

## LA INFLACIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Por el Dr. Nicolás Bonina<sup>1</sup>

El siguiente artículo fue publicado originalmente en Revista de Contrataciones Públicas IJ Editores - Número 3 - Junio 2020.

### SUMARIO

I. La inflación en la Argentina .....	01
II. El equilibrio contractual .....	02
III. El impacto de la inflación en el contrato de obra pública .....	05
IV. Variación de precios .....	06
V. Teoría de la imprevisión, caso fortuito e inflación .....	10
VI. Palabras finales .....	13

### I. LA INFLACIÓN EN LA ARGENTINA

La inflación puede definirse como el alza generalizada de los precios. En términos económicos, “[I]a inflación ocurre cuando el nivel general de precios se eleva. En la actualidad, calculamos la inflación mediante el uso de los índices de precios, esto es, promedios ponderados de los precios de miles de productos individuales. El índice de precios al consumidor mide el coste de mercado de una canasta (básica) de bienes y servicios de consumo, relativo al coste de ese paquete durante un año base particular.”<sup>2</sup>

Ahora bien, en esta materia, nuestro país presenta crisis financieras y problemas de deuda que “datan de por lo menos cien años.”<sup>3</sup> Dornbusch y De Pablo citan

1. Abogado, docente y emprendedor. Experto en asuntos regulatorios, infraestructura, Derecho 4.0 y nuevas tecnologías. Fundador y Director de LexRock, fundador de Bonina Legal y Co-fundador de la Alianza Latinoamericana de Innovación Legal. Docente universitario (Universidad Austral y UCEMA), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, del Consejo de Redacción del Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, del capítulo argentino de Legal Hackers y de la Mesa de Innovación Financiera Fintech Lab del Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS) de UDESA. Autor de diversos artículos, columnas de opinión y libros de su especialidad.

2. Samuelson, Paul A. / Nordhaus, William D., *Economía*, 18° ed., México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2005, p. 640.

3. Dornbusch, Rudiger / De Pablo, Juan Carlos, *Deuda Externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*,

una publicación de *Banker's Magazine* de 1899 en la que se señala que “...siempre tienen problemas con su moneda. O es demasiado buena para uso interno, o, como sucede a menudo, es demasiado mala para el cambio exterior. Generalmente emiten demasiado, pero están convencidos de que nunca tienen suficiente ... los argentinos cambian su moneda casi con la misma frecuencia con que cambian de presidente ... Ningún pueblo en el mundo es más aficionado a los experimentos monetarios que los argentinos.”<sup>4</sup>

En este sentido, se ha afirmado que “[l]a historia inflacionaria de Argentina luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial es una historia de tasa creciente, no uniforme, desvinculada por completo de la inflación internacional, que cada tanto muestra «picos» o «fogonazos» y que también cada tanto registra el resultado de los programas antiinflacionarios implementados.”<sup>5</sup>

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el contrato de obra pública es *de duración* –aun por muy corto que sea su plazo de ejecución–, advertimos que el alza generalizada de los precios en forma constante altera el equilibrio económico-financiero del mismo y la equivalencia de las prestaciones al afectar la estructura de costos del mismo. Veamos cómo opera este impacto en la práctica.

## II. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El contrato de obra pública es *conmutativo*, esto significa que “las prestaciones de ambas partes se presumen equivalentes.”<sup>6</sup>

---

Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 10. Los autores mencionan que “[u]n siglo atrás la incapacidad de la Argentina para cumplir con el servicio de la deuda externa estuvo a punto de provocar un colapso en la City de Londres, con el memorable pánico de Baring de 1890”.

4. Dornbusch, Rudiger / De Pablo, Juan Carlos, *Deuda Externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11. En similar sentido, Álvaro Bautista Flores ha señalado que “[l]a 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.” (Flores, Álvaro Bautista, “Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios”, en *Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ EDITORES*. Número 2°. Diciembre de 2019. Disponible en <http://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=bdeb7df2a4775993de8bae050b3089b2>).

