pago de certificados de obra y el presunto desequilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, ello no justifica la paralización y el posterior abandono de la obra.²⁷

Se espera del contratista del Estado una diligencia mayor a la de un buen hombre de negocios. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado: “No puede soslayarse que quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.”²⁸

En general, la jurisprudencia argentina sostiene: “La *exceptio non adimpleti contractus* no resulta aplicable en materia de contratos administrativos. El incumplimiento de la Administración no autoriza similar comportamiento al particular contratista²⁹ [...]. Solamente le asiste el derecho a requerir la rescisión, pero sin interrumpir unilateralmente los trabajos. Ello por cuanto la obligación del contratista en materia de obras públicas es de las llamadas de resultado y el comitente tiene la pretensión de obtener la obra completa, exenta de vicios; su prestación es de naturaleza indivisible y como tal no puede cumplirse sino por

27. En primer lugar, porque tales incidencias integran el alea del contrato administrativo de obra pública y corresponden a la órbita del riesgo empresario que la firma asume como propio, al cotizar por la ejecución de una obra, sujeta como se sabe a un régimen normativo exorbitante del derecho privado. Desde esta óptica, es evidente que la empresa tiene el derecho de cotizar con entera libertad los precios que, en función de sus proyecciones sobre los vaivenes de la economía y los cálculos de rentabilidad, le permitan competir en condiciones de igualdad con otras ofertas para la concreción de un emprendimiento. Se trata de una decisión puramente empresaria, basada en la previsibilidad de sus propios cálculos y el riesgo empresario que implica ofertar una propuesta en condiciones de competitividad. Por ello, cuando el contratista estima su precio, lo hace siempre teniendo en cuenta la situación económica financiera existente en el momento de celebrar el contrato. En ese orden de premisas, una vez que la firma realiza su propuesta, está aceptando bajo su propio riesgo un régimen normativo que le impone cláusulas exorbitantes, basadas en la necesidad de proteger el interés público comprometido en la realización de la obra, y cuya existencia no puede válidamente desconocer. Asesoría General de Gobierno, La Plata, Expediente 4055-121/17, ver https://www.eldial.com/nuevo/lite-tccd_e_talle.asp?id=19399&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=19/06/2017&indice=ninguno&suple=Administrativo.

28. *Dictámenes*: 278:133. Dict. N° 134/2011, 18 de agosto de 2011. Expte. N° S04:0014415/11.

29. Configura un principio inconcuso en materia de obras públicas que frente a lo que se considera un incumplimiento contractual de la Administración, el contratista no puede rescindir per se el contrato y abandonar las obras.

entero”.³⁰ “El contratista no puede abandonar las obras, ni aún en el supuesto más extremo puede rescindir *per se* el contrato, sino que solamente se encuentra autorizado a requerir la rescisión, y ante su negativa o silencio, recién puede requerirla judicialmente”.³¹

Ahora bien, no por ello el contratista debe asumir riesgos anormales o extraordinarios, de tal entidad que afecten la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener la ganancia contractualmente prevista a su favor. En general, a modo de resumen, ya que excede el objeto del presente trabajo, el equilibrio económico o financiero del contrato estatal se puede afectar por las siguientes circunstancias, cada una de las cuales encuentra un instituto diferente como respuesta estatal:

- Por el incumplimiento de la entidad estatal contratante. / “**exceptio non adimpleti contractus**”
- Por el ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la entidad estatal contratante. / “**ius variandi**”
- Por actos de la entidad estatal contratante. / **Teoría del Hecho de la Administración**
- Por actos del Estado. / **Teoría del Hecho del Príncipe**
- Por la ocurrencia de hechos imprevistos y extraordinarios. / **Teoría de la Imprevisión**³²
- Por caso fortuito o fuerza mayor. / **Hechos de carácter natural**
- Por una emergencia pública, que no sea económica. / **Sacrificio compartido**

En cuanto al origen del principio del “sacrificio compartido”, se trata de una noción que no proviene “del derecho romano, de las 7 partidas o siquiera del derecho patrio [...]; la mención a este ‘principio’ aparece recién en el año 1989 a partir del dictado de la Ley N° 23.696 [...] La norma presenta al sacrificio compartido en la escena de los contratos administrativos en crisis, como consecuencia de la

30. SCBA, autos “Empresa P.B.P. y Coimbra S.R.L. v. Municipalidad de Vicente López s/ Demanda contencioso administrativa”, de fecha 21-5-2000.

