Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Trabajo Final de Maestría en Derecho Administrativo

LA EMERGENCIA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: ANÁLISIS A LA LUZ DE LAS IMPLICANCIAS DERIVADAS DEL COVID-19

Tesista: Ab. Gabriela Di Lella

Título al que aspira: Magister en Derecho Administrativo

Tutor: Mag. Miguel Agustín Lico

Fecha de presentación: mayo de 2021

RESUMEN

La pandemia originada por el Covid-19 ha venido a modificar de lleno el desarrollo de nuestra cotidianeidad en sus diferentes ámbitos. Las contrataciones de obras públicas no han sido ajenas a ello. Mucho se ha mencionado la necesidad de adaptarnos a una "nueva normalidad"; sin embargo, lejos de una situación de normalidad, en la actualidad rigen verdaderos estados de emergencia que impactan de lleno en los contratos de obra pública. En dicho contexto, es que se emprende este Trabajo, con el desafío de formular nuevas maneras de pensar e interrelacionar normas de base y normas de emergencia que confluyen y repercuten en el Contrato de obra pública en la Provincia de Buenos Aires, con la intención de dar luz sobre la cuestión, con una perspectiva integrada y de actualidad.

Palabras claves: Obra Pública- Contrato administrativo- Contratación – Renegociación- Rescisión- Emergencia- Emergencia sanitaria- Covid-19- Infraestructura- Provincia de Buenos Aires- Principios- Razonabilidad.

AGRADECIMIENTO

En estas breves líneas es mi deseo dejar sentado mi profundo agradecimiento a todas aquellas personas quienes me han brindado apoyo y sostén a lo largo de este camino, haciendo una especial mención a mi tutor, Prof. Mag. Miguel Agustín Lico, por guiar y acompañar con su absoluta dedicación el proceso de elaboración de este Trabajo.

ÍNDICE

La emergencia en los Contratos de Obra Pública en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires: análisis a la luz de las implicancias derivadas del Covid-19. 7

PARTE PRELIMINAR: PLAN DE INVESTIGACIÓN 7

1. PROBLEMA JURÍDICO RELEVANTE 7
2. PLANTEO DE HIPÓTESIS 10
3. MARCO TEÓRICO GENERAL 10
4. MARCO TEÓRICO ESPECIAL-ESTADO DEL ARTE 11
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 20
6. METODOLOGÍA 21
7. IMPORTANCIA CIENTÍFICA Y VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN- APORTES AL CAMPO PROFESIONAL 22
8. SÍNTESIS Y ORGANIZACIÓN DE LA OBRA 24

PARTE I: LA EMERGENCIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES 25

1. INTRODUCCIÓN 25
2. EMERGENCIA: SU DETERMINACIÓN Y CARACTERÍSTICAS 26
3. LEY N° 14.812: Emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos 29
4. DIFERENCIAS ENTRE LA LEY N° 14.812 Y LA LEY N° 6021 31
5. LEY N° 15.165 32
6. DECRETO N° 304/2020 35
7. DECRETO N° 1176/2020 38
8. DECRETO 132/2020: Emergencia sanitaria 39
9. DICTÁMENES DE ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO 41
10. DOCTRINA DEL HONORABLE TRIBUNAL DE CUENTAS 45
11. REFLEXIONES ACERCA DE LOS DICTAMENES ANALIZADOS 47
12. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA EMERGENCIA SANITARIA EN LA REGULACIÓN NACIONAL 48

12.1 RESOLUCIÓN 40/2020 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HABITAT DE LA NACIÓN 51

12.2 RESOLUCIÓN N° 99/2021 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT DE LA NACIÓN 53

12.3 RESOLUCIÓN CONJUNTA N° 1/2021 DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y MINISTERIO DEL INTERIOR DE LA NACIÓN 54

13. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA EMERGENCIA SANITARIA EN LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 54

14. CONSECUENCIAS DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 57
15. CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 58
16. EL COVID-19 COMO DISPARADOR DE FUERZA MAYOR, TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y HECHO DEL PRINCIPE 60
17. LA FACULTAD DE MODIFICAR O RENEGOCIAR LOS CONTRATOS EN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA 65
18. LA FACULTAD DE RESCINDIR LOS CONTRATOS EN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA 72
19. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES EN MATERIA DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 76
19.1 JURISPRUDENCIA S.C.B.A: SENTENCIAS ANALIZADAS 77
19.2 JURISPRUDENCIA S.C.B.A: CONCLUSIONES 85
20. COMISIÓN BICAMERAL DE SEGUIMIENTO, FISCALIZACION Y CONTROL PARA LA EMERGENCIA 86
20.1. Segundo Informe para la Comisión Bicameral- abril del 2020 87
20.2. Tercer informe para la Comisión Bicameral- julio de 2020 87
20.3. Cuarto informe para la Comisión Bicameral- octubre de 2020 88
20.4. Quinto informe para la Comisión Bicameral- diciembre de 2020 89
20.5. Sexto informe para la Comisión Bicameral- marzo de 2021 89
21. REFLEXIONES FINALES 90
PARTE II: LOS PRINCIPIOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 92
1. INTRODUCCIÓN 92
2. LA CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES 94
3. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD 96
4. EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA 102
5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD 104
6. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD 106
7. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA 108
8. LA RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA NORMATIVA PROVINCIAL 110
9. LOS PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 112
10.MECANISMOS PARA RESGUARDAR LOS PRINCIPIOS EN LA EMERGENCIA SANITARIA 116
11. REFLEXIONES FINALES 121
PARTE III: CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN 122
1. INTRODUCCIÓN 122
2. IMPACTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 EN LA OBRA PÚBLICA PROVINCIAL 122

3. EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE LAS CONTRATACIONES DE OBRA PÚBLICA EN LA EMERGENCIA PROVINCIAL 125
4. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CONTEXTO DE EMERGENCIA 127
5. PROPUESTAS DE FORTALECIMIENTO 129
6. REFLEXIONES FINALES 130
BIBLIOGRAFÍA 131

La emergencia en los Contratos de Obra Pública en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires: análisis a la luz de las implicancias derivadas del Covid-19.