5. De Pablo, Juan Carlos, *200 años de economía argentina*, Buenos Aires, Ediciones B, 2011, p. 32.

6. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, 4° edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 556.

Para preservar este equilibrio se han desarrollado diferentes conceptos y principios jurídicos como ecuación económico-financiera, equivalencia de las prestaciones e intangibilidad del precio contractual o de la remuneración del contratista. Todos ellos refieren a una *equivalencia y equilibrio cualitativo*. Es decir, hacen referencia a una *relación cualitativa*.

Vale señalar que en todos los contratos administrativos existe una relación entre las obligaciones de las partes y lo que obtienen a cambio. El contrato de obra pública tiene por objeto la entrega por parte del contratista de un *opus* a la Administración y el pago por parte de esta última de un precio al primero.<sup>7</sup> Para lograr una equivalencia, se fijan *ab initio* ciertas condiciones que deberá cumplir cada parte, tanto el contratista como la Administración. Estas condiciones iniciales fijan los parámetros de la relación contractual. Para que el contrato sea exitoso, esta relación debe guardar cierta equivalencia: la obligación del contratista debe estar cualitativa y cuantitativamente remunerada mediante el precio. Y, a la vez, la obligación de la Administración debe estar cualitativa y cuantitativamente representada por el *opus* entregado.

En toda contratación administrativa, el contratista cotiza “guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista 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 demás importes complementarios que le correspondan.”<sup>8</sup> Este *beneficio económico o rentabilidad sólo se asegura si durante toda la ejecución de la obra se mantiene una real equivalencia de las prestaciones, es decir, entre el costo de sus obligaciones y el precio, forma y plazo de pago del mismo*.

Por eso, cuando nos referimos a la intangibilidad del precio –término equívoco– en realidad estamos refiriéndonos a la estabilidad e intangibilidad de esta equivalencia, que es la que le permite al contratista obtener la ganancia esperada y a la Administración obtener la obra en el tiempo y por el precio cotizado oportunamente.<sup>9</sup>

7. Se trata en definitiva, de una locación de obra, ver Gordillo, Agustín, “Obra pública y contrato de obra pública”, en AAVV, *Contratos administrativos*, t. I, reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 45-72, especialmente pp. 57-58 y citas allí consignadas.

8. Escola, Héctor J. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 452.

9. Bonina, Nicolás, “Los gastos improductivos en la obra pública”, RAP, año XXX, nro. 354, pp. 31-51.

Surge así el principio de la intangibilidad o inmutabilidad del precio del contrato, entendido como “la permanencia durante la ejecución de los trabajos y hasta el referido saldo final de la obra, de la igualdad proporcional comparativa producto del procedimiento licitatorio, con respecto a todo lo cual el precio es sólo el dato básico de referencia. La intangibilidad de la remuneración supone las ideas de equilibrio económico-financiero del contrato, del principio del equilibrio o estabilidad económica, pero las supera, ya que no sólo se refiere a la relación entre las partes contratantes (cuestión propia de la figura del equilibrio económico financiero) sino, de acuerdo a lo dicho, plantea un mantenimiento integral de las razones que dieron lugar a la adjudicación”.<sup>10</sup>

Esta intangibilidad, este equilibrio contractual, en definitiva, esta relación de equivalencia, debe proyectarse y garantizarse durante toda la vida del contrato. Si se quiebra esta equivalencia, se modifican los incentivos<sup>11</sup> y se quiebra el equilibrio económico financiero del contrato.

La ecuación económico-financiera es una relación cuantitativa y cualitativa de derechos y obligaciones recíprocos y el costo de los mismos, entre contratista y comitente. Esta relación se considera equivalente y se fija al inicio de la relación contractual.