31. SCBA, B 48813 S 9-4-1991, “Luis R. Borian y Cía. SACIFIC c/ Municipalidad de Pila s/ Demanda contencioso administrativa”.

32. Teoría de la Imprevisión. Esta es la denominación que han consagrado los autores más modernos; tiene su origen en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, específicamente en el *arret* del 30 de mayo de 1916, a favor de la Compañía de Gas Burdeos, donde “se declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes en el momento del otorgamiento del contrato” (Cardini, Osvaldo, *Lesión sobreviniente*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1959, p. 27). Con ella se resalta el elemento imprevisible que afecta al acontecimiento extraordinario que sobreviene. Es requisito primordial que los acontecimientos extraordinarios, que alteran las circunstancias bajo las cuales se contrató, sean imprevisibles, es decir, que las partes, en el momento de formarse el contrato, no hayan tenido ni hayan podido tener conocimiento de ellos.

hiperinflación, el desbalance de las cuentas públicas, el agotamiento del ‘modelo’ de endeudamiento en el exterior”.³³

Este principio vuelve a receptarse en el año 2000 en la Ley N° 25.344, también denominada de emergencia económico-financiera, “la que reitera dicho principio nunca enunciado ni definido legislativamente”.³⁴ Su Artículo 3° disponía: “La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes. Estos acuerdos deberán ser aprobados por la autoridad competente en razón de la materia y deberán contemplar las siguientes condiciones mínimas: [...]”.

Por su parte, la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional,³⁵ si bien no de un modo específico sobre el principio del “sacrificio compartido”, se ha referido al mismo en algunos de sus pronunciamientos legales, v. gr., en materia de prórrogas de contratos y de incrementos del contrato administrativo como consecuencia del aumento salarial por paritarias. Incluso en un pronunciamiento en el que se expidió sobre el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera, a la prohibición de incluir en los pliegos mecanismos de actualización de precios y a la teoría de la imprevisión, sostuvo: “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”.³⁶

En relación a las prórrogas de los contratos, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que, en caso de no arribar las partes a un acuerdo, la Administración

33. Mabromata, Enrique Guillermo, “Sacrificio compartido: ¿nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?”, en el Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina *La Ley*, El Contrato Administrativo en la Actualidad, mayo 2004, pp. 136-152. Mabromata cita en este punto a Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Grecco, Carlos M., *Reforma del Estado-Ley N° 23.696*, Santa Fe, 1990, p. 21.

34. Mabromata, op. cit., p. 141.

35. Cfr. Arts. 25, 27 y 28 del Decreto N° 1.545/1994 (BO 2-9-1994) y Art. 23 del Decreto Delegado N° 1.023/ 2001 (BO 16-8-2001).

36. Dictamen ONC N° 36/2014.

no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades al contratista por haber rechazado la propuesta. Esta última es, precisamente, una garantía en favor del cocontratante estatal. En la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones y a la luz del principio de razonabilidad, entendió que, en el supuesto en que el organismo girante efectúe al proveedor una propuesta de adecuación de los precios del contrato, la misma deberá calcularse bajo el *principio de sacrificio compartido*, por cuanto resulta contrario a la equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los cocontratantes.³⁷

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse –en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida– en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el entonces Artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contratos administrativos por analogía (v. *Dictámenes* ONC Nros. 1.048/2012, 1.049/2012, 1.050/2012 y 1.051/2012).³⁸ Y en el

37. Fernández Villa, Bárbara, “Ejecución del contrato administrativo en el marco de los Decretos Nros. 1.023/2001 y 1.030/2016. Guía para las Comisiones de Recepción y para el pago de facturas. Circunstancias accidentales. Doctrina de la Oficina Nacional de Contrataciones”, el Dial.com, el Dial DC226C. *Dictámenes* ONC N° 74/2014 (v. en sentido concordante: *Dictámenes* ONC N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012, 1.051/2012, N° 176/2013, N° 446/2013 y N° 36/2014) y N° 453/2014 (v. *Dictámenes* ONC N° 411/2008, N° 502/2009, N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012 y N° 1.051/2012).

