

El COVID-19 en los Contratos de Obra Pública.

El 30 de enero de 2020, los representantes del Ministerio de Salud de la República Popular China informaron al OMS que existían 7.711 casos confirmados de COVID-19 mas 12.167 casos sospechosos en todo el país, de los casos confirmados, 1370 son graves y ya se habían registrado 170 víctimas mortales. En esa sesión, la Organización Mundial de la Salud, en adelante la OMS, declaro la pandemia del COVID-19 como Emergencia de Salud Publica de Importancia Internacional.-

Con anterioridad, en nuestro país se había dictado el 23 de diciembre de 2019 la LEY N° 27.541 DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y REACTIVACION PRODUCTIVA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA PUBLICA, - en adelante la LEY DE SOLIDARIDAD SOCIAL-, que incluía en sus arts. 64 al 85 la emergencia sanitaria,

Posteriormente, el 31/12/2020 se declaraba la emergencia sanitaria por medio del Decreto NU 260/2020 y por con el DNU N° 297/20 el 29/03/20 que decreta el aislamiento social, preventivo y obligatorio,- en adelante cuarentena-, que se encuentra prorrogado actualmente hasta el día 10 de mayo de 2020.-

A partir de ese momento, hemos sufrido una inédita alteración que afecta el normal desarrollo de la vida social y comercial de todo el conjunto social.-

El derecho es permeable a toda manifestación humana ante una crisis como la citada y mucho se ha escrito y se sigue escribiendo, sobre las consecuencias jurídicas de la pandemia del COVID-19.-

Mi propósito es tratar la afectación en los contratos de obra, como se conocen actualmente, los antes denominados por Vélez Sarsfield, como locaciones de servicios o habitualmente Locación de Obra, - que actualmente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – CCCN- en su Libro Tercero- Título II – Capítulo 6 – se denominan Obras y servicios- y lo desarrolla en los arts. 1251 a 1279, estamos refiriéndonos a los contratos de duración continuada en el tiempo, pero particularmente

nos ocuparemos de los Contratos de Obra Pública, que se encuentran regidos por la Ley N° 13.064.- (LOP)

Es habitual, que en los Pliegos de Condiciones Generales se establezca que las obras se rigen...“dentro del marco de la Ley Nacional de Obra Pública 13.064...” o terminología similar, como también que dentro de la NORMATIVA APLICABLE, se instituya la citada LOP.-

Teniendo en consideración, la citada LOP, debe tenerse presente lo prescripto por sus arts. 34 y 39, que establecen textualmente:

El art. 34 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.”*

Adviértase que enfatizamos dos términos utilizados por el legislador: 1) *“...por cualquier otra causa...”* que El Comitente- Estado, decida suspender la obra por causa no imputable al Contratista, estamos en presencia de un caso de fuerza mayor o caso fortuito y 2) al referirse al derecho del Contratista a *“..., a que se le indemnice por todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione...”*, dichos gastos y perjuicios evidencian que se trata de todo daño sufrido por El Contratista.-

A su vez, el art. 39 refuerza la determinación del contratista por todos y cada uno de los daños y perjuicios, siempre que provengan por causa imputable a la administración, fuerza mayor o caso fortuito.

Textualmente dice el citado art. 39 de la LOP que: *“...Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la administración pública.*

*Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior **se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor:***

a) Los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. ... En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato.

En síntesis 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 causados por caso fortuito, o fuerza mayor, ambos términos son considerados como sinónimos por nuestra legislación.-

A esto debe sumarse las Disposiciones N° 1 del 30/03/2020 y N° 2 del 21/04/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y el Protocolo de Recomendaciones Prácticas para la Industria de la Construcción redactado entre la UOCRA y la CAC, que han creado las medidas de seguridad que deben cumplimentar el personal de obra.- Medidas que no estaban previstas en los respectivos Pliegos en momento de contratar, en razón del COVID-19, por lo tanto deben ser consideradas como gastos extraordinarios que deben ser reconocidos, por El Comitente.-

También **se considera incluido en el concepto de gastos y perjuicios el 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 a 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.-

En este esquema es fácil advertir que los gastos y daños y perjuicios hacen al derecho de propiedad del empresario. El Estado-Comitente y el contratista suscriben

un contrato en el cual existe una retribución de este último al primero y un precio por la misma.- (CCCN art. 1257 inc.a)

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.- (ver 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.)

El precio nominal del contrato resulta entonces un punto de partida, un dato referencial 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.” Por ello, el precio nominal del contrato “...variará para mantener intangible la remuneración comprometida.”

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.” (ver 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)

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*. (Ver AA.VV., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11º ed., France, Dalloz, 1996, pp. 127-134, especialmente p. 133.)

Cuando el contratista cotiza una obra, proyecta una ganancia, que debe ser legítima y razonable.-

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).*”(ver CSJN, Fallos, 303:323.)

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.-

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.-

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

De tal forma, los gastos hacen específicamente al derecho de propiedad del contratista, porque se trata de costos que deberían ser amortizados mediante una certificación en tiempo y forma.-

La ecuación se quiebra cuando estos gastos continúan generándose sin la correspondiente certificación. Se convierte en un daño que debe ser indemnizado, conforme surge del juego de los arts. 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional.-

De tal forma y conforme la tesis que sostenemos, poco importa si los gastos y salarios 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 principios constitucionales citados ninguna persona podría arrogarse derechos contrarios en temas respecto de los gastos y salarios resultantes de la pandemia.-