Los elementos que componen los derechos y obligaciones son, entre otros, el valor de la moneda, prestaciones, ejecución de tareas, costos directos, costos financieros, costos indirectos, materiales, insumos, recursos, el pago del precio, la entrega del *opus*, el margen de retorno para el contratista, etc. Si alguno de los elementos que componen esta relación varía, entonces deberían variarse los otros elementos de la ecuación para compensar y restablecer el equilibrio de la proporción. Esto es lo que se conoce como equilibrio económico-financiero del contrato.<sup>12</sup> Si no se restablece el equilibrio, una de las partes terminará enriqueciéndose a costa de la otra.

10. Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1142.

11. La equivalencia o equilibrio contractual genera los incentivos adecuados para la ejecución de la obra. El objetivo del contratista *debe ser obtener una rentabilidad*, salvo algún caso en que se cotice casi sin rentabilidad para ganar un mercado –teniendo en cuenta que la oferta no puede constituir precio vil-. A su vez, la Administración *debe querer la obra finalizada en tiempo y forma*. Ahora bien, si durante la ejecución del contrato de obra pública la equivalencia de prestaciones se ve afectada, los incentivos tenderán a alterarse.

12. Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, p. 530.

En este sentido, Marienhoff ha afirmado que “el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerandos equivalentes: de ahí el nombre de *ecuación* (equivalencia-igualdad); esta última no puede ser alterada.”<sup>13</sup>

Por ello nuestra Corte Suprema ha sostenido que “[l]a prohibición de alterar las obligaciones que nacen de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos y los Estados” y por ello –con cita de *Fletcher v. Peck* 6 Cranch 87–, “cuando el estado contrata o conviene con los particulares, no le es permitido revocar o anular sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad. (Fallos, tomo 145, página 307).”<sup>14</sup>

El equilibrio económico-financiero del contrato, la equivalencia de las prestaciones, la intangibilidad del precio contractual y, en definitiva, cualquier otro principio similar hacen referencia al equilibrio de la relación entre derechos y obligaciones tanto del contratista como de la Administración comitente, que quedan fijados *ab initio*.

Veremos a continuación que la inflación impacta sobre uno de los elementos de esta relación (los costos), lo que quiebra este equilibrio en detrimento del contratista, salvo que la Administración lo recomponga.

### III. EL IMPACTO DE LA INFLACIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

La inflación impacta, básicamente, de dos formas en el contrato de obra pública:

1. De manera directa, es decir, directamente sobre los costos del contrato. Esto

---

13. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4° ed. actualizada, reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 470.

14. CSJN, Fallos, 158:268, in re: *Don Gregorio Gutiérrez c. Compañía Hispano Americana de Electricidad*, (25/08/1930).

sucede cuando el incremento de precios recae sobre ítems, insumos y recursos del análisis de precios del contrato. En este caso, la inflación altera el precio de determinado ítem o insumo de manera directa.

2. De manera indirecta. Esto sucede, por ejemplo, cuando incrementa el precio del dólar intempestivamente o cuando existe demasiada inestabilidad macroeconómica, cambiaria o picos de inflación. En estos casos, los proveedores pueden suspender las ventas (suspensión del abastecimiento) tanto por miedo o por *falta de precio* (desconocimiento de cuánto será el precio necesario para reinvertir, mantener el stock y obtener la ganancia proyectada del proveedor).

Los casos de impacto indirecto de la inflación –sean por suspensión del abastecimiento, falta de precio o listas de precios excesivas en forma temporal–; tarde o temprano terminan convirtiéndose en un impacto directo, es decir, en un incremento de los costos del contrato.

