

## LOS GASTOS IMPRODUCTIVOS EN LA OBRA PÚBLICA

Por el Dr. Nicolás Bonina<sup>1</sup>

El siguiente artículo fue publicado en Revista RAP, año XXX, N.º 354, pp. 31-51 y se reproduce con autorización expresa de su autor.

### SUMARIO

I. Obertura: La búsqueda de lo imposible y lo imposible de la búsqueda .....	01
II. Primer movimiento: Allegro ma non troppo .....	03
II.1. Qué se entiende por gastos improductivos .....	03
II.2. Crítica a la denominación .....	06
II.3. Nuevamente sobre la denominación de los gastos improductivos .....	07
III. Adagio: La base constitucional de los gastos improductivos .....	10
IV. Scherzo: Hacia una nueva reglamentación sobre los gastos improductivos .....	14
IV.1. Introducción .....	14
IV.2. La base legal de los gastos improductivos .....	15
IV.3. Cuestiones mínimas que la reglamentación no puede obviar .....	18
IV.4. Causales de paralización o suspensión que generan gastos improductivos .....	20
IV.5. Las cláusulas de renuncia a los gastos improductivos .....	21
V. Vivace – Movimiento final .....	22
V.1. La década infame .....	22
V.2. Reflexión final .....	25
V.3. Consideración última .....	27

### I. OBERTURA: LA BÚSQUEDA DE LO IMPOSIBLE Y LO IMPOSIBLE DE LA BÚSQUEDA

Cuenta la leyenda que luego de perder una guerra contra Minos, siete doncellas y siete mancebos atenienses debían ser entregados como tributo a este rey

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.

cada nueve años. Las doncellas y mancebos ingresaban al Laberinto para ser devorados por el feroz Minotauro.

Vencer al Minotauro y escapar del laberinto constituían una empresa imposible. La muerte a manos de la bestia era segura.

Con los gastos improductivos en la obra pública sucede lo mismo: una vez que los mismos acaecen, el contratista que quiere reclamar su pago ingresa en un laberinto, cual el cretense, en el que puede llegar a vagar durante años y más años sin solución alguna. Aquí –a diferencia de la leyenda–, no hay *Ariadnas*, ni *Teseos* ni hilos que valgan. Para colmo, en vez de un Minotauro, el contratista se encuentra con un Estado que claramente no quiere abonar los gastos improductivos que él mismo genera y hace todo lo posible para evitar reconocerlos y pagarlos. La Judicatura, a su vez, tampoco condena al pago de los mismos ya que no termina de precisar el contenido y concepto de los mismos y banaliza así el derecho a su resarcimiento.

De allí que en el presente, lejos de intentar una hipótesis original, pretendemos efectuar un llamado de atención al tema del reconocimiento y pago de los gastos improductivos en las obras públicas que rige a nivel nacional, su razonabilidad y la necesidad de establecer una nueva regulación desde otra perspectiva.

Hoy día, para que un contratista estatal pueda cobrar los gastos improductivos debe realizar ejercicios de alquimia, no para convertir el plomo en oro, como el rey *Midas*, sino tan sólo para poder probar –de la manera en que la SIGEN exige que se prueben– los gastos en los que incurrió por la disminución o suspensión establecida por la administración respecto de la ejecución de la obra en la que se devengaron. A lo largo de este trabajo, demostraremos que en muchos casos, tal prueba resulta prácticamente de imposible producción y cómo este hecho ocasiona la pérdida de la indemnización por gastos improductivos afectando el derecho de propiedad del contratista, así como la mala práctica y costumbre de las reparticiones del Estado en exigir la renuncia al cobro de estos gastos como condición para otorgar una prórroga de plazos.

Nos centraremos en tres puntos que consideramos de suma importancia para reestructurar este tema:

a) En primer lugar, intentaremos construir una definición de gastos improductivos distinta a la que por lo general encontramos en la doctrina y jurisprudencia. La intención es lograr una definición que evidencie de la mejor manera posible a qué nos referimos cuando hablamos de gastos improductivos y que además resulte clara y sencilla.

b) En segundo lugar, pondremos el énfasis y analizaremos el soporte constitucional de la indemnización por gastos improductivos, ya que por lo general, este tema nunca suele encararse desde tal perspectiva.

c) Por último, nos detendremos en la necesidad de una reglamentación homogénea sobre los gastos improductivos, deteniéndonos en las características mínimas que tal régimen debería contemplar.

## II. PRIMER MOVIMIENTO: ALLEGRO MA NON TROPPO

### II.1. *Qué se entiende por gastos improductivos*

En este punto nos permitiremos discrepar con la mayoría de las definiciones que se han dado respecto de los gastos improductivos. Como dijera magistralmente BORGES, “Notoriamente no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué cosa es el universo [...] La imposibilidad de penetrar en el esquema divino del universo no puede, sin embargo, disuadirnos de planear esquemas humanos, aunque nos conste que éstos son provisorios”.<sup>2</sup> De allí que la definición que intentaremos en estas líneas también resulte arbitraria, tanto o más arbitraria que las definiciones con las que discrepamos. La intención de la misma es que resulte útil, clara y que evidencie de la mejor manera a qué tipo de hechos y a qué tipo de consecuencias jurídicas nos referimos con este concepto.<sup>3</sup> Por ello mismo, ensayaremos una definición distinta que permita echar luz

---

2. BORGES, JORGE LUIS, “El idioma analítico de John Wilkins”, en *Otras inquisiciones, Obras Completas II*, pp. 84-87, especialmente p. 86, Buenos Aires, Emecé, 14° ed., 2004.

3. Como sostiene GORDILLO, debe analizarse el régimen y no las denominaciones. Por ello debemos partir por analizar “...cuáles son las consecuencias jurídicas concretas que determinados hechos deben acarrear según el orden jurídico.”, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5° ed., Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. XI, p. 2, por ello, tampoco “...debe darse a esos términos y significados familiares rigor dogmático alguno...” (p. 3).

sobre un tema que voluntaria o involuntariamente ha sido mantenido en las tinieblas de la ambigüedad.

**Los gastos improductivos son aquellos costos mensuales fijos que no son objeto de amortización mediante un ítem o renglón específico del presupuesto de la obra. Constituyen costos indirectos que el contratista calcula cuando formula su oferta teniendo en cuenta el plazo contractual previsto con eventuales prórrogas y luego distribuye en el precio total de la obra que cotiza. Cuando el plazo se alarga más de lo previsto, estos costos fijos se transforman en costos improductivos porque se siguen generando y no son amortizados por producción alguna de una obra que no certifica por estar paralizada.**

Tomemos un ejemplo para graficar mejor la definición señalada. Tómese por caso una obra pública en la cual la empresa adjudicataria debe entre otras tareas realizar una excavación que se paga por metro cúbico excavado. El precio del ítem es fijado teniendo en cuenta los costos de mano de obra, el transporte de la tierra excavada, y el alquiler de una retroexcavadora (con maquinista, combustible y su transporte a la obra y retorno al depósito del locador) tomando en cuenta el plazo en el cual se calcula realizar la excavación, supongamos 1 mes más 5 días de eventuales prórrogas por lluvias u otras causas. El valor de la excavación se mide en pesos por metro cúbico. Supongamos ahora que la realización de la excavación se paraliza durante un mes, luego de haberse ya alquilado la retroexcavadora y trasladado a la obra, ese mes de más del alquiler que debe pagar el contratista al propietario de la máquina no se encuentra previsto en el presupuesto, es un costo indirecto en tanto no recibe pago del comitente por ítem separado. Este gasto cuando la paralización o retraso es imputable a la comitente o se encuentra como riesgo a su cargo, constituye un gasto improductivo.