PARTE PRELIMINAR: PLAN DE INVESTIGACIÓN

SUMARIO. 1) Problema jurídico relevante. 2) Planteo de la hipótesis. 3) Marco Teórico General. 4) Marco Teórico especial- Estado del arte. 5) Objetivos de la investigación. 6) Metodología. 7) Fundamento científico y viabilidad de la investigación. 8) Síntesis y organización de la obra.

1. PROBLEMA JURÍDICO RELEVANTE

La Ley 14.812 sancionada en el año 2016 estableció la emergencia en la Provincia de Buenos Aires en materia de Infraestructura, Hábitat, Vivienda y Servicios Públicos por el término de un año. Sin embargo, fue prorrogada sucesivamente, por lo que el estado de emergencia descripto continúa vigente a nivel provincial.

Esta norma autoriza a todos los Ministerios, Secretarías y entidades autárquicas provinciales, a contratar todas aquellas obras públicas que fueren necesarias mediante los sistemas de contratación "de excepción", es decir, habilita la omisión del sistema de contratación por Licitación Pública.

En virtud de ello, se puede advertir que ha venido a modificar el régimen imperante en materia de obra pública, definido por la Ley N° 6021 (Ley provincial de Obras Públicas) y, en consecuencia, nos invita a una reflexión respecto a cómo aplican en estos casos los principios jurídicos de las contrataciones del Estado, tales como la mayor concurrencia de interesados, la competencia de los oferentes, la publicidad y la transparencia en el procedimiento.

Sumado a esto, la mencionada Ley N° 14.812 contempla un régimen de renegociación y rescisión propio y especial referente al contrato de obra pública, el cual se ha modificado y acentuado a partir de la Ley provincial N° 15.165 (prorrogada hasta la actualidad mediante el Decreto 1176/20). En el marco de estas normas, se ha dispuesto

que, mientras dure la emergencia, se tendrá por configurada (es decir, sin necesidad de prueba) la causal de rescisión de caso fortuito y fuerza mayor.

Sin embargo, existe en este punto también un nuevo aspecto que se modifica en relación con la Ley N° 6021, en tanto esta norma dispone en su artículo 65 que tanto la Administración como el contratista pueden iniciar el trámite de rescisión contractual por caso fortuito o fuerza mayor, pero deben en este caso fundar las razones por las cuales se considera configurada dicha causal.

Asimismo, se observa también un rasgo particular en lo que refiere al término de vigencia de esta norma declarativa de emergencia, dado que, si bien al ser una ley "de excepción" tiene un plazo establecido, sus sucesivas prórrogas lograron mantenerla hasta la actualidad en el ordenamiento jurídico vigente.

La situación descripta, abrió nuevos interrogantes y agudizó aún más las consecuencias que podrían sufrir los contratos de obra pública en el ámbito de la Provincia, a raíz de la pandemia del Covid-19 y su consecuente emergencia sanitaria. La emergencia sanitaria derivada del Covid-19 fue declarada a nivel nacional por el término de un año mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, el cual amplió la emergencia pública en materia sanitaria ya existente en nuestro país. Posteriormente fue prorrogada a través del Decreto N° 167/2021.

En igual lineamiento, la Provincia de Buenos Aires a través del Decreto 132/2020 también declaró inicialmente el estado de emergencia sanitaria por el término de ciento ochenta días a tenor de la enfermedad por el nuevo coronavirus (Covid-19), incluyendo en su parte considerativa que cabe encuadrar el presente Decreto en las previsiones establecidas en el artículo 20 de la Ley N° 15.165. Este punto reviste importancia porque es aquí donde las normas provinciales se interrelacionan y, si bien existe un doble régimen legal de emergencia aplicable a este trabajo, se configuran como un denominador común que llevan a pensar el problema de la emergencia con una perspectiva de actualidad.

Como consecuencia de la actual pandemia y de las medidas implementadas, nos encontramos actualmente frente a un nuevo escenario jurídico, que viene a sumarse al ya planteado inicialmente -referente a la emergencia declarada por la Ley N° 14.812- y obliga a pensar de qué manera confluyen ambas emergencias declaradas (por un lado, emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos; y, por el otro, la emergencia sanitaria).

En efecto, la emergencia sanitaria se impone y prevalece en el contexto actual, resultando preeminente, insoslayable, y los contratos de obras públicas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se ven atravesados e impactados, ya sea a la hora de contratar una obra pública, como así también al momento de ser necesaria su modificación, renegociación o rescisión.

Será en este punto donde ahondaré en las consecuencias e implicancias derivadas de la pandemia del Covid-19 que afectan a la obra pública, así como también en el modo de compatibilizar la vasta normativa existente entre el régimen de emergencia actual aplicable al contrato de obra pública y el principio de seguridad jurídica, el cual queda, *a priori*, quebrantado frente a la sobre abundancia normativa.

El problema así plasmado resulta tan actual como novedoso, y de él se desprenden las preguntas problema orientativas de la investigación:

¿De qué manera viene a modificar el régimen legal imperante en la obra pública la Ley N° 14.812, así como sus normas subsiguientes que amplían y prorrogan la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos?

¿Resulta posible interpretar dichas normas como complementarias?

¿Qué pautas interpretativas podemos encontrar para compatibilizar la Ley de Obras N° 6021 y las leyes de emergencia que aplican al Contrato de Obra Pública?

¿Es justificable jurídicamente la situación de "emergencia" de la Ley 14.812, prorrogada sucesivamente a partir del año 2016?