No obstante ello, la afectación indirecta genera diferentes problemáticas. Por ejemplo, en los picos inflacionarios –como los ocurridos en mayo y agosto de 2018–, una gran parte de los proveedores suspendieron el abastecimiento y el resto continuaba vendiendo pero a precios exorbitantes. En este escenario, el contratista se ve obligado a adquirir materiales a un precio mucho mayor al que finalmente quedará vigente o a suspender la ejecución del ítem para el que necesita los materiales que no puede adquirir en el mercado. En el primer caso, el precio exorbitante pagado nunca será reconocido por el régimen de redeterminación de precios. En el segundo caso, la inflación afectará indirectamente porque al suspenderse la ejecución del ítem deberá ampliarse el plazo del contrato lo que redundará en mayor proporción de obra pendiente de ejecución que se verá afectada posteriormente de manera directa por la inflación.

#### IV. VARIACIÓN DE PRECIOS

En términos generales, podemos afirmar que existen dos formas de actualizar los precios por inflación: a) por acreditación efectiva o; b) por índices.

a) La actualización de precios por acreditación efectiva implica probar objetivamente el incremento de cada ítem correspondiente. Este aumento puede probarse con presupuestos de proveedores a la fecha de cotización y en cada aumento; con el incremento de los precios de mercado en caso de commodities; etc. Este sistema de actualización no está contemplado en el Decreto 691/2016 (tampoco lo estaba en su antecesor, el Decreto 1295/2002).

b) La actualización de precios mediante índices es la denominada *indexación*. Si bien los mecanismos de indexación, actualización o repotenciación de deudas o precios de bienes y servicios se encuentran prohibidos por los arts. 7º y 10 de la ley 23.928, modificada por la ley 25.561; normas que han sido ratificadas mediante diversos pronunciamientos de la CSJN;<sup>15</sup> el Decreto 691/2016 y su antecesor establecen precisamente un sistema de indexación.<sup>16</sup>

El primer sistema es más preciso pero para acreditar el incremento real se exige la prueba concreta de ese incremento en el ítem de que se trate. El sistema de actualización por índices (llámese indexación, redeterminación, etc.) aliviana esta carga, ya que aplicando los índices oficiales al análisis de precios se puede actualizar el precio contractual sin necesidad de probar el incremento real en cada ítem, insumo, material o recurso concreto. Desde ya, la actualización por índices no es tan precisa como el primer sistema.

---

15. Según la doctrina de la CSJN, “la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa –mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria– escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la Constitución Nacional de “Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...” (conf. Causa “YPF” en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567”); ver CSJN, Fallos, 333:447, in re: Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A. (20/04/2010); doctrina mantenida en CSJN, in re: Belatti, Luis Enrique c. F.A. s/ cobro de australes (20/12/2011) y CSJN, Fallos, 341:1975, in re: Romero, Juan Antonio y otros c. EN - Mº Economía - y otro s/ proceso de conocimiento (18/12/2018). Sobre este tema, ampliar en Flores, Álvaro Bautista, “Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios”, en 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>. En cuanto al estudio de la moneda y su devaluación desde la perspectiva de derecho constitucional económico, ver el excelente trabajo de Sacristán, Estela B., “La moneda y su devaluación”, en ReDA, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 127, Enero-Febrero 2020, pp. 120-153.

16. Para una opinión contraria, ver Flores, Álvaro Bautista, “Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios”, en 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>.

En lo que respecta al régimen de actualización por índices o redeterminación de precios, debemos tener en cuenta además, lo siguiente:

Actualmente, el régimen de redeterminación nacional establece la posibilidad de redeterminaciones provisorias y definitivas.

Para proceder a la adecuación provisorio, cada contrato de obra pública debe contar con una estructura de costos y una estructura de ponderación (en qué porcentaje inciden estos costos en la estructura de precios de la obra).

Para la redeterminación definitiva, se aplican los índices correspondientes sobre el análisis de precios.

Para que el contratista pueda solicitar la redeterminación provisorio de precios de un contrato de obra pública, primero debe esperar que se publiquen los índices, que se publican a mes vencido. Al respecto corresponde tener presente que ha habido períodos sin publicación, publicaciones con varios meses de demora y hasta índices que no contemplaban la inflación real.