Otro ejemplo de gasto improductivo son los gastos generales de la obra, como por ejemplo, el alquiler de la oficina de la inspección o sobrestante, el obrador, los gastos de energía eléctrica o fuerza motriz, teléfono, gas, agua, los depósitos, los sueldos del personal profesional, técnico y de vigilancia mensualizados, el transporte de equipos y enseres a la obra, etc.. Este tipo de gastos, generalmente, no tienen un ítem específico para ser amortizados.

Asimismo, podemos mencionar como otros gastos generales a los gastos de la empresa, denominados también costos fijos de empresa. Del mismo modo, hay varios costos de oficina central que pueden llegar a ser imputados a cada una de las obras en función de la lejanía que pueda llegar a tener la obra de que se trate (viáticos de personal de dirección o gerencial, asesores especiales, etc.).

La única manera de amortizar este tipo de gastos<sup>4</sup> es manteniendo “el ritmo” de certificación, ya que estos costos generales se distribuyeron en el precio total de la obra, amortizándose mediante el ritmo de ejecución, curva de inversión y ritmo de certificación.

Cuando la obra se paraliza por causa imputable a la comitente o que se encuentra como riesgo a su cargo, el constructor debe mantener la oficina de la obra, debe mantener el obrador, continúa gastando energía, teléfono, gas, agua, etc. Pero sin embargo, como no ejecuta la obra por la paralización, entonces no certifica. Al no certificar, no amortiza estos costos que luego no podrá recuperar ya que no están especificados en ningún ítem concreto sino distribuidos en el precio total de la obra.

Por ello mismo, estos costos fijos, indirectos o generales se convierten en gastos improductivos cuando la obra se paraliza o disminuye su ritmo de ejecución, pues son costos indirectos (no incluidos en el presupuesto sino de modo indirecto) que a pesar de no certificar el contratista debe igualmente seguir abonándolos y por lo tanto no producen nada o producen menos y, en caso de paralización total son pura pérdida. Al no certificar por avance de obra (o certificar menos), todos esos gastos o pérdidas, resultan improductivos.

Resta señalar entonces, que no puede brindarse una enumeración taxativa ni mucho menos de gastos improductivos. Como en toda cuestión de derecho, habrá que analizar el régimen jurídico correspondiente, integrado en especial por los pliegos licitatorios y la cotización del contratista. Luego, en cada caso, determinados costos se habrán vuelto improductivos por la paralización o demora y otros no.

---

4. Muchos Jueces parecen tener una íntima creencia en que este tipo de gastos son ilusorios. Sin embargo, estos gastos efectivamente se realizan por la empresa constructora.

## II.2. Crítica a la denominación

Estamos convencidos que cuando analizamos un caso jurídico, lo importante no son las denominaciones sino las consecuencias jurídicas que determinado régimen jurídico prevé ante determinadas circunstancias fácticas. Sin embargo, como también señala GORDILLO, las palabras y los términos guardan subyacentemente un uso o aspecto emotivo, axiológico y político, que en derecho administrativo casi siempre se encuentran a favor del poder.<sup>5</sup>

En este caso sucede lo mismo. Nosotros nos referimos a costos mensuales fijos indirectos que se distribuyen en el precio total, pues no se cotizan en un ítem o renglón específico, razón por la cual la única manera de amortizarlos es mediante el cobro de las certificaciones en término. Cuando la obra se suspende total o parcialmente, se suspende también la certificación, pero estos gastos se continúan devengando. De tal forma, en la realidad lo que se produce es un **daño resarcible**. Se genera una erogación de dinero que el contratista no debe soportar al no ser su causante, quebrándose el equilibrio financiero y económico que tuvo en cuenta respecto de esa obra para contratar. Ese derecho a ser resarcido forma parte de su derecho de propiedad. Así, estas erogaciones a las que no está obligado el contratista afectan directamente un derecho subjetivo del mismo.

Denominar a estas erogaciones como “daños y perjuicios por paralización total o parcial de la obra”, implica un determinado juicio axiológico que se traduce en aceptar que el contratista está en un pie de igualdad con una administración que tiene como única supremacía la satisfacción del interés público, lo cual determina su actuar.

El término “gastos improductivos” nada dice al respecto. Por el contrario, subyace en esta denominación –y en la práctica al respecto– que son gastos que realiza el contratista que por obra y gracia de la santa divinidad administrativa se abonan. Algo así como si tales gastos se abonaran por caridad administrativa más que por constituir un derecho.

---

5. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5º ed., Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. I, p. 6 y ss.

Podrán criticarnos esto que señalamos, pero lamentablemente así sucede en la realidad. Para colmo de males, cuando este tema debe ser abordado por abogados se produce una complejidad propia en su tratamiento, al tratarse de un aspecto técnico propio de la obra pública. Ello, sumado a la imprecisión doctrinaria y jurisprudencial sobre el particular.

Súmese a ello que un magistrado que recién se acerca al tema probablemente desconozca de qué se habla cuando nos referimos a gastos improductivos y le resulte complejo desentrañar el tema sólo desde la teoría que además, como afirmamos, es imprecisa.

Todos estos factores, que pertenecen al complejo fáctico de los denominados “gastos improductivos”, favorecen a la ambigüedad del término y esta ambigüedad incrementa el juicio de valor cercano al abuso del poder, al eterno retorno de la irresponsabilidad administrativa.

### *II.3. Nuevamente sobre la denominación de los gastos improductivos*

A la problemática recién mencionada debemos sumarle la imprecisión propia del legislador. De allí que, al intentar especificar el contenido del término gastos improductivos debemos diferenciar entre los gastos improductivos regulados por los arts. 34 y 39 de la LOP con los gastos improductivos establecidos por el art. 54 inc. e) de la misma norma.

El art. 34 establece que “Si para llevar a cabo las modificaciones a que se refiere el artículo 30, o por cualquier otra causa, se juzgase necesario suspender el todo o parte de las obras contratadas, será requisito indispensable para la validez de la resolución, comunicar al contratista la orden correspondiente por escrito, procediéndose a la medición de la obra ejecutada, en la parte que alcance la suspensión, y a extender acta del resultado.”

“En dicha acta se fijará el detalle y valor del plantel, del material acopiado y del contratado, en viaje o construcción, y se hará una nómina del personal que deba quedar a cargo de la obra. **El contratista tendrá derecho, en ese caso, a que se le**

***indemnice por todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione, los que deberán serle certificados y abonados.*** (El énfasis es nuestro).

Adviértase que enfatizamos el término utilizado por el legislador al referirse a “gastos y perjuicios”, lo que evidencia que se trata de un daño, tal como señaláramos *supra*.

A su vez, el art. 39 establece la indemnización al contratista por los perjuicios que provengan por causa imputable a la administración, fuerza mayor o caso fortuito.

Es decir que, los arts. 34 y 39 regulan la indemnización correspondiente al contratista por los daños sufridos en virtud de la suspensión total o parcial de la ejecución de una obra, respecto de los costos fijos mensuales que no son objeto de amortización mediante un ítem o renglón específico del presupuesto de la obra, sino que se distribuyeron en el precio total de la misma y que, debido a la suspensión, no amortiza por no poder certificar o certificar menos.