38. Fernández Villa, op. cit. “[...] Para que resulte viable la aplicación de esta disposición se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión. Conforme lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación, para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (*Dictámenes*: PTN 301:525, 319:1681). En dicho contexto, el Órgano Rector entendió que podrán renegociarse los contratos en curso de ejecución siempre que se verifiquen los siguientes puntos: 1) La firma adjudicataria deberá acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Se deberá determinar que las consecuencias de dicho convenio o acuerdo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar su alteración o la ruptura de la ecuación económico-financiera; 3) Por último, se deberá verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado (*Dictamen* de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 266/2007). La firma interesada deberá acreditar que las consecuencias derivadas de la homologación del nuevo Convenio Colectivo de Trabajo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar la ruptura de la ecuación económico-financiera del mismo. Se requiere la presentación de una descripción del impacto producido por la citada medida, con una explicación circunstanciada de la afectación que la misma haya tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor. A tal fin, le corresponderá al cocontratante acompañar la documentación necesaria que permita tener por probada la afectación que invoca. Además, corresponde a las áreas pertinentes del organismo determinar si las circunstancias o hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato. En consecuencia, deberá incorporarse a las actuaciones un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo –hasta el monto que corresponda– al reclamo formulado por la firma adjudicataria [...]”.

supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el *principio de sacrificio compartido* y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva.³⁹

Ahora bien, consideramos viable la aplicación del principio del “sacrificio compartido” a los contratos administrativos ante una situación de emergencia pública declarada legalmente, tal como adelantáramos al inicio de este punto, cumplimentando los siguientes requisitos:

a) que no se trate de una emergencia económica, ya que en dicho supuesto podría considerarse a este principio como un instrumento dilatorio para no cumplir con los compromisos de pago adquiridos por el Estado al celebrar diversos contratos de obra pública vigentes y en curso de ejecución al momento de declararse la emergencia;⁴⁰

b) siempre que se pueda continuar con la ejecución del contrato, es decir, se acordaría en la etapa de renegociación, a efectos de continuar con el contrato y evitar la rescisión;

c) otorgando a la empresa la opción de reprogramar los plazos de cumplimiento de la prestación; d) en un marco de transparencia y dando intervención a los organismos de control.⁴¹

II.II. Comité de Gestión de Crisis o de Renegociación de Contratos

Otra alternativa podría ser crear en cada organismo o jurisdicción un Comité de Gestión de Crisis o de Renegociación de los Contratos, que pueda revisar los contratos y asimismo evaluar en cada caso las solicitudes que efectúen los contratistas. El fin principal consistiría en analizar los contratos, identificarlos y clasificarlos según el impacto que haya provocado la crisis en su EEF, elaborando

39. Fernández Villa, op. cit. Dictámenes ONC N° 446/2013 (v. Dictámenes ONC N° 411/2008, N° 502/2009, N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012 y N° 1.051/2012), N° 36/2014.

40. Mabromata, op. cit., p. 145.

41. Mabromata, op. cit., p. 152. Los organismos de control deberán extremar sus requerimientos de información y supervisión erigiéndose como celosos custodios del cumplimiento de lo que se convenga y el no apartamiento de las reglas de una renegociación que debiera ser ejemplar.

una planilla gerencial y una matriz de riesgo, para priorizar la toma de decisiones y evaluar en concreto qué alternativa resulta más beneficiosa para las partes, buscando previsibilidad en los procedimientos a aplicar. En este sentido, el Comité, a partir del análisis realizado, podría concluir en dos alternativas posibles, a saber:

1. La revisión y renegociación de los contratos, las que deberían estar supervisadas por representantes de las cámaras del rubro de la actividad, expertos en materia contractual, ONGs y los Organismos de Control.
2. O bien, de no ser posible continuar con la ejecución del contrato, su rescisión sin culpa de la contratista y eximiéndola de todo tipo de penalidades, fomentando de esta manera la solidaridad en este contexto crítico extraordinario.

II.III. Suspensión de los plazos

Otra alternativa sería evaluar si resulta prudente disponer la suspensión de los plazos para entregar los bienes, prestar el servicio o construir la obra, hasta tanto dure la situación de aislamiento (aunque esté exceptuado para la obra pública) o crisis sanitaria. En primer lugar, hay que aclarar que suspender los plazos de entrega, prestación o construcción del contrato no implica la suspensión del plazo del contrato en su totalidad, ni mucho menos el contrato en sí mismo, que puede seguir ejecutándose en otras obligaciones. En consecuencia, deberá evaluarse qué opción es la más acertada y la posibilidad de prorrogar el plazo final del contrato.