Luego, el contratista deberá analizar la estructura de costos, el análisis de precios y los índices aplicables. Sobre ello se aplicarán los porcentajes de la estructura de ponderación y de allí se obtendrá el monto a actualizar, siempre y cuando exceda la variación de referencia.

Si existe incremento de los precios por sobre la variación mínima ponderada, deberá presentar el pedido de redeterminación. Hasta aquí, como mínimo, el trámite ya insumió un mes y medio o más entre el salto real del precio y el pedido del contratista.

Si la Administración luego demora seis u ocho meses (plazos cotidianos que se suelen ver en la práctica) para aprobar la redeterminación, significa que el contratista deberá soportar un aproximado de diez meses ejecutando con precios desactualizados. Esto implica que además de la variación de precios que ya pidió, deberá soportar las otras variaciones que se darán en esos diez meses. Ello es así pues en Argentina, en diez meses los precios pueden superar la variación de referencia varias veces.



Para la redeterminación definitiva se aplican los índices correspondientes (determinados *ab initio*) al análisis de precios y se calcula el incremento definitivo.

El régimen de redeterminación de precios presenta algunas problemáticas concretas a considerar. Por ejemplo, en un pico inflacionario, podría suceder que el contratista adquiriera un insumo necesario a un precio exorbitante que luego no sea totalmente cubierto por el índice aplicable al mismo. Es decir, el régimen de redeterminación, al consistir en una actualización por índices, no siempre cubre la diferencia real existente entre el costo ofertado y el costo actual.

Otro problema del régimen de redeterminación es el tiempo que la Administración puede y suele demorar en aprobar y pagar las adecuaciones provisorias. Los regímenes de redeterminación de precios no reconocen el costo financiero de esta demora. Y esto termina siendo un costo oculto que asume el contratista.

Téngase presente que si el contratista tiene que financiarse para cubrir el desfasaje entre certificados –a precio básico– cobrados y redeterminación provisorias no cobrada, hasta que esta última se pague; deberá pagar un interés que la Administración no reconocerá cuando pague la redeterminación. El contratista se vuelve así financista de la Administración. Aun si el contratista no necesita financiarse, al no contar con el capital actualizado en tiempo y forma, pierde la posibilidad de acopiar material a menor precio (ya que en una economía inflacionaria, cada mes los materiales son más caros) o pierde la chance de invertir ese capital y obtener intereses que mejoren su ecuación financiera para afrontar el resto del contrato.

Por ello la doctrina ha señalado que la puntualidad en el pago del precio contractual (que incluye a las redeterminaciones) “es necesaria, en primer lugar, para que el cocontratante particular perciba esas sumas en el momento en que esperaba hacerlo para efectuar las necesarias reinversiones en los trabajos que tiene a su cargo, evitándole una excesiva e injustificada carga financiera”.<sup>17</sup> Por tal razón, la demora en el pago de la redeterminación hace que el contratista asuma el rol de *prestamista forzoso de la Administración*.<sup>18</sup>

17. Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 269.

18. Druetta, Ricardo Tomás / Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 374.

A estas problemáticas, cabe agregar la cláusula de caducidad que aplica el régimen de redeterminación de precios a nivel nacional, por la cual, si la solicitud del contratista supera determinado plazo, los nuevos precios se aplican sobre la parte faltante de ejecutar a la fecha de la solicitud y no a la fecha en que saltó la variación de referencia. Este es el caso del art. 9 del Anexo I del Decreto 691/2016 que establece un plazo de caducidad de 45 días corridos contados desde el último día del mes en que se haya alcanzado la variación de referencia. Adviértase que este plazo puede terminar siendo insuficiente pues el INDEC en el mejor de los casos publica los índices a mes vencido.