En cambio, el art. 54 inc. e) establece que “*Producida la rescisión del contrato en virtud de las causales previstas en el artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: [...] e) Liquidación a favor del contratista de los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato*”. (La bastardilla es nuestra).

Es decir que, cuando el contratista hace uso de su derecho de rescindir el contrato conforme las causales del art. 53 de la LOP, la administración tiene la obligación de liquidarle a su favor los daños y perjuicios que éste probare haber sufrido, no como consecuencia de una paralización, sino con motivo de la rescisión del contrato. Se ve aquí claramente que se trata de dos supuestos distintos, que no debieran ser confundidos. Lamentablemente esto no es así...<sup>6</sup>

La historia legislativa de los gastos improductivos de los arts. 34 y 39 es completamente distinta a los del art. 54. Intentar una hermenéutica integradora de ambos institutos constituye un error de interpretación jurídica. En el

---

6. Como puede advertirse en el fallo de la CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, Corti S.A. de Electrificación c. Agua y Energía S.E., (06/06/2006), LL, 2006-F, 818.

supuesto del art. 54 estamos frente a la finalización del contrato solicitada por el contratista. Es decir, estos costos fijos no se continúan devengando. De allí que la norma se refiera a la liquidación de estos perjuicios. Supongamos por caso que un contratista rentó una retroexcavadora de última generación y que la misma fue cotizada en un ítem específico. La máquina fue alquilada por 6 meses y se abonó por adelantado el canon por los seis meses. Supongamos que al cuarto mes de ejecución se decide rescindir el contrato por alguna de las causales del art. 53. La administración deberá entonces liquidar como gasto improductivo los 2 meses de canon locativo que el contratista abonó por la retroexcavadora, previa prueba por parte del empresario.

También se considera incluido en el concepto de gastos improductivos del art. 54 al mayor costo derivado de la ejecución de un menor número de unidades que las contratadas, el art. 38 de la Ley 13.064 permite modificar los precios y fijar otros nuevos cuando se suprime un ítem en más de un 20 % de la cantidad prevista ejecutar en el presupuesto. Al determinar ese precio nuevo se tomarán en cuenta esos costos o gastos improductivos pues si se gastó en la movilización de equipos a la obra que luego no son utilizados o lo son en mucho menor medida que la prevista, dichos costos necesariamente incrementarán el valor del precio del ítem así afectado por la frustración del contrato.

Esta indemnización no se debe en el caso que la rescisión sea motivada en una razón de caso fortuito o de fuerza mayor.

En el caso de los gastos improductivos de los arts. 34 y 39 nos referimos a costos fijos que, en primer lugar, no se amortizaban por ítem o renglón alguno y que, en segundo lugar, se continúan devengando hasta que se reanude la ejecución de la obra.

En el supuesto del art. 54 no interesa si tienen o no cotización en algún renglón específico, ya que se liquidan los daños originados en la rescisión. A su vez, los daños del art. 54 tampoco se continúan devengando ya que el contrato se rescindió.

A lo largo del presente trabajo, cuando nos refiramos a gastos improductivos se entiende que nos referimos sólo a los establecidos por los arts. 34 y 39 de la Ley

13.064 es decir a los daños derivados de la disminución del ritmo de ejecución y paralización parcial o total de una obra.

### III. ADAGIO: LA BASE CONSTITUCIONAL DE LOS GASTOS IMPRODUCTIVOS

En este esquema es fácil advertir que los gastos improductivos hacen al derecho de propiedad del empresario. El Estado y el contratista suscriben un contrato en el cual existe una prestación de este último al primero y un precio por la misma. Desde la óptica del contratista, este acuerdo se basa en una ecuación económico-financiera, es decir, en una relación entre los costos, la forma en que se producen tales erogaciones, la inversión inicial, la forma y tiempo de amortización de los gastos y la ganancia tenida en miras. De tal forma, cuando la doctrina o la jurisprudencia se refieren a la intangibilidad del precio, en realidad se refieren a la intangibilidad de esta ecuación, que es sobre la que se basa la oferta cotizada por todo contratista estatal.

No se trata de una intangibilidad nominal, sino cualitativa: se preserva una relación, o mejor dicho, una equivalencia de factores sobre la cual se decidió un precio final por el cual ofertar. Esta equivalencia de las prestaciones –y no una intangibilidad nominal– es la que permite la ganancia legítima y razonable que debe esperar el contratista.<sup>7</sup> De allí que hace aproximadamente medio siglo que ya no se habla del ajuste alzado absoluto, sino del ajuste alzado relativo,<sup>8</sup> en especial con la redacción del art. 1633 del Código Civil luego de la Ley 17.711, art. 1, inc. 76, el que se transcribe a continuación: *Aunque encarezca el valor de los materiales y de la obra de mano, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada, salvo lo dispuesto en el artículo 1198.*

7. Nuestra sociedad es una muestra de la falta de equilibrio y de cómo variamos de un extremo al otro, sin conseguir un poco de armonía. En cierta época de la patria contratista, los abusos de los empresarios eran moneda corriente y todo el régimen –y sus actores– servía a tales fines. Ahora nos encontramos en el otro extremo. Los contratistas ahora parecieran ser los culpables de todos los males y pretender que obtengan una ganancia legítima y razonable es casi un delito. Consideramos que no debe ser ni una cosa ni la otra. Cuanto más claras sean las reglas del juego y más seguridad jurídica exista, los contratistas podrán estar más seguros sobre la ganancia que tuvieron en miras al momento de contratar y la administración conseguirá contratos por menor precio. Hay que comprender, finalmente, que de lo contrario, no sólo se perjudica el contratista, sino también el Estado, que paga más porque contratar con él es incierto y el empresario no sabe si va a terminar la obra y cobrar lo que se le debe o si por el contrario va a tener que embarcarse en un juicio de 10 a 15 años. Ampliar en MAIRAL, HÉCTOR, “La teoría del contrato administrativo”, en AA.VV., *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pp. 209-214 y, del mismo autor, “La degradación del derecho público argentino”, en AA.VV., SCHEIBLER, GUILLERMO (COORD.), *El derecho administrativo de la emergencia – IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32.

8. RONDINA, HOMERO, *Contrato de obra pública y privada*, Universidad Nacional del Litoral, 1993, p. 130 y ss.

Resulta evidente que todo lo relativo a variaciones de precios, mayores costos, redeterminaciones, gastos improductivos, etc., son derivaciones del principio contenido en el art. 1198, segunda parte, que no es otra cosa que la materialización del adagio “*pacta sunt servanda, rebus sinc stantibus*”.

El precio nominal del contrato resulta entonces un punto de partida, un dato referencial<sup>9</sup> con el que se materializa en determinado momento la equivalencia real de las prestaciones. Como señala BARRA, el precio “...es sólo un dato referencial, un modo de expresar, en un momento dado, el *valor comparativo* de la prestación del administrado que resultó adjudicatario.”<sup>10</sup> Por ello, el precio nominal del contrato “...variará para mantener intangible la remuneración comprometida.”<sup>11</sup>

Esta equivalencia real de las prestaciones es la que protege el art. 17 de la Constitución nacional y por ello se ha dicho que “Se desarrolla así la idea de la intangibilidad de la remuneración del contrato, es decir la permanencia durante la ejecución de los trabajos y hasta el referido saldo final de la obra, de la igualdad proporcional comparativa producido del procedimiento licitatorio, con respecto a todo lo cual el precio es sólo el dato básico de referencia.”<sup>12</sup>

Esta equivalencia de las prestaciones, esta intangibilidad del equilibrio financiero tenido en cuenta al momento de la adjudicación fue reconocida en el famoso *arrêté* del 21.03.1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*.<sup>13</sup>

Para que se entienda mejor: cuando el contratista cotiza una obra, proyecta una ganancia, que debe ser legítima y razonable.<sup>14</sup> Esta ganancia sólo se asegura si

---

9. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de obra pública*, t. 3, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 873 y ss.

10. BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 877.

11. BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 877.

12. BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 1142. Agrega este autor que “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...” (p. 1142).

13. Ver A.A.V.V., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11º ed., France, Dalloz, 1996, pp. 127-134, especialmente p. 133.

14. Ya decía RONDINA, que el empresario es quien tiene a su cargo “1º) la organización de los medios y fuerzas puestas al servicio de determinada obra o producción; 2º) la asunción de los riesgos; y 3º) **el espíritu de lucro**, lo que determina a la empresa contemporánea.” Ampliar en RONDINA, HOMERO, *La responsabilidad civil y el contrato de construcción*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 35, (el énfasis nos pertenece).

se mantiene durante toda la ejecución de la obra una real equivalencia de las prestaciones. Si se modifica esta equivalencia, la ganancia aumenta o disminuye. Por eso, cuando nos referimos de 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.

Por ello mismo, nuestra CSJN tiene dicho 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; 184:137).”<sup>15</sup> Cabe poner de resalto que los gastos improductivos no constituyen un sistema de reajuste de precios. Sin embargo, citamos el presente fallo de nuestro Alto Tribunal porque del mismo se desprende que lo que hace al derecho de propiedad del contratista es una relación de equivalencia y no tan sólo un número final. Tanto las cláusulas de reajuste de precios como los gastos improductivos hacen al mantenimiento de la equivalencia real de las prestaciones. Esta equivalencia real es la que se protege constitucionalmente mediante el art. 17 de la CN y de allí el fallo citado. La intangibilidad no es del precio, sino que es de esta equivalencia real de prestaciones.

De tal forma, cuando la obra se paraliza o se disminuye el ritmo de ejecución previsto y con ello el ritmo de certificación, soportando el contratista costos que no amortizará mediante ítem alguno, se produce un quiebre en la ecuación económico-financiera, siendo que las prestaciones pierden su equivalencia originaria. Este quiebre afecta la mal denominada intangibilidad del precio y con ella se afecta el derecho y garantía de propiedad constitucionalmente protegida en el art. 17 de la Constitución federal.<sup>16</sup>

Al mismo tiempo, en tal supuesto se le impone una carga al contratista que

---

15. CSJN, Fallos, 303:323.

16. Volvamos caso de la excavación: aquí el contratista tuvo en mente una determinada equivalencia de las prestaciones y entonces cotizó la excavación en pesos por metro cúbico excavado. Este precio incluía el alquiler de un mes y cinco días de la retroexcavadora. Si finalmente tuvo que abonar dos meses en lugar de uno, se quiebra la equivalencia mencionada y entonces disminuye su ganancia o peor aún, incurre en pérdidas.

no corresponde que éste soporte, afectando el derecho y garantía de igualdad contemplado en el art. 16 de la Constitución nacional, como base para las cargas públicas. Tal como ha sostenido reiteradamente la CSJN, este comportamiento genera "...la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño."<sup>17</sup>

De tal forma, los gastos improductivos hacen específicamente al derecho de propiedad del contratista, porque se trata de costos que serían amortizados mediante una certificación en tiempo y forma, ya que a falta de ítem específico mediante el cual cotizar dicho ítem, el empresario distribuyó dichos gastos en la totalidad del precio. La ecuación se quiebra cuando estos gastos continúan generándose sin la correspondiente certificación. En términos más claros, el empresario sigue invirtiendo dinero que nunca recuperará, porque no está previsto en ningún ítem. Ese gasto, al no tener obligación de soportarlo sin contraprestación se convierte en un daño que debe ser indemnizado, conforme surge del juego de los arts. 16, 17, 19 y 28 de la Constitución federal.

De tal forma y conforme la tesis que sostenemos, poco importa si los gastos improductivos se encuentran receptados legalmente o no. Poco importa a su vez si la forma de liquidación de estos gastos debe realizarse de tal o cual manera. De acuerdo al *imperium* que surge de los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional y al art. 16 del Código Civil, ningún Juez de este país puede negarse a resolver un caso de gastos improductivos porque falte tal o cual acreditación de los mismos. En tal inteligencia, tampoco pueden rechazar el reconocimiento de los gastos improductivos en base a que se encuentra acreditada la mayor permanencia y los gastos, pero no se acompañaron las correspondientes facturas. Hacer esto y no decidir es lo mismo. Son violaciones expresas a los arts. 116 y 117 CN y art. 16 CC.

Habiendo quedado clara la definición de gastos improductivos, resulta evidente, manifiestamente diáfano que existen gastos que casi inevitablemente deben calcularse en base a sistemas de porcentajes. Pedir lo imposible para probar lo ya acreditado y denegar el reclamo por falta de lo imposible sencillamente significa no dictar sentencia, violando las normas referidas.

---

17. CSJN, Fallos, 315:1026.

Los jueces debieran hacer justicia, lo que implica llenar las lagunas que el régimen normativo evidencia. Al contrario, muchos jueces son benévolo para con la administración y rigurosamente *procesalistas* con las empresas contratistas. En vez de analizar caso por caso y poder diferenciar la paja del trigo, ponen en la misma bolsa a todo contratista estatal. En vez de reconocer la dificultad de ciertos temas, deniegan los reclamos. La vara de mensura de la Judicatura resulta sorprendentemente ciclotímica, como por ejemplo sucede en el fuero de la eterna Municipalidad de Buenos Aires. Tienen una Constitución abarrotada de derechos que nadie conoce, imagina, respeta ni garantiza. Si se trata de un reclamo de un “débil” particular, los jueces son garantistas. Si se trata de un reclamo de un contratista, los jueces son “fiscalistas estatales” y defienden al Estado. La ciclotimia axiológica que demuestran los magistrados judiciales llega a ser ciertamente alarmante y aberrante.<sup>18</sup> Ser contratista estatal no debe ser mala palabra. No apologetizamos sobre la denominada “patria contratista”, sino que señalamos –como ya hiciéramos en otro lugar<sup>19</sup>– que no todos los contratistas estatales son iguales, que no todos los contratistas actuales deben pagar por los abusos del pasado. En fin, cuando se trata de gastos improductivos, pareciera que la empresa constructora debe casi suplicar de rodillas que le reconozcan – porque para cobrar es otra historia– los gastos improductivos, cuando en realidad y muchas veces eso que se reclama ha sido costado por la empresa sin tener obligación o carga legal para soportarlo.

## **IV. SCHERZO: HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACIÓN SOBRE LOS GASTOS IMPRODUCTIVOS**

### **IV.1. Introducción**

Llegados a este punto, pretendemos llamar a la reflexión sobre la importancia y necesidad de la sanción de un régimen coherente y homogéneo para el reclamo, liquidación y reconocimiento de los gastos improductivos y hacer hincapié en las características mínimas que dicho régimen debiera contener.