¿El Covid-19 viene a configurar una causal de caso fortuito o de fuerza mayor, a efectos de dar lugar a la modificación, renegociación o rescisión de un contrato de obra pública?

¿Cómo afecta la emergencia sanitaria a los contratos de obra pública que ya se encontraban en ejecución?

¿Cómo podría pensarse en una rescisión contractual por mutuo acuerdo con fundamento en la pandemia del Covid-19? ¿Qué requisitos habría que tener en cuenta para que dicha rescisión resulte jurídicamente válida?

¿De qué manera se deben contratar las obras públicas en el contexto de la emergencia declarada por la pandemia? ¿Corresponde, en este punto, hacer distinción entre aquellas obras públicas cuya contratación sea imprescindible para afrontar la pandemia y el resto de las obras públicas -es decir, aquellas que no se relacionen con el Covid-19-?

¿La emergencia sanitaria declarada con fundamento en la pandemia es compatible con la emergencia declarada por la Ley N° 14.812, o da lugar a otro tipo de consecuencias que nos permita pensar que estamos ante un nuevo paradigma de contrataciones?

¿Bajo qué parámetros se evalúa el principio de razonabilidad en las emergencias que impactan e impactarán en las obras públicas y que afectan al régimen instituido por la Ley N° 6021?

¿El marco legal vigente tiene por finalidad el crecimiento desmedido y arbitrario del poder estatal frente a las posibilidades de contratación, modificación, renegociación y rescisión de los contratos administrativos en contextos de emergencia?

2. PLANTEO DE HIPÓTESIS

Las leyes de emergencia N° 14.812, N° 15.165 y Decreto N° 132/2020 de la Provincia de Buenos Aires alteraron el régimen legal aplicable al contrato de obra pública definido por la Ley N° 6021, resultando imprescindible encontrar nuevos criterios interpretativos para que dichas normas puedan convivir en forma armónica y concordante dentro del ordenamiento jurídico, a la luz de los principios de las contrataciones públicas.

3. MARCO TEÓRICO GENERAL

Partiendo de la hipótesis planteada y a fin de corroborar o refutar la misma, se estructurará una investigación que se encuadrará principalmente dentro del plano conceptual-jurídico. Será afrontado de este modo en tanto busca ahondar en el estudio del derecho vigente, concretamente de las normas jurídicas que rigen actualmente en el campo espacio - temporal que se ha determinado.

Sabido es que las normas que se han mencionado al formular el problema jurídico relevante imponen un modo de actuación determinado que debe seguir el Estado contratante, y a su vez, también regulan conductas que deben seguir todos aquellos que quieran ser oferentes o contratistas del Estado. Por ello, una investigación dentro de la línea de la dogmática-jurídica será funcional para estudiar, describir y explicar las normas desde su teoría.

Sin embargo, si bien tal marco descripto será clave para encauzar la investigación, tampoco se pretende hacer un abordaje puramente literal y abstracto de la cuestión planteada, y prescindir de la aplicación que se haya hecho de tales normas, máxime teniendo en cuenta que el hallazgo y la determinación de nuevos criterios interpretativos que permitan compatibilizar el ordenamiento vigente será un objetivo central.

Con base en ello y con el conocimiento de que el derecho es dinámico y susceptible de mutar de acuerdo con las coyunturas, será necesario contextualizar la legislación con la finalidad de lograr una mayor compresión de esta, como así también considerar la forma en que ha tenido oportunidad de ser interpretada por la jurisprudencia y por la doctrina emanada de los Organismos de Control.

4. MARCO TEÓRICO ESPECIAL-ESTADO DEL ARTE

La presente investigación tiene por objetivo llevar a cabo un análisis de la normativa vigente referente al contrato de obra pública en la Provincia de Buenos Aires a partir del año 2016, con especial y principal énfasis en las consecuencias derivadas del Covid-19, a fin de ahondar en el problema planteado. Ello será realizado a la luz de los principios imperativos y el régimen de exorbitancia existente en el Derecho Administrativo, utilizando un estricto criterio jurídico, en donde se contemple lo establecido por las normas, tanto en su parte dispositiva, como así también los fundamentos que le sirvieron de base para su sanción.

A modo de introducción, corresponde afirmar que, tanto la doctrina como los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han abocado a desarrollar temas tales como el procedimiento de selección del cocontratante de la Administración y los principios de las contrataciones administrativas.

Sin perjuicio de ello, la perspectiva que se propone en esta investigación refiere al conflicto de normas y de principios jurídicos dado en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires a partir del año 2016, el cual se ha agudizado a raíz de la emergencia sanitaria declarada por el Covid-19 y que, convive en el bloque normativo provincial junto con la Ley N° 6021.

A fin de adentrarnos en el conocimiento actual que existe sobre los temas mencionados, se puede aseverar que la licitación pública es la regla de procedimiento de contratación de la Administración. El procedimiento de selección del contratista se presenta, así, como un procedimiento especial y el sistema instaurado es restrictivo dado que como principio rector debe contratarse a través de la licitación pública.

Este principio está contemplado en la legislación nacional, concretamente en la Ley N° 13.064 y en el Reglamento de Contrataciones del Estado (Decreto-Ley N° 1023/01). Igual principio rige en el ámbito de la administración de la Provincia de Buenos Aires, establecido por la Constitución provincial y por la Ley provincial N° 6021.

Al respecto Gordillo ha sostenido que "*El régimen de contrataciones del Estado en general como la ley de obras públicas, establecen un procedimiento similar. Ambas normas disponen que el contrato debe realizarse mediante licitación pública, concurso público, (o "remate público"), aunque autorizan en una serie de hipótesis que la administración prescinda de ese requisito y efectúe una "licitación privada," un "concurso privado" o una "contratación directa."*[1]

Esta situación no solo está contemplada en el derecho positivo, sino que además la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la inexistencia de un contrato administrativo que se hubiera celebrado sin dar cumplimiento al procedimiento licitatorio. En tal sentido, el Máximo Tribunal afirmó que "*la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia*".[2]

---

1 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: la defensa del usuario y del administrado,* Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, p.480.