El *quid* de la cuestión transita por saber quién se hará cargo de los mayores costos que seguramente se generen por la suspensión de los plazos del contrato, lo que generará inevitablemente un retraso o una mora en el resultado final y dependerá de quién haya ocasionado la mora o, en tal caso, si entendemos que fue generado por un factor externo a las partes, la aplicación del sacrificio compartido.

II.IV. Novación de los contratos administrativos (beneficio compartido)

Otra solución posible alternativa podría ser una reconducción del contrato administrativo a través de la habilitación legal de la transformación del objeto

contractual o de sus cualidades sustanciales. Es decir, desde las prestaciones básicas a sus modalidades en la forma de la ejecución.

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

La *crisis* se define como un “cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en la que estos son apreciados” (Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/crisis>).

Las crisis modifican las circunstancias. Lo que era estable y estático se vuelve variable y dinámico, y viceversa; lo que obliga al Estado a tomar medidas excepcionales. En consecuencia, lo que se evaluaba de una forma no puede seguir considerándose con los mismos parámetros. La Administración Pública está construida jurídicamente para ser un instrumento de toma de decisiones constante y eficientes a través de la evaluación permanente y dinámica de las circunstancias imperantes. A tal punto, que no evaluar las condiciones adecuadas puede ocasionar tanto perjuicio como la no consecución del interés general.

El derecho administrativo, a lo largo de las diferentes crisis, ha fortalecido el rol de la Administración Pública con diferentes institutos jurídicos que cumplen con los imperativos sociales.

El contrato administrativo es el instrumento por el cual la Administración Pública manifiesta su plan de gestión. Construye una obra o brinda servicio en beneficio de la comunidad.

Pero esta acción no necesita una ganancia o beneficio que redunde a sus arcas. Y esta gran particularidad –que acompaña a la mayoría de sus decisiones o así debería hacerlo– es una situación superadora que la aparta de las limitaciones que tiene una empresa del derecho privado; cuyas decisiones siempre están sujetas a un equilibrio esencial: las ganancias deben ser superiores a las pérdidas.

Por lo cual, la fuerza de contratación del Estado difícilmente sea superable. Y es lo que la convierte en una herramienta única para el cumplimiento final de la sociedad.

Cuando las crisis ocasionan un cambio de circunstancias, el Estado debe tomar las medidas necesarias para lidiar con ellas. Es por ello que podemos afirmar: “No se buscan fines sin emplear los medios de obtenerlos; y para obtenerlos, seria y eficazmente, es menester que los medios correspondan a los fines” (Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*).

Reconducir los contratos para que se transformen en algo necesario para la población es una obligación de la Administración Pública. Las crisis ocasionan un cambio de circunstancias. Dichos extremos fácticos inciden en forma directa en el contrato, habilitando la modificación razonable, aunque excepcional, de sus cláusulas primigenias, a fin de adecuar su espíritu a las nuevas condiciones dadas.

En este sentido, repetimos, es que se propone la construcción de un nuevo instituto dentro del derecho administrativo, “La Novación del Contrato y el Beneficio Compartido”.

La Novación del Contrato Administrativo puede ser el instituto jurídico excepcional que permita la reconducción o transformación de las obligaciones del contrato para los fines inmediatos de una emergencia social, dando origen a nuevas obligaciones dentro del acuerdo.

Un ejemplo podría versar sobre la reconducción del objeto contractual, sin alteración de la naturaleza propia del contrato. Ello así, a una empresa que provee un servicio de limpieza en oficinas de edificios públicos, se le encomienda continuar con la tarea en establecimientos sanitarios, con las modificaciones en los términos y en los alcances requeridos en función de las especificaciones de la nueva necesidad suscitada.

La utilización de este instituto redundaría en un beneficio directo, no solo para la Administración Pública, quien podría en forma eficaz reconducir un contrato

a la nueva necesidad sin desaprovechar los procedimientos de selección y las instancias de ejecución en suspensiones o paralizaciones ineficientes, sino también para con el adjudicatario, quien podría continuar prestando el servicio sin verse alterada sustancialmente su ecuación económico financiera.

Ello así, este instituto viene a unificar los intereses de las dos partes, generando así un doble beneficio (*Beneficio Compartido*).

Este instituto podríamos implementarlo de acuerdo a las siguientes evaluaciones de razonabilidad:

1) *Subjetiva*: El contratista debe contar con una idoneidad razonable para las nuevas obligaciones. No puede cambiar su estructura societaria sustancialmente para el cumplimiento del contrato novado. Por ejemplo, no debería cambiar en más de un 50 % su organización operativa y social, su personal o sus activos.