Todo ello nos permite afirmar que el régimen de redeterminación de precios resulta efectivo para variaciones o dispersiones de precios homogéneas, equiparables y en períodos regulares –tal como explicaremos seguidamente–, pero no para picos inflacionarios o períodos irregulares o de gran inestabilidad. Para aquellos casos de acontecimientos imprevisibles, inevitables y ajenos la normativa establece otros institutos como la teoría de la imprevisión y el caso fortuito y fuerza mayor (art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 39 Ley 13.064 y art. 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación).

## V. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, CASO FORTUITO E INFLACIÓN

Como ya vimos en el acápite anterior, en el régimen de variación de precios –en nuestro caso, el régimen de redeterminación– no se exige la imprevisibilidad.<sup>19</sup>

Barra –con cita de Llambías– explica que “la llamada *inflación estructural*, que responde a las circunstancias permanentes de la economía, no justifica la aplicación del art. 1198 del Cód. Civil. Sí lo hace, en cambio, la llamada situación de *inflación coyuntural*, que por tener una naturaleza súbita y extraordinaria, se encuadra dentro del régimen de la norma citada.”<sup>20</sup> Asimismo, este autor agrega que el régimen de variación de costos en el contrato de obra pública no exige

19. Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1147 y ss. Este autor señala que en una economía inflacionaria como la nuestra, desde la fecha de presentación de las ofertas hasta la adjudicación y firma del contrato, el precio cotizado puede quedar notablemente desactualizado.

20. Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1147, nota 21.

“la nota de la imprevisibilidad, ni de la extraordinariedad ni siquiera, en estricto sentido, la nota de la sobreviniencia a la celebración del contrato”.<sup>21</sup>

Contrariamente, tanto la teoría de la imprevisión como el caso fortuito y la fuerza mayor exigen como requisitos que el acontecimiento en cuestión –en nuestro caso la inflación– sea imprevisible, irresistible, extraño a las partes, actual y sobreviniente.

Cabe recordar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos “con los fundamentos de los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, invocando la figura en sí misma y/o con su previsión en el Código Civil, más allá de que en la generalidad de tales casos no se haya entendido configuradas –por circunstancias de hecho de cada causa– los requisitos para la admisibilidad de las pretensiones en ella sustentadas (la carga de la prueba corresponde a quien invoca la distorsión contractual).”<sup>22</sup>

Esto significa que si estuviéramos ante una inflación *constante* de 5% interanual o *constante* de 1% mensual, no estaríamos ante un supuesto de imprevisibilidad, sobreviniencia e irresistibilidad y, en tal caso, el régimen de redeterminación de precios podría ser suficiente para mitigar los efectos de tal inflación.

Hay casos que quedan en una zona gris, en los cuales aplica el régimen de redeterminación de precios pero éste puede llegar a ser insuficiente, tal como ya explicamos. En tales supuestos, habrá que analizar el caso concreto siempre con el foco puesto en el equilibrio contractual.

Y finalmente existen los casos en los que la inflación supera toda previsión. Cuando el incremento de precios es previsible, puede proyectarse y gestionarse. Pero cuando la inflación es imprevisible, se vuelve a la vez irresistible, extraña y sobreviniente. No es posible contemplar por adelantado sus efectos en los costos contractuales y en el costo financiero del contrato. En estos casos, el régimen de

21. Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1148, nota 21.

22. Muratorio, Jorge I., “Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública”, en Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral, disponible en <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/03/27/imprevistos-de-la-economia-que-afectan-la-contratacion-publica>, último acceso 20/05/2020; y la jurisprudencia allí citada.

redeterminación de precios no resulta ni suficiente ni adecuado para recomponer el equilibrio contractual; por ello corresponde aplicar la teoría de la imprevisión o el caso fortuito y fuerza mayor.<sup>23</sup>

En base a lo anteriormente señalado, corresponde analizar cuándo es imprevisible la inflación.