2 Fallos:323:1515.

Asimismo, la Corte también entendió que el fundamento de la licitación pública tiene su razón de ser en tanto "*ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios*".[3] De esta manera, se observa que es un procedimiento diseñado no sólo para salvaguardar los derechos de los particulares, sino también es beneficioso para la propia Administración.

Sin embargo, si bien no existen dudas sobre el principio de contratar la obra pública mediante el procedimiento licitatorio, es habitual que se declare una situación de emergencia y, en consecuencia, se modifique dicha forma principal de selección del contratista. De este modo, las leyes de emergencia establecen un límite temporal y de excepción para las contrataciones estatales que difieren de la licitación.[4]

Si bien las normas de emergencia tales como la Ley provincial N° 14.812 o bien, la actual emergencia sanitaria, tienen plazo de vigencia y se entienden "de excepción", las prórrogas sucesivas hacen que se mantenga perdurable en el tiempo y, con ello, se quebranta el régimen que debe aplicarse a todo tipo de contratos que celebre la Administración. *"En ese sentido resulta cuanto menos extraño que el Estado haya encontrado el fundamento para ejercitar facultades excepcionales por fuera del marco normativo que se comprometió a acatar, en una situación fáctica que él mismo ha creado y de la cual es responsable. Y que, además, lejos está de considerarse como una situación excepcional."*[5]

El régimen de emergencia guarda relación con el poder de policía, entendido como la facultad de reglamentar derechos (en tanto los mismos no son absolutos) para garantizar la seguridad, salubridad, moralidad pública y la promoción del bienestar general. Esta teoría fue esbozada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos y extensos

[3] Fallos:329:5976.
[4] cfr. Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 319.
[5] Rejtman Farah, Mario, *Contrataciones públicas transparentes: un desafío de la emergencia*, La Ley, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad, 06/05/2004.

fallos, entre los cuales pueden mencionarse a modo de ejemplos: "Ercolano"[6], "Avico"[7], "Peralta"[8], "Bustos"[9] y "Massa"[10].

En la sentencia Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que "*No es del resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva.*"[11]

Por su parte, en el caso Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G. también la Corte tuvo oportunidad de expedirse y respecto a la limitación de derechos individuales y en ocasión de citar precedentes norteamericanos, afirmó "*La cuestión no es si la acción legislativa afecta a los contratos, directamente o indirectamente, sino si la legislación está dirigida a un fin legítimo, y si las medidas adoptadas son razonables y apropiadas para esa finalidad*"[12].

En este lineamiento, resulta preciso también citar el fallo Peralta Luis A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía-Banco Central) en cuyos considerandos la Corte sostuvo en referencia a las leyes sancionadas en períodos de emergencia: "*De ahí que la validez constitucional de estas leyes se sustenta en que no afectan el contenido mismo de la relación jurídica, ni ninguna de las partes constitutivas de la obligación. "En situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se altere su substancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole". Sólo se ha exigido que tal legislación sea razonable*

[6] Fallos: 136:161.
[7] Fallos: 172:21.
[8] Fallos: 313:1513.
[9] Fallos: 327:4495.
[10] Fallos: 329:5913.
[11] Conf. Considerando párrafo N° 11 del Fallo.
[12] Conf. Considerando N° 8 del Fallo.

y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones libres."[13]

La jurisprudencia reseñada se presenta sólo a modo ejemplificativo, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en numerosas oportunidades respecto a las leyes de emergencia (cabe destacar los fallos posteriores a la crisis del 2001). El Máximo Tribunal ha sentado la pauta de que los derechos no son absolutos, y le corresponde al Poder Judicial evaluar si las medidas empleadas en contextos de emergencias son razonables para salvaguardar el interés público.

En el ámbito provincial se puede también hacer mención al criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con relación al poder de policía y a las emergencias, toda vez que ha brindado un marco para establecer sus presupuestos y límites.

Así en el caso "Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó c/Municipalidad de Morón s/Amparo"[14], el Máximo Tribunal provincial, haciendo uso y replicando argumentos fijados ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que aún en presencia de situaciones anormales, extraordinarias, excepcionales (guerra, desastres naturales, agudas crisis económicas) impera enteramente la Constitución, y las eventuales respuestas para atemperarlas, conducirlas o superarlas, deben encontrarse allí .

Por su parte, en el caso "Chicote Horacio I. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad"[15] se evaluó el poder de policía ejercido mediante una ley que reducía el haber jubilatorio del actor, por lo que se analizó la normativa bajo el principio de razonabilidad.

En relación al poder de policía en emergencia, se indicaron los requisitos para considerarlo válido, mencionando que ellos son: "*1) que exista una situación de emergencia definida por el legislador; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) la razonabilidad de las medidas adoptadas para superar la crisis; 4) transitoriedad de las*

[13] Conf. Considerando N° 42 del Fallo.
[14] SCBA; Causa B-64.119; Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó c/Municipalidad de Morón s/Amparo; La Plata; 5/5/2010.
[15] SCBA; Causa I-2888; Chicote, Horacio I. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad; La Plata; 12/6/2013.

medidas, limitadas al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la tornaron necesaria"[16]

También se delinean en el fallo los requisitos a tener en cuenta a la hora de evaluar la razonabilidad de las medidas adoptadas. "*Ellos son: a) la limitación debe ser justificada, b) el medio utilizado, es decir la cantidad y modo de la medida debe ser adecuado al fin deseado, c) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente y d) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad en consecuencia se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionan*".[17]