---

**18.** Como nos señalara un amigo, con total acierto, el problema radica en que tras la pátina de un discurso garantista se esconde una justicia revisoria en plenitud “pero no de plena jurisdicción, sino siempre a favor de la administración municipal”.

**19.** Ver, BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos”, LL, 2007-A, 780.

## IV.2. La base legal de los gastos improductivos

En primer lugar, haremos una breve mención a la base legal de los gastos improductivos y los distintos sistemas de liquidación que tuvieron lugar en el régimen federal.

El art. 34 de la Ley de Obras Públicas (13.064) establece: *“Si para llevar a cabo las modificaciones a que se refiere el artículo 30, o por cualquier otra causa, se juzgase necesario suspender el todo o parte de las obras contratadas, será requisito indispensable para la validez de la resolución, comunicar al contratista la orden correspondiente por escrito, procediéndose a la medición de la obra ejecutada, en la parte que alcance la suspensión, y a extender acta del resultado.*

*En dicha acta se fijará el detalle y valor del plantel, del material acopiado y del contratado, en viaje o construcción, y se hará una nómina del personal que deba quedar a cargo de la obra. El contratista tendrá derecho, en ese caso, a que se le indemnice por todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione, los que deberán serle certificados y abonados.”*

Anteriormente, el régimen funcionaba a partir de las Leyes 12.910 y 15.285 y sus reglamentaciones y modificaciones. Sin entrar en el detalle de cada una de estas normas, señalaremos que existían dos métodos para solicitar y liquidar los gastos improductivos derivados de paralizaciones parciales o totales de obra o disminución de su ritmo. El primero de ellos era con la prueba directa de cada uno de los recibos y facturas de los gastos realizados. Así, se liquidaban los daños conforme los elementos probatorios acompañados y una prolija contabilidad e imputación de gastos generales a cada obra.

El otro mecanismo tenía lugar cuando por la particularidad del gasto o por cualquier otra causa, no se contaba con los elementos probatorios directos. En este caso, se utilizaban sistemas porcentuales mediante los cuales se liquidaban los gastos improductivos en los que había incurrido el contratista aplicando una tabla según el tipo de obra (ingeniería o arquitectura), los montos de paralización y teniendo en cuenta el tiempo de suspensión, etc.

La indemnización reconocida por este segundo mecanismo terminaba siendo inferior que la liquidada mediante la prueba concreta, sin embargo, era determinante en los casos en los que no se contaba con documentación respaldatoria suficiente o su compulsión, clasificación, búsqueda y constatación hacían de ello una tarea ímproba.

Estos dos mecanismos de liquidación de los gastos improductivos se encontraban legislados a favor del contratista. Si se contaba con la prueba directa, se liquidaba la indemnización conforme al daño efectivamente sufrido. En caso contrario, se otorgaba una indemnización debido a la innegable realidad del mayor tiempo en obra, de la suspensión y de los gastos indudablemente realizados el contratista, pero esta indemnización siempre resultaba menor a la que hubiera logrado con la prueba directa.

Estos dos mecanismos tenían fuentes legales distintas. Los arts. 34 y 39 de la Ley 13.064 conformaban el régimen en el que se exigía la prueba concreta. Los regímenes que contaban con mecanismos porcentuales fueron establecidos por las leyes 12.910 (art. 5º) y 15.285 (art. 3º), como también por los decretos 11.511/47, 6927/61, 3772/64, 4124/64 y 2347/76, junto a todas las normas modificatorias de los mismos que fueron derogadas por el Decreto 1349/01.

Así se consagraba, en fin, un criterio de justicia. Si se encontraba probado el mayor tiempo en obra, es decir, la suspensión, era lógico que se lo indemnizara, aun cuando el contratista no contara con la prueba concreta de estos gastos.

El mismo empresario era quien elegía bajo qué régimen se le iban a liquidar los gastos improductivos. En definitiva, si éste no contaba con la prueba directa cobraría menos pero algo al fin. A su vez, el criterio de justicia también residía en la administración, quien ante lo innegable del mayor gasto, indemnizaba, pero menos que lo que hubiere correspondido por no contar el empresario con la prueba directa.

De esta situación da cuenta la PTN, al referirse que en el régimen de los arts. 34 y 39 de la LOP "...resulta necesaria la producción de la prueba relativa al daño sufrido (v. Dictámenes, 140:166; 93:345; 74:367) a diferencia del primero [*en ese caso,*

Decreto 1619/86, art. 11] que se rige por fórmulas establecidas contractualmente o modificadas posteriormente en las oportunidades, formas y con las condiciones especificadas en aquéllas normas...”<sup>20</sup>

En el mismo sentido, ha expresado que “A tal efecto deberá tenerse en cuenta que para resarcirse de los gastos improductivos ocasionados por la paralización de los trabajos dispuesta por la Administración, la contratista optó por la reparación integral resultante de los artículos 34 y 39 de la ley n° 13.064 y no por la indemnización limitada en base a los porcentajes previstos por el art. 5° del decreto n° 6927/61 (modificado por el decreto n° 4124/64).”<sup>21</sup>

Permítasenos agregar que durante el período 1961/1964 se combinaron los dos métodos y se estableció que el contratista podía reclamar el pago de los porcentuales legales que se aplicaban durante la paralización total o parcial de los trabajos pero como un “valor a cuenta” de los gastos que efectivamente probase haber tenido el contratista. Era el sistema más justo y equitativo pues permitía recibir una liquidación porcentual teórica como valor a cuenta de la liquidación real comprobada. Así lo disponía el Decreto 6927/1961.

Lamentablemente, este régimen que resultaba claro desapareció gracias al idóneo y eficaz trabajo de los legisladores que sancionaron normas que derogaron en parte sí y en parte no la Ley 12.910. Como suele suceder en nuestro país a nivel legislativo, existe una miríada de normas que derogan parte de otras normas, normas que a la vez trataban sobre diversos y heterogéneos institutos. La eficacia legislativa se reduce así en que por lo general (sobre todo en el derecho administrativo) casi nadie sabe qué se encuentra vigente y qué no. Compartimos el criterio de MABROMATA<sup>22</sup> en cuanto a la vigencia de los principios de la Ley 12.910, pues lo que está en juego son derechos constitucionalmente protegidos. Pero a su vez, compartimos su opinión en cuanto que el régimen de los gastos improductivos establecidos por esta ley y sus normas modificatorias y reglamentarias continúa vigente (o debiera continuar) ya que las normas posteriores que derogaron la Ley

---

20. PTN, *Dictámenes*, 212:255.

21. PTN, *Dictámenes*, 140:166.

22. MABROMATA, ENRIQUE G., “Vigencia de la Ley N° 12.910 – Continuidad de valor de las prestaciones pactadas”, RAP XXVII – 320, 2005, *Suplemento Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad, Primera Parte*, pp. 69-83.

12.910, no la derogaron en su totalidad, sino tan sólo en aquello que se refería a los reajustes de precios por variaciones de los costos.

#### IV.3. Cuestiones mínimas que la reglamentación no puede obviar

En primer lugar, una eventual reglamentación de los gastos improductivos debería establecer claramente cuándo deben reclamarse los mismos. En este punto hay que partir de que el contrato de obra pública es un contrato por resultado, se trata de una locación de obra donde las dos prestaciones principales son la entrega del *opus* por parte del contratista y el pago del precio por parte de la administración. Es decir que, hasta la recepción final y el pago del último certificado, el contratista tendría derecho a reclamar la indemnización de gastos improductivos.