A tal fin, consideramos que la forma más adecuada o conveniente para establecer la imprevisibilidad de la inflación es determinar una media de inflación y una desviación estándar en un período de tiempo determinado que presente tasas de inflación similares (sin picos inflacionarios). Es decir, un período de tiempo regular, con tasas homogéneas.

La desviación estándar es una medida de dispersión comúnmente utilizada en estadística e indica qué tan dispersos están los datos con respecto a la media.

Si logramos determinar una media de inflación y una desviación estándar en un período de tiempo determinado, regular y homogéneo, podremos establecer cuál es el rango de inflación previsible y cuál no. En otras palabras, las variaciones de la tasa de inflación que se muevan dentro del desvío estándar, deberían ser canalizadas mediante el régimen de redeterminación de precios y aquellas variaciones que excedan el desvío estándar deberían canalizarse mediante la teoría de la imprevisión o el caso fortuito y la fuerza mayor.

La fundamentación de este enfoque es el siguiente: uno puede prever lo que está dentro del rango estadístico determinado como desviación estándar. Este rango será el resultado del análisis de las tasas de inflación de los meses anteriores en un período de tiempo regular, equiparable y homogéneo. Esto determina lo que uno puede esperar hacia el futuro, es decir, lo previsible. Supongamos que la media de inflación interanual es de 25% anual con una desviación estándar de +/- 5%. Esto es lo previsible. Supongamos que un año tenemos una inflación interanual del 50%. La desviación o dispersión fue del 100%. Claramente que este salto es imprevisible. En estos casos, no hay régimen de redeterminación

---

23. A los efectos expositivos, utilizamos caso fortuito y fuerza mayor como sinónimos.

que pueda compensar el perjuicio y el daño que sufre el contratista así como el quiebre de la equivalencia de prestaciones. Para estos supuestos, se debería recomponer el precio contractual mediante teoría de la imprevisión o mediante el caso fortuito y la fuerza mayor.

A una conclusión similar arribaba Alberto G. Spota al explicar que *la hiperinflación o inflación fuera de lo previsto constituye caso fortuito*: “si la curva de crecimiento de los precios sufre un brusco salto, que asume los caracteres de lo imprevisible y extraordinario, la aplicación de la teoría de la imprevisión contractual resulta procedente.” Por ello, “cuando esos precios sufren un incremento que escapa por completo a toda previsión humana [...] pretender la aplicación del principio atinente a la fuerza obligatoria de los contratos, pese a la alteración grave del equilibrio que debe existir entre las prestaciones del contrato conmutativo, significa un abuso del derecho, un acto anti-funcional, totalmente divorciado de la buena fe-lealtad que debe observarse en el cumplimiento de las convenciones.”<sup>24</sup>

Respecto de este último punto, corresponde realizar un comentario sobre el concepto de hiperinflación. Según las Normas Internacionales de Información Financiera NIC 29 o IAS 29, “Información financiera en economías hiperinflacionarias”, se considera *hiperinflación a la elevación del nivel general de precios en más de un 100% durante 3 años*.<sup>25 26</sup>

## VI. PALABRAS FINALES

La inflación *siempre* erosiona el capital de trabajo del contratista y lo coloca en la posición de prestamista o financista forzoso de la Administración comitente, salvo que el impacto de la misma sea reconocido en tiempo y forma mediante el régimen de redeterminación y/o la teoría de la imprevisión o el caso fortuito

---

24. Spota, Alberto G., *Tratado de Locación de Obra*, t. II, Buenos Aires, Depalma, pp. 616-617.

25. La Norma IAS 29 se expresa de la siguiente manera: “Las características del entorno económico de un país que indican la existencia de hiperinflación incluyen: [NIC 29.3] La población general prefiere mantener su riqueza en activos no monetarios o en una moneda extranjera relativamente estable. Las cantidades de moneda local mantenidas se invierten inmediatamente para mantener el poder adquisitivo; La población general considera los montos monetarios no en términos de la moneda local sino en términos de una moneda extranjera relativamente estable. Los precios pueden cotizarse en esa moneda; **La tasa de inflación acumulada durante tres años se acerca o supera el 100%.**”

26. Lo que nos lleva a señalar que durante el trienio 2018/2019/2020 padecimos una hiperinflación, ya que la tasa de inflación trianual acumulada superó el 100%.

y fuerza mayor. Y aún en tales casos, ningún sistema de recomposición del equilibrio contractual contempla el costo financiero que asume el contratista a raíz de la inflación.