Siguiendo al Dr. Javier Barraza y la Dra. Fabiana Schafrik, debe recordarse el concepto de poder de policía que será imprescindible para el desarrollo del presente. *"El poder de policía es la facultad que emana del órgano legislativo, a fin de promover el bienestar general, pudiendo de tal forma restringir o limitar los derechos individuales contemplados en nuestra Constitución Nacional, siempre que ese bienestar general torne necesaria tal limitación."*[18]

Respecto el poder de policía en contextos de emergencia, puede citarse a la Dra. María Angélica Gelli en cuanto afirma que *"Durante las crisis o emergencias, las limitaciones a los derechos constitucionales suelen ser más intensas, sobre todo en materia de derechos contractuales y propietarios. En esos períodos, el Poder de Policía es ejercido por otros sujetos –el Poder Ejecutivo dictando decretos de necesidad y urgencia o decretos delegados– amplía su radio de acción y restringe en mayor medida el alcance de los derechos. De todos modos, el Poder de Policía tiene límites, tanto en épocas de normalidad como en épocas de excepcionalidad mediante el control judicial del debido proceso adjetivo y del debido proceso sustantivo o control de razonabilidad, ejercido por los tribunales. El primero examina si quien empleó el Poder de Policía es el atribuido por la Constitución para ejercerlo, y lo hizo de acuerdo al procedimiento y bajo los requisitos por aquella indicados. El segundo analiza la restricción en sí misma y el modo en que afecta los derechos, empleando diversas pautas de control de razonabilidad, más intensas cuando los afectados son los derechos personalísimos, o cuando la*

[16] SCBA; Causa I-2888; voto del Dr. Hitters; op. Cit.
[17] SCBA; Causa I-2888; voto del Dr. Domínguez; op cit.
[18] Barraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydée, *Actualidad en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional*, La Ley 1998-F, 1051.

limitación aniquila el derecho".[19]

Dicho marco expuesto será de vital importancia a los fines de este trabajo, en tanto se estudiará a la luz del principio de razonabilidad si las modificaciones que se dieron en el último tiempo en el contrato de obra pública han sido ajustadas a derecho, entendiendo al principio de razonabilidad como un obstáculo que viene a impedir el ejercicio arbitrario del poder público, y nos indicará en cada caso hasta donde es posible reglamentar derechos individuales.

Si las medidas tomadas en contextos de emergencia no resultan razonables, proporcionales y adecuadas para el fin previsto, y se constituyen en una alteración sustancial del régimen imperante, se trataría en los hechos de un cambio de fondo en el sistema que amerita una revisión.

Otro aspecto por abordar es el que refiere a los principios de las contrataciones del Estado. En este sentido, Cassagne refiere a dichos principios, "*tales como el de concurrencia, competencia entre oferentes, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido, transparencia en los procedimientos, publicidad y responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que gestionen, autoricen o aprueben las contrataciones todo lo cual configura la llamada "zona común" de la contratación estatal*".[20]

A su vez, haciendo un análisis desde el plano internacional y del llamado Derecho Administrativo Global, Moreno Molina sostiene que *"En la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos públicos, tanto a nivel nacional como internacional, los principios generales desarrollan en la actualidad un papel muy relevante. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional como la igualdad, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias. Entre los principios generales de la contratación pública sobresale por encima de todos los demás el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del completo proceso selectivo. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad, transparencia y*

[19] Gelli, María A., *Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía*, Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, 2004.
[20] Cassagne, Juan C., *Sobre la contratación pública,* La Ley, 2013, Cita Online AR/DOC/2369/2013.

concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación. Además de estos principios, también se aplican hoy a la contratación pública otros como los de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia, la consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente."[21]

En efecto, estos principios pueden ser revisados en cuanto a sus alcances, frente a la normativa de emergencia vigente toda vez que autoriza a contratar al Estado Provincial (e incluso a los municipios que adhieran a ella) de la forma más conveniente para la Administración. En efecto, se trata de una relación normativa que hasta el momento no ha sido tratada como la presente investigación lo propone.

Sumada a la emergencia previamente declarada, debemos tener presente la actual pandemia del COVID-19. En este sentido, se deben considerar las implicancias que pueden generar en los contratos administrativos y, si bien será oportunamente desarrollado a lo largo de los diferentes títulos que conformen la presente investigación, debe tenerse presente lo referido por Silva Tamayo. Al respecto, el referido autor ha manifestado que *"(…)Coexisten, entonces, una emergencia económica previa al advenimiento de la pandemia con una emergencia sanitaria que es consecuencia de esta última y que impactan -ambas-, sobre las contrataciones administrativas, es decir las regidas por normas que pertenecen al Derecho Público(…) Creemos que el impacto de la emergencia sanitaria ha generado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que podría resultar invocado por la Administración como causal extintiva inculpable en las contrataciones administrativas. Consideramos, en efecto, que la teoría del hecho del príncipe, por las excepcionales notas de las que se encuentra revestida la emergencia económica y sanitaria, no resulta de aplicación."*[22]

Resulta también de gran importancia traer a conocimiento la obra de actualidad elaborada por Alberto Biglieri y Federico Carballo[23], en la cual se abordan las contrataciones y las compras de la Administración Pública Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco de la actual emergencia sanitaria. En su

[21] Moreno Molina, José A., *Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina*, Derecho y Sociedad, N° 44, 2015.
[22] Silva Tamayo, Gustavo E.*; La pandemia del COVID-19 como causal de fuerza mayor extintiva en las contrataciones administrativas*; en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica; Thomson Reuters; N° 130; Buenos Aires, 2020.
[23] Biglieri, Alberto y Carballo, Federico, *La contratación pública en la emergencia sanitaria*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020.

introducción puntualizan en que *"La doctrina de la emergencia se construyó desde el abordaje normativo y jurisdiccional de las distintas recetas de lo que coincidimos en llamar la intervención administrativa en la economía. El eje estuvo puesto en la progresividad del ejercicio del poder de policía estatal y su intromisión en las reglas de mercado. El contralor emergente de esa ampliación de incumbencias derrama sus efectos en las contrataciones públicas. Ahora, esta emergencia sanitaria es más causa de medidas que efecto de estas, y por ello merece una atención especial que no se circunscribe a las excepciones típicas del procedimiento licitatorio. Resulta esta una situación inédita en la historia argentina y como tal, la respuesta de las distintas instancias públicas debe ser clara y contundente, no dejando margen para una actuación ineficiente o reñida con la transparencia."* (El subrayado es propio).