Ello es así por aplicación de los arts. 525 y 624 del Código Civil, el primero en forma directa, el segundo por aplicación analógica.

El art. 525 establece que: “Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.”

Siendo que los gastos improductivos constituyen una obligación accesoria, resulta lógico concluir que pueden reclamarse hasta el momento en que se cancele la obligación principal, lo que ocurrirá con el pago del certificado final.

Asimismo, puede cobrarse el certificado final y hacerse reserva del reclamo por los improductivos, por aplicación analógica<sup>23</sup> del art. 624 del Código Civil, que

---

23. La jurisprudencia es conteste y uniforme sobre la aplicación analógica de la norma del 624 a toda clase de obligación principal y accesoria. Al respecto, se ha dicho que “...teniendo en cuenta que el adquirente no reservó, al tiempo de resultar satisfecha la obligación principal, su derecho al resarcimiento del posible daño moratorio, la obligación accesoria reclamada en autos ha quedado extinguida, en virtud de la regla establecida por el art. 525 del Cód. Civil y de la solución adoptada por el art. 624 del mismo cuerpo legal, aplicable por vía de analogía para todas las obligaciones principales y accesorias...” (CNCom., Sala E., *in re: “Feijoo, Jorge A. c. Fernández y Merini SA”*, 27/03/2003, LL, 2003-F, 599). Asimismo, “Estos principios, consignados expresamente por la ley con relación a las obligaciones de dar sumas de dinero, juegan asimismo por vía de analogía para toda clase de obligaciones principales y accesorias [...] Y se comprende la necesidad de esa reserva, pues no es lo mismo para el deudor pagar una obligación con la seguridad de que con ello disuelve toda relación con su acreedor, a pagarla con la perspectiva de tener que afrontar luego otras derivaciones de la deuda primitiva. Adviértase lo injusto que sería someter al deudor, sin aviso previo, durante todo el lapso de la prescripción ordinaria, a la eventualidad de tener que responder por el daño moratorio causado por la tardía ejecución de una obligación satisfecha con mucha anterioridad.” (CNCiv., Sala A, *in re: “Alizade, Avelino c. Devoto de Illguth, Eugenia, suc. y otro”*, 24/09/1963, LL, 114-291). En el mismo sentido, ver CNCiv., Sala E, *in re: “Patiño, Manuel O. y otros c. Plan Rombo SA de Ahorro para Fines Determinados”*, 28/04/1999, LL, 2000-B, 127).

establece claramente que *“El recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos.”*

De tal forma, el único plazo para reclamar los improductivos debiera ser el de la prescripción, es decir, 10 años por tratarse de un daño contractual, con la excepción de que, si no se reclaman con anterioridad al pago del certificado final y en éste no se hace la correspondiente reserva, una vez cancelado este último certificado, se extingue la posibilidad de reclamar los improductivos.

Se nos cuestionará el por qué dejar a merced del contratista la elección del momento para reclamar y la respuesta es sencilla: siendo que los gastos improductivos son un daño resarcible, parece lógico permitir al contratista, que es quien sufre y soporta ese daño, que decida cuándo quiere reclamarlos, con las limitaciones señaladas.

Ahora bien, otro tema es el relativo a la forma y plazo de pago. Una opción puede ser que, una vez reclamados y liquidados, se certifiquen y se paguen dentro de los plazos establecidos en los pliegos. Sin embargo, tampoco encontramos inconvenientes en que, una vez liquidados y reconocidos los improductivos, el contratista emita una factura para cobrarlos.

En ambos casos, no debe incluirse el IVA, ya que no se trata de un valor agregado de la empresa, sino de un daño resarcible.

Si el contratista efectúa el reclamo durante la ejecución, resulta más conveniente que se paguen mediante los certificados de obra, ya que de tal manera, se utilizan los plazos del propio pliego para la certificación y pago. Además, en caso de incumplimiento, se les podrá adicionar los intereses del art. 48 de la Ley 13.064.

Si en cambio el contratista los reclama al final de la obra, para cuando estén reconocidos no habrá más certificaciones, con lo cual, aquí pareciera no existir inconvenientes en que se cobren previa emisión de una factura por el empresario.

En ambos casos, los improductivos deben estar reconocidos por acto administrativo firme. De tal forma, hay que reclamarlos, luego liquidarlos y por

último reconocerlos. En este caso, la reglamentación debería establecer los plazos para la liquidación y el reconocimiento.

#### IV.4. Causales de paralización o suspensión que generan gastos improductivos

Queda precisar cuáles son las causas de paralización o suspensión que generan gastos improductivos indemnizables por el art. 34 de la LOP.

Este artículo establece que “Si para llevar a cabo las modificaciones a que se refiere el artículo 30, **o por cualquier otra causa**, se juzgase necesario suspender el todo o parte de las obras contratadas...”(El énfasis es nuestro).

Al respecto, Mó señala que “...la ley no ensaya ni siquiera una enumeración enunciativa, sino que deja a criterio del comitente administrativo cualquier causal para fundamentar la suspensión de la obra, parcial o totalmente.”<sup>24</sup>

Consideramos que no es así. El tema está estrechamente relacionado con la distribución de riesgos en la contratación administrativa.

Resulta claro que si se trata de la paralización o disminución del ritmo de ejecución por causa imputable al contratista, los daños originados deben ser afrontados por el constructor.

A su vez, si se trata de paralización o disminución del ritmo por fuerza mayor o caso fortuito, el régimen legal los encuadra en el art. 39 de la LOP.

Asimismo, tampoco puede indemnizarse cualquier daño originado en causas no imputables al contratista cuando, conforme los pliegos licitatorios, el riesgo por determinada situación pesa sobre este último. Por ejemplo, en determinadas épocas del año en el sur del país se entra en época de “veda” para construir, debido a la excesiva humedad y a las bajas temperaturas que congelan el agua y no permite que el hormigón adquiera la resistencia que debe adquirir con su mezcla y amasado. Durante estas neutralizaciones de plazo no deben liquidarse

---

24. Mó, FERNANDO F., *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 215.

gastos improductivos aunque los haya, porque los mismos son contemplados en la oferta, son previsibles y pueden ser calculados cuando uno cotiza los trabajos.

Es decir que, las causas de paralización o disminución de ritmo que originan gastos improductivos debieran ser aquellas no imputables al contratista que entran dentro del riesgo del comitente. De esta forma se alcanza un término medio en el cual la administración deberá indemnizar por gastos improductivos cuando la mayor permanencia en obra se deba a causas imputables a ella o no imputables a ella pero que están dentro de su ámbito de riesgo contractual.

#### IV.5. *Las cláusulas de renuncia a los gastos improductivos*

El art. 11 del Decreto 1295/2002 establece que “La suscripción del “Acta de Redeterminación de Precios” conforme lo establecido en el presente decreto, **implica la renuncia automática de la contratista a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos** o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza, pretendidamente motivados por los cambios registrados en la economía desde el 6 de enero de 2002, a la fecha del acuerdo que faculte la aplicación de la redeterminación de precios.” (El énfasis nos pertenece).

Este tipo de cláusulas son sencillamente inconstitucionales. Lo peor del caso es que, mediante el Decreto 1295, ahora se encuentra consagrada normativamente y resulta obligatoria.