Como han explicado Mairal y Crivelli, la inseguridad jurídica que genera el riesgo cambiario y la demora o falta de pago de los contratos públicos –dentro de otros riesgos– hacen que el oferente exija una mayor tasa de retorno. A mayor riesgo, mayor costo.<sup>27</sup> Es decir, en una economía inflacionaria, cuando los sistemas de estabilización y equilibrio contractual –redeterminación de precios, teoría de la imprevisión, caso fortuito– no funcionan eficazmente, los oferentes suelen requerir mayores tasas de retorno que se traducen en ofertas más caras.

Cuando el incremento de la tasa de inflación exceda el desvío estándar, configurado por el promedio de períodos anteriores regulares, equiparables y homogéneos, estaremos ante una variación que debería ser compensada bajo los parámetros de la teoría de la imprevisión y/o del caso fortuito y fuerza mayor.

En los casos en que la tasa de inflación se mantenga dentro del desvío estándar, el régimen de redeterminación de precios debería ser suficiente como herramienta para mantener la intangibilidad del precio del contrato y el equilibrio de las prestaciones. En caso que no lo sea, se debería recurrir a un mecanismo o un conjunto de ellos que permita volver al equilibrio contractual.

Esta hipótesis se encuentra fundada no sólo en la doctrina citada a lo largo de este trabajo, sino también en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que para períodos normales y previsibles aplica el régimen de redeterminación o reajuste (considerándolo parte del precio) y para períodos irregulares o imprevisibles, autoriza la aplicación de la teoría de la imprevisión:

a) En la causa *Pizarro Aráoz*, nuestro Máximo Tribunal ha afirmado que “... la oferta más la cláusula de reajuste constituyeron el precio del trabajo, que pactado de tal forma representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial protegido por el art. 17 de la CN. (doctrina de Fallos: 137:47; 145:325;

---

27. Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED, 179-655 y; Crivelli, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 308.

184:137).”<sup>28</sup> Al formar parte del precio, queda claro que toda cláusula de reajuste o redeterminación debe utilizarse exista o no imprevisión.

b) Para períodos con picos inflacionarios, la Corte Suprema ha afirmado que “si bien, como principio, celebrado el contrato en épocas de inflación, el deterioro de los precios –o contraprestaciones– no puede considerarse imprevisible ni autoriza, en consecuencia, el juego de aquella norma, cuando de modo brusco y repentino, e inesperado, se altera la normal evolución de la curva inflacionaria, los hechos que trastornan sustancialmente la ecuación del contrato caen en el ámbito de la teoría de la imprevisión, cuyas soluciones se imponen para expurgar a ese convenio de la grave injusticia que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle.”<sup>29</sup>

Finalmente, como conclusión, vale señalar que el objetivo de estas herramientas es mantener el equilibrio de las prestaciones, la intangibilidad del precio en términos cualitativos –no sólo nominalmente– y en preservar la ecuación económico-financiera del contrato, todo ellos principios rectores del contrato de obra pública que garantizan su carácter *conmutativo* y a la vez, el principio de colaboración entre contratista y Administración Pública comitente.

---

28. CSJN, Fallos, 303:323, Pizarro Aráoz, Luis v. Dirección General de Fabricaciones Militares (03/03/1981).

29. CSJN, Fallos, 304:919, in re: Vialco SA c. Agua y Energía, (29/06/1982).