Otro punto que reviste interés para señalar de la citada bibliografía consiste en que, si bien tanto en el ámbito de la Administración Pública Nacional, como así también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya existían normas que regulaban los procedimientos de compras y contrataciones en supuestos de urgencias, emergencias o circunstancias extraordinarias, estos casos debían probarse. Sin embargo, al declararse las emergencias sanitarias en ambas jurisdicciones, estas declaraciones se constituyen como motivo necesario para llevar adelante contrataciones directas que busquen atender consecuencias relacionadas al Covid-19. Sin embargo, los principios de transparencia y publicidad podrían verse afectados.

A fin de efectuar un abordaje más integrado, es pertinente citar la Resolución N° 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se ha manifestado respecto a las restricciones de derechos en el actual contexto de emergencia, disponiendo en el punto 3 inciso g) de su parte resolutiva que "*Aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos – tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno*."

En palabras del Dr. Rejtman Farah, se puede afirmar que *"Toda vez que el riesgo de procesos licitatorios o de contratos poco transparentes se agrava en situaciones de*

crisis económica, social o política, la emergencia ofrece un campo fértil para el desarrollo de prácticas corruptas.''[24]

A modo de cierre, puede concluirse que existe un nuevo escenario normativo en la contratación estatal de la obra pública, el cual redunda en prerrogativas estatales "de emergencia", acentuados por la pandemia del covid-19. En este sentido, será menester interpretar el nuevo panorama planteado a la luz de los principios de las contrataciones estatales y del principio de razonabilidad y de seguridad jurídica. Este conflicto será tratado a lo largo de este Trabajo, bajo el encuadre del marco teórico específico desarrollado en el presente acápite.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivos principales:

- Determinar cómo impacta la emergencia sanitaria en el contrato de obra pública en Provincia de Buenos Aires.
- Determinar criterios de interpretación que permitan relacionar en forma compatible la normativa vigente aplicable al contrato de obra pública, para contribuir a la solución del problema planteado.

Objetivos secundarios:

- Efectuar un planteo teórico-jurídico del instituto de la "emergencia" aplicable a este Trabajo.
- Analizar las normas aplicables al contrato de obra pública para identificar puntos de coincidencia y de disidencia.
- Sistematizar las normas existentes sobre la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos de la Provincia de Buenos Aires.
- Sistematizar las normas existentes sobre la emergencia sanitaria que produzcan un impacto directo o indirecto en el contrato de obra pública en jurisdicción provincial.

[24] Rejtman Farah, Mario, *op.cit.*

- Analizar los criterios sentados por el Honorable Tribunal de Cuentas, la Asesoría General de Gobierno y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en relación con el contrato de obra pública respecto a lo indicado en el problema de investigación.
- Ahondar en el sentido y alcance de los principios del derecho administrativo, puntualmente de los principios de las contrataciones administrativas.
- Realizar una evaluación de las medidas implementadas en contextos de emergencia bajo el principio de razonabilidad.
- Relacionar la normativa vigente con la seguridad jurídica.

6. METODOLOGÍA

El presente trabajo se llevará a cabo utilizando una metodología de tipo cualitativa. En primer término, se efectuará un planteo teórico-jurídico tendiente a establecer el sentido y alcance de la expresión "emergencia". Si bien las normas de emergencia resultan ser excepcionales y transitorias a fin de paliar una situación de gravedad, es fundamental desentrañar su naturaleza jurídica a fin de conocer como impactan en el ordenamiento jurídico.

El problema formulado se abordará también con un método descriptivo, con el objeto de evaluar las características que se dan en la relación normativa aplicable al Contrato de Obra Pública en la Provincia de Buenos Aires a fin de constatar si existe contradicción entre las mismas o, si bien, se pueden integrar recíprocamente.

Para esto, será preciso contemplar los fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires referentes a la contratación, modificación, renegociación y rescisión de contratos de obra pública, como así también tener en cuenta los criterios y la doctrina emanada de los Organismos de Control de la Provincia, tal como el Honorable Tribunal de Cuentas y la Asesoría General de Gobierno.

Constituyendo la emergencia sanitaria por el Covid-19 un tema de actualidad y por ello, de constante cambio, se efectuará una evaluación de posibles consecuencias en los contratos de obra pública, principalmente en lo que refiere a su encuadre jurídico como "fuerza mayor", como así también se estructurarán los impactos que podría generar en los contratos en curso de ejecución, con el fin de detectar si estamos ante la presencia de un nuevo paradigma respecto a las contrataciones administrativas.

Se efectuará mediante una metodología inductiva, una comparación entre las normas de emergencia mencionadas, y, del análisis individual de dichas normas de emergencia, se arribará a una conclusión que tienda a dar solución al problema inicial.

Se reflexionará también sobre el principio de razonabilidad en la normativa de emergencia sancionada, con el objeto de conocer si el mismo se ha respetado, o si, por el contrario, ha desvirtuado el sistema imperante.