2) *Objetiva*: La ecuación económico financiera debe conservar su identidad de tal manera de resultar intercambiable cuando se proceda a la novación del objeto. Así, cuando se proceda a la descripción económica (ítems, reglones, etc.) debe reconocerse la identidad entre las obligaciones intercambiadas sin que se genere una alteración sustancial.

3) *Ecuación del Beneficio Compartido (Test Esencial de Razonabilidad)*: La novación del contrato tiene que redundar en un beneficio directo para el interés general afectado por la crisis y no generar un perjuicio para el contratista. Es decir, una relación directa con la emergencia. Y por otra parte y en forma coligada, el beneficio de la empresa debe conservarse bajo esta operación. Ambas partes coinciden y conservan su beneficio.

III. EL PODER DE COMPRA DEL ESTADO COMO ELEMENTO PARA REVITALIZAR LA ECONOMÍA A FUTURO

No hay duda de que los tiempos actuales nos llevan a plantearnos cuál es el rol que debe tomar el Estado en el escenario de emergencia con los contratos administrativos. Son muchos los retos que se plantean; deberán tomarse medidas

y decisiones aparte de las ya tomadas para morigerar el impacto de la crisis sanitaria en la ejecución de los contratos, siempre teniendo en cuenta que las medidas llevadas a cabo en situación de emergencia deberán, en principio por su esencia, ser temporales.

Conforme surge del informe elaborado por la OCDE,⁴² “Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020”, la Argentina tuvo en el año 2018 “[...] el gasto gubernamental más alto en la región de ALC (38,9 % del PIB), en comparación con un promedio regional de 31,2 % y no muy lejos del promedio de la OCDE de 40,3 %”.⁴³ De los cuales, un 12 % de ese gasto estaría orientado hacia la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración.⁴⁴

Podemos afirmar, entonces, que la figura del contrato administrativo constituye un instrumento fundamental para satisfacer el interés público o bien común,⁴⁵ en particular, el contrato de obra pública; ya sea en la construcción de rutas, calles, plazas, puentes, hospitales, escuelas, aeropuertos, etc. Pero también las instituciones públicas conforman un bloque amplio de consumidores en el mercado, con un importante peso económico, cuando para el cumplimiento de su propio cometido, compran equipos informáticos, resmas de papel, mobiliario, indumentaria, artículos de limpieza, entre otros.

El Estado debe utilizar ese poder de compra para revitalizar la economía; así, por medio de la compra pública no sólo se satisface la necesidad del Estado sino también se crean fuentes de trabajo, se genera producción y actividad en las medianas y pequeñas empresas. Deberán maximizarse los recursos públicos mediante la asignación en los sectores estratégicos y relevantes para el desarrollo económico, social y ambiental, sin descuidar la transparencia.⁴⁶

42. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

43. Ver <https://www.oecd.org/>.

44. Ver www.argentina.gob.ar.

45. Ampliar en Barra, Rodolfo C., *Derecho Administrativo, Acto administrativo y Reglamento*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, pp. 235-238.

46. Tal vez podamos hablar de dos escenarios: el actual, al cual podemos denominar contrataciones en situación de emergencia sanitaria, y un posterior escenario contractual post-COVID-19. En el primero los recursos estarán puestos en satisfacer las necesidades sanitarias, insumos, bienes y servicios para combatir los efectos de la pandemia. Pero al mismo tiempo elaborando los documentos licitatorios para las futuras contrataciones, teniendo en cuenta estratégicamente qué sectores de la economía deben priorizarse. Ya en el segundo, la implementación como política pública de la contratación sustentable.

La transparencia no puede verse afectada por la situación de crisis; por el contrario, en estos momentos resulta imprescindible. El ciudadano no debe ser un mero espectador, debe tener acceso a la información y toma de decisiones, participar y controlar.

En este sentido, la Administración debe continuar en el camino de la implementación y desarrollo de las compras públicas sustentables, como política pública, contribuyendo a garantizar procesos de crecimiento con mejores niveles y/o calidad de vida para las generaciones actuales y futuras.

En este contexto social, es necesario seguir profundizando en el diálogo y el accionar conjunto de los sectores público y privado en pos de lograr compras públicas cada vez más transparentes, eficientes, inclusivas y protectoras del medio ambiente.