La redeterminación de precios no es otra cosa que un sistema que permite mantener la equivalencia de las prestaciones. Tal como sostiene la Corte Suprema, “...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; 184:137).”<sup>25</sup>

Ahora bien, una cosa es que la cláusula o sistema de reajuste constituyan el precio del trabajo y otra cuestión muy distinta es la indemnización por los daños

---

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

conocidos como gastos improductivos. Ambos créditos deben reconocerse y abonarse (en caso que así corresponda) por venir impuestos por imperativo constitucional.

La práctica demuestra lo contrario. Ante el otorgamiento de prórrogas o modificaciones que corresponden jurídicamente, se obliga al contratista a renunciar a los gastos improductivos. Esta práctica –y la normativa, con esta cláusula del 1295– son extorsivas, porque lo que en realidad evidencian es un juego perverso en el cual se pone al empresario en la posición de tener que decidir por cobrar un crédito y perder otro, en caso que ambos le correspondan por derecho. Cuestionar la validez de alguna de estas cláusulas significa en primer lugar, no cobrar ni un crédito ni el otro, con el riesgo de que le revoquen la contratación y, en todo caso, verse obligado a perder 15 años en un proceso judicial para cobrar ambos créditos.

Este tipo de cláusulas deben eliminarse de la práctica de las obras públicas, porque generan conductas extorsivas y finalmente terminan perjudicando a la administración. Resulta importante comprender finalmente que cuando la normativa contractual resulta abusiva, los precios de las ofertas son mayores. De tal manera, la administración junto a su régimen exorbitante y discrecional lo único que logra es contratar mal, porque contrata a precios mayores a los que podría acceder si el régimen ofreciera mayor seguridad jurídica para el contratista.<sup>26</sup>

## V. VIVACE – MOVIMIENTO FINAL

### V.1. *La década infame*

Aquellas empresas que a fines de la década del ochenta ingresaron trámites para el reconocimiento y liquidación de los gastos improductivos vivieron una década infame que abarca desde 1990 hasta el año 2000. No sólo por el proceso llamado de reforma del Estado, sino por la manera en que éste se efectuó y las consecuencias que se derivaron de ello.

---

26. Ver las citas en nota 7.

Todavía abundan juicios en el Fuero Contencioso Administrativo en donde se reclaman gastos improductivos de hace más de veinte años.

El problema residió en que luego de la reestructuración estatal y de la consolidación de la deuda del Estado dispuesta por la Ley 23.982<sup>27</sup>, estos trámites debían tener dictamen de la Unidad de Auditoría Interna y de la Dirección de Legales. Luego de ello, debían pasar a la SIGEN para que ésta dictaminara. La desgracia se incrementaba porque, conforme la Resolución 10/93 SIGEN y la normativa aplicable, se ingresaba el trámite, se acreditaba el mayor tiempo en obra, se liquidaban los gastos improductivos y luego pasaba a que dictaminara la UAI y Legales. Con todo ello, el expediente debía pasar al Director para que reconociera los gastos, luego el empresario suscribía el Formulario de Requerimiento de Pago, y luego que todo este trámite se encontraba realizado, pasaba a la SIGEN.<sup>28</sup>

La SIGEN, sin embargo, en esta década nefasta, asumió un rol de suma importancia en lo que nos respecta: era quien decidía qué trámites por gastos improductivos debían seguir adelante y cuáles no.

Claro que en medio de este caos reformador y libertino, se olvidaron que existía un procedimiento previo que había sido cumplido, que en varios casos, cuando no se había echado mano al recurso de la renuncia, existían actos administrativos que reconocían no sólo el mayor tiempo en obra, sino que se llegó a negar trámites con reconocimiento de los organismos comitentes y con dictámenes favorables de Legales y de la UAI correspondiente. Existen expedientes en los cuales tanto Legales como la UAI dictaminaron dos o tres veces cada uno de forma afirmativa.

---

27. Esta ley consolidó la deuda interna del Estado y el mismo Estado asumió el pago de la deuda externa de las empresas quebradas. Ello fue un primer paso hacia el *default* del año 2002 en donde ya dejó de privilegiarse a la deuda externa, salvo los compromisos con el FMI, el Banco Mundial y el BID que continuaron cumpliéndose.

28. Permítasenos tan solo hacer un alto para señalar que la tan mentada Resolución 10/93, que obviamente la SIGEN cita en todos sus dictámenes de dicha época, nunca fue publicada en el Boletín Oficial. Para peor, sólo podía encontrársela en la página *web* de la SIGEN pero incompleta. Hemos ido personalmente a la SIGEN ante la imposibilidad de encontrar el anexo que no estaba publicado en ningún lado (y que justamente regulaba sobre el procedimiento en cuestión) y no se nos brindó tal información. El argumento fue que si dicho anexo no estaba publicado era porque los particulares no debían tener acceso a él. Resultó simpático que la SIGEN, órgano de control republicano, olvidara uno de los baluartes y máximas de todo sistema republicano, el que consiste en la publicidad de los actos de los órganos administrativos. Resta decir que esta Resolución, igualmente, se encuentra derogada en la actualidad y que ahora sí se la puede encontrar completa en la *web* del organismo. Para una crítica completa a esta norma, ampliar en MABROMATA, ENRIQUE / SANONER, MARCELO F., "Consolidación de deudas del Estado, resolución SIGEN 10/93 y decreto 1639/93 (Aplicación práctica e interpretación constitucional)", LL, 1994-D, 1161.

Claramente que esto no legitima ni justifica que se otorgue un trámite por gastos improductivos cuando no corresponde. El problema aquí es que la SIGEN rechazó trámites con fundamento en la inexistencia de la prueba directa y concreta, siendo que tanto las UAI y los departamentos de Legales señalaban que las liquidaciones se efectuaban en base a porcentajes legales debido a la falta de esta prueba directa y en virtud de que el régimen legal al momento de producción de tales daños así lo preveía. Y en muchos otros casos en los que el propio organismo comitente había extraviado las actuaciones administrativas junto con la prueba concreta, la SIGEN ponía en duda la veracidad de las actuaciones reconstruidas.

Más grave aún resulta esta posición de la SIGEN al considerar que no existe norma alguna que haya derogado las regulaciones sobre los gastos improductivos que surgen de la Ley 12.910 y normas reglamentarias y modificatorias.

Peor aún, cuando en muchos casos la propia SIGEN no seguía el procedimiento regulado por ella misma en la esotérica Resolución 10/93.

Hasta ese momento, las reparticiones insistían en la procedencia de los trámites y la SIGEN los frenaba solicitando pruebas que ya no existían, que nunca existieron o que eran imposibles pues, precisamente, bajo la denominación de gastos indirectos se incluyen aquellos gastos de oficina que sólo son prorrateables mediante porcentajes o fórmulas, ya que resulta imposible probar qué porcentaje del trabajo de la recepcionista, de la telefonista, de la fotocopidora, etc., corresponden a la obra en cuestión y qué porcentaje corresponde al resto del giro comercial de la empresa.

Volviendo al Minotauro, resulta claro que el laberinto fue adrede. Sin embargo, el gobierno que asumía en el '89 redobló la apuesta e invirtió el juicio axiológico. En medio de un país en llama, de repente, los contratistas que reclamaban gastos improductivos se volvieron “estafadores”, “ladrones” y “vende patrias”. Claramente que nadie decía ni escribía esto, pero la ideología fue calando hondo tanto en jueces como en los órganos administrativos. La verdad que residía detrás de esta ideología era la decisión gubernamental de licuar pasivos y prorrogar todo el tiempo que se pudiera el pago de sus deudas. Y lo logró. Repentinamente, se inició una caza de brujas contra quienes reclamaran gastos improductivos. Aun cuando tenían un reconocimiento firme en

sede administrativa, igualmente la SIGEN observaba algo, o todo. Y luego, volvía a observar otras cosas. Y así hasta el hartazgo. Al final, cuando asumió el nuevo gobierno en el 2000, la situación era peor que en el '89 y directamente la orden fue: rechacen y que reclamen judicialmente. Pero la semilla estaba sembrada. Los contratistas que reclamaban los daños por la mayor permanencia en obra ya eran considerados “ladrones vende patrias” de manera implícita, aunque todos bien sabíamos que la patria se estaba vendiendo en otros mercados...

Como ya mencionamos, la SIGEN llegó desconocer informes técnicos y legales de los propios órganos comitentes por ausencia de prueba que los contratistas habían presentado oportunamente y que había sido extraviada por los órganos comitentes. Si en el expediente reconstruido los órganos técnicos correspondientes habían dictaminado que los gastos se encontraban probados, pero el organismo administrativo había extraviado esa prueba, la SIGEN imponía la carga del extravío en el particular y denegaba el reconocimiento. Y vale aclarar que para cuando la SIGEN tomaba intervención habían transcurrido diez o más años desde el acontecimiento, prueba y reconocimiento de los gastos.

Como señalamos, la pesadilla se volvió en tragedia. Con el nuevo milenio y el nuevo gobierno la decisión política fue drástica: denegar definitivamente este tipo de trámites. Claro, la situación financiera de la nación era todavía peor que en la década del noventa. Esta decisión brindó un “respiro” de aproximadamente diez años más. Es decir que gracias a esta decisión confiscatoria el Estado hoy día todavía se encuentra “respirando”...

## V.2. Reflexión final

El presente trabajo sólo pretende ser una reflexión breve y concisa. El Estado es irresponsable, siempre lo fue, lo es y pretende seguir siéndolo. Además, claro está, es insolvente.<sup>29</sup> No vamos a adentrarnos en esta realidad, ya lo han dicho otros antes que nosotros, ya lo hemos dicho nosotros también. Pero no hay que dejar pasar la oportunidad para volver a denunciarlo.

---

29. BONINA, Nicolás, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado”, en *Res Pública Argentina*, 2006-1, p. 91.

Pero el Estado no es una abstracción, el Estado argentino somos los argentinos y el argentino es así: irresponsable, ventajista, individualista. Quizá nuestro acérrimo individualismo que nos obliga a sacar ventajas del otro sea una consecuencia del mal desarrollado proceso de individualización de nuestra sociedad.<sup>30</sup> Proceso de individuación que sólo nos acarreó más miedo, más incertidumbre, más inseguridad que sólo podemos compensarla dañando al otro, llenándonos de “recompensas” materiales y siendo todavía más individualistas. Esta dicotomía entre la norma y la realidad o el parasistema ha sido detenidamente explicada por GORDILLO.<sup>31</sup> Tal vez una explicación del por qué seamos como somos pueda encontrarse en *La ciudad indiana*, de JUAN AGUSTÍN GARCÍA.<sup>32</sup>

En fin, somos lo que somos, pero podemos ser aún mejores si tomamos conciencia de nuestra realidad y nos decidimos por el cambio.

La indemnización por gastos improductivos –cuando los mismos se configuran– resulta un imperativo constitucional. Poco importa a tales efectos si la Ley 12.910 se encuentra o no vigente. En todo caso, se trata de la reglamentación pero no de los derechos. El derecho surge de la Constitución y del juego de su articulado. De allí que los jueces que hoy tienen causas en las que se debaten estos trámites fracasados tienen en sus manos la posibilidad de aplicar un criterio de justicia en el análisis de los mismos.

No se trata de abonar a aquellos que hacen de las contrataciones administrativas un “negociado”<sup>33</sup>, se trata de abonar en los casos que corresponda sin perjudicar a aquellos que hacen de esto su trabajo diario, cotidiano. Y que lo hacen bien, cumpliendo con sus obligaciones contractuales. En un mundo corrompido, será una nueva obligación de los jueces aprender a separar la paja del trigo, saber diferenciar dónde hay “negociado” y dónde hay reales derechos vulnerados, para no poner todo en la misma “bolsa”: la de la indiferencia.

---

30. Ver y ampliar en el excelente trabajo de FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973.

31. GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico – administrativo*, Madrid, Civitas, 1995, reimpresión.

32. GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986.

33. BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos”, *LL*, 2007-A, 780.

Se trata en fin, de “...sólo recorrer los caminos que tienen corazón, cualquier camino que tenga corazón. Esos recorro, y la única prueba que vale es atravesar todo su largo. Y esos recorro mirando, mirando, sin aliento.”<sup>34</sup>

Se trata en fin y aunque el término sea ambiguo, subjetivo y valorativo, de hacer justicia.

### V.3. Consideración última

Esperamos que este trabajo genere un espacio de reflexión. Para ello deberemos tener en cuenta que siempre que por causas no imputables al contratista que entran en el riesgo del comitente se paraliza o disminuye el ritmo de ejecución, se originará un daño al empresario. Es inevitable. De allí que ese daño debe ser indemnizado porque así lo exige la Constitución nacional.<sup>35</sup>

El problema reside en cómo indemnizamos este daño. Si se encuentra acreditada la mayor permanencia en obra sin certificar existe daño, pero queda pendiente la base que se tomará para liquidar la indemnización.

Aquí consideramos que el mejor sistema es el dual.

Se deben establecer dos regímenes de liquidación. Uno en base a la prueba detallada y concreta y otro en base a fórmulas porcentuales. El primero debe ser una indemnización integral y la segunda una indemnización limitada.

Pero asimismo, el contratista debería tener la opción de escoger entre uno y otro y además, en caso de escoger por la indemnización limitada, la misma debería liquidarse como un “valor a cuenta” de los gastos que efectivamente probase posteriormente el contratista, dentro de un plazo determinado también legalmente.

---

34. CASTANEDA, CARLOS, *Las enseñanzas de don Juan*, 2º ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 167 (el énfasis nos pertenece). Pues, en definitiva, “Ningún camino lleva a ninguna parte, pero uno tiene corazón y el otro no. Uno hace gozoso el viaje; mientras lo sigas, eres uno con él. El otro te hará maldecir tu vida. Uno te hace fuerte; el otro te debilita.” (p. 107).

35. Evidentemente, si el riesgo entra en la esfera del contratista, entonces éste tenía un deber de soportar dicha carga y por lo tanto el daño no resulta indemnizable. Se advierte así que la caracterización dinámica que ofrecemos de los gastos improductivos se encuentra respaldada y es la que mejor se adecua al juego de los arts. 16, 17 y 19 de la Constitución nacional.

Un régimen de este tipo reconocería entonces que los mal denominados gastos improductivos constituyen un daño resarcible al contratista. Que éstos constituyen un derecho subjetivo protegido por el art. 17 de la Constitución nacional. Y que si se liquidan mediante las fórmulas porcentuales –es decir, la indemnización limitada– el contratista todavía tiene el derecho de probar concretamente el daño para obtener la indemnización integral. De esta forma, el régimen normativo materializaría legalmente la dinámica propia del instituto en concordancia con el texto constitucional, para finalmente decir que de esta forma...

SERA JUSTICIA