Asimismo, se interpretarán los principios de las contrataciones del Estado, a la luz de las teorías esbozadas por la doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y los organismos de control, a fin de fijar un concepto claro de los mismos, aplicable a este trabajo.

De igual manera, se interpretará el principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que la abundancia de normas imperantes podría ir en su desmedro, estableciendo una relación entre el mismo y el régimen de exorbitancia propio del Derecho Administrativo.

7. IMPORTANCIA CIENTÍFICA Y VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN- APORTES AL CAMPO PROFESIONAL

La presente propuesta investigativa se presenta, de esta manera, como un tema propio del universo de nuestra Maestría, en tanto nos referimos al Contrato de Obra Pública, el cual tiene una regulación especial en nuestra rama del Derecho, con aplicación de principios propios del Derecho Administrativo.

En esta sintonía, el Trabajo busca aportar una nueva mirada dentro de nuestra área académica, su mayor fortaleza será la interrelación disciplinaria, y esto será brindado porque abarcará en su parte mayoritaria aspectos propios del Derecho Administrativo, y, a su vez, se relacionará con el principio de razonabilidad propio del ámbito de estudio del Derecho Constitucional. De este modo se realizará una exposición y un desarrollo intelectual con el propósito de generar contenido propio, sostenido en la doctrina y jurisprudencia relevante aplicable, circunstancia que coadyuvará a aumentar el conocimiento actual en la materia.

Asimismo, será tratado con suficiente sustento científico y metodológico, delimitando el campo espacio-temporal a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires

a partir del año 2016 hasta la actualidad. Tal como se explicó *Ut. Supra* en el acápite correspondiente a "Metodología", el Trabajo será desarrollado teniendo presente la doctrina más relevante y específica de nuestro ámbito y, asimismo, las sentencias y criterios fijados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el Honorable Tribunal de Cuentas.

Conforme fuera explicitado al formular el problema podemos afirmar que, entre la Ley N° 6021 y las normas de emergencia en materia de infraestructura y en materia sanitaria, se ha formado un universo normativo complejo, que vienen a repercutir de forma directa en los contratos de obra pública, con cuestiones que puedan dar lugar a diversas interpretaciones y a futuros conflictos o litigios con el Estado.

En este marco, se advierte una necesidad de llevar adelante una investigación como la que por este medio se propone, que haga compatible la normativa y colabore en desarrollar criterios uniformes y ejes rectores para interpretar toda la legislación que está a nuestro alcance.

A fin de evaluar la viabilidad del Trabajo, se ha efectuado una búsqueda en "Sumarios y Sentencias JUBA"[25] para verificar la existencia de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires referentes al Contrato de Obra Pública regido por la Ley N° 6021 y con la carga de los valores '*Norma: LEYB 6021 Y Materia:"CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA*"' aplicada sobre los campos: "*Materia/ Carátula/ Texto completo del fallo/ Voces/ Texto del sumario*", la búsqueda arroja ciento noventa (190) resultados, de los cuales los primeros veintiún (21) resultados corresponden a sentencias emitidas desde el año 2016 en adelante.

Asimismo, se ha efectuado una búsqueda en Doctrina del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires[26] utilizando la voz "14.812" y la consulta arrojó cuatro (4) resultados.

En atención a las búsquedas preliminares efectuadas se puede advertir la viabilidad del tema elegido, en tanto existe sustento empírico que nos permitirá ver y analizar cómo se aplican las normas objeto de estudio.

[25]Consulta efectuada el 09/11/2020 a través de "Búsqueda Integral" en https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx

[26] Consulta efectuada el 09/11/2020 a través de https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina

8. SÍNTESIS Y ORGANIZACIÓN DE LA OBRA

La investigación será emprendida en tres partes, a los fines de una mejor organización de la obra y de facilitar la comprensión por parte del lector. Las partes, como porciones de un todo, se interrelacionarán entre ellas para dar cumplimiento a los objetivos propuestos y para arribar a conclusiones que permitan poner a prueba la hipótesis esgrimida. Todas ellas contarán con una introducción, un desarrollo y una conclusión.

La "Parte I" tratará en primer lugar el instituto de "emergencia", entendiéndola como un aspecto clave y principal del Trabajo, con la convicción de que una precisa conceptualización de esta será imprescindible realizar dado que nos acompañará a lo largo de todo el camino. En segundo lugar, ahondará en las normas jurídicas que rigen el Contrato de obra pública en Provincia de Buenos Aires, introduciéndonos en el análisis estricto de las mismas, identificando aspectos similares y disímiles, contrastando las mismas y buscando sus puntos de conexión, atendiendo a la forma en que se aplican y a las consecuencias que podrían producir a futuro.

La "Parte II" atenderá al principio de razonabilidad y a los principios de las contrataciones administrativas, al mismo tiempo que aludiré a la seguridad jurídica. Esto no será afrontado de forma abstracta y meramente teórica, sino que, por el contrario, su enfoque estará dado relacionado con la forma en la cual operan respecto de las normas jurídicas desarrolladas en la "Parte I".

La "Parte III", finalmente, será dedicada a las conclusiones y consideraciones finales, abordada como el punto de concreción del Trabajo, resultado de la investigación realizada. En esta parte se sistematizarán los hallazgos realizados y los nuevos enfoques jurídicos advertidos, para dar el correspondiente cierre al problema jurídico que motivó la obra.

PARTE I: LA EMERGENCIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

SUMARIO. 1) Introducción. 2) Emergencia: su determinación y características. 3) Ley N° 14.812: Emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos. 4) Diferencias entre la Ley N° 14.812 y la Ley N° 6021. 5) Ley N° 15.165. 6) Decreto N° 304/2020. 7) Decreto N° 1176/2020. 8) Decreto N° 132/2020: Emergencia sanitaria. 9) Dictámenes de Asesoría General de Gobierno. 10) Doctrina del Honorable Tribunal de Cuentas. 11) Reflexiones acerca de los dictámenes analizados. 12) La contratación pública en la emergencia sanitaria en la regulación nacional. 13) La contratación pública en la emergencia sanitaria en la regulación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 14) Consecuencias del aislamiento social, preventivo y obligatorio en el Contrato de Obra Pública. 15) Consecuencias de la suspensión de plazos del procedimiento administrativo en el Contrato de Obra Pública. 16) El covid-19 como disparador de fuerza mayor, teoría de la imprevisión y hecho del príncipe. 17) La facultad de modificar o renegociar los contratos en contexto de emergencia sanitaria. 18) La facultad de rescindir los contratos en el contexto de emergencia sanitaria. 19) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en materia de contrato de obra pública. 20) Comisión Bicameral de seguimiento, fiscalización y control para la emergencia. 21) Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta imprescindible fijar una conceptualización clara del término “emergencia”, la cual sirva para ser aplicada a lo largo del presente Trabajo. Previo a todo, vale aclarar que llevar adelante un desarrollo integral sobre las situaciones o sobre los institutos de emergencia, resultaría inabarcable, en tanto es un universo verdaderamente amplio, fundamentalmente en países como el nuestro. Esta circunstancia está dada, por un lado, por la cantidad de oportunidades en que se han declarado estados de emergencia y, por otro lado, porque dichas emergencias fueron absolutamente variadas respecto a las jurisdicciones, las materias, sus extensiones y sus alcances.

Por ello, a los fines de nuestra Investigación, el desafío inicial en esta etapa será poder determinar y precisar un concepto teórico que resulte completo y funcional, con la convicción de que constituye un paso previo para analizar luego, sobre una base firme, las leyes de emergencia provinciales que se han propuesto.

2. EMERGENCIA: SU DETERMINACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

2.1. RESOLUCIÓN N° 1/2020 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para tener primer acercamiento a nuestro estudio de la emergencia desde una óptica conceptual se volverá a referenciar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Si bien excede a la jurisdicción provincial, considero pertinente hacer alusión dado que a partir de la Resolución N°1/2020, se puso de manifiesto la necesidad de resguardar los Derechos Humanos aún en el contexto de pandemia, velando por los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y por los grupos humanos en situación de mayor vulnerabilidad.

Es de importancia resaltar que la mencionada Resolución introduce un acápite interesante en tanto contempla los estados de emergencia, estados de excepción y demás denominaciones que se han dado en los diferentes Estados a la adopción de medidas urgentes y excepcionales que permitieran paliar los efectos de la pandemia.

Puntualiza en que se han declarado mayormente a través de decretos presidenciales y señala que la limitación a los derechos que se ha instaurado puede tener impacto en los sistemas democráticos de los Estados. Para paliar esta situación dispone que hay requisitos impuestos por el Derecho Internacional, los cuales deben ser respetados en todos los casos y ellos son: legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad.

En su parte resolutiva efectúa vastas recomendaciones a los Estados Miembros y, vale la pena citar la N° 21, la cual versa de la siguiente manera:

"*Asegurar que en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y*

que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social."

De la lectura de la recomendación citada se desprenden expresamente los requisitos de proporcionalidad y temporalidad a tener en cuenta en contextos de emergencia, y contribuye también a la formación de nuestro concepto de emergencia, en tanto lo describe como una situación excepcional, de gravedad, de inminencia y de intensidad que represente una amenaza.

2.2. NORMAS PROVINCIALES

Las normas provinciales que se han mencionado serán nuevamente aludidas en esta etapa a fin de hallar en sus textos algunas características, descripciones o referencias que contribuyan a una definición de la emergencia.

El **Decreto N° 132/2020** de la Provincia de Buenos Aires, por medio del cual se declaró inicialmente la emergencia sanitaria por el coronavirus, menciona en sus considerandos:

"*Que su rápida propagación supone un riesgo para la salud pública y exige una respuesta inmediata y coordinada para contener la enfermedad e interrumpir la propagación y el contagio."*

"Que el país se encuentra en estado de alerta para sensibilizar la vigilancia epidemiológica y la respuesta integrada (…)"

"Que frente al riesgo que genera el avance a nivel mundial de la enfermedad por el nuevo coronavirus (COVID-19), resulta conveniente intensificar la adopción de medidas que, según los criterios epidemiológicos, resultan adecuadas para direccionar el esfuerzo sanitario y neutralizar la propagación de la enfermedad."

En referencia a la emergencia sanitaria declarada en la Provincia, la misma se ha motivado, conforme surge de la parte considerativa del Decreto, en una situación de riesgo y alerta para la salud pública, la cual requería urgentes respuestas y medidas a

tomar. Esta emergencia declarada mediante Decreto ha sido posteriormente ratificada por medio de la Ley Provincial N° 15.174.

Asimismo, respecto a la **Ley N° 14.812**, resulta preciso prestar atención a los fundamentos de dicha Ley[27], expuestos por el Poder Ejecutivo provincial en la Carta de Elevación del entonces Proyecto de Ley a la Legislatura Bonaerense, en cuya parte pertinente dispone: "*Tal declaración tiene por finalidad resolver una situación de índole coyuntural en la materia señalada a la que se debe dar urgente respuesta, brindar primordial atención y destinar los recursos pertinentes. Esto, a fin de acercar a los habitantes de la Provincia las soluciones que demandan, dando cumplimiento al mandato constitucional de promover el bienestar general. La necesidad de realizar con la mayor premura posible obras de infraestructura y servicios públicos (saneamiento, viales, hídricas, edilicias, etcétera) resulta de toda evidencia. Esta situación crítica justifica la adopción de un conjunto de medidas tendientes a agilizar los procedimientos administrativos que confluyen a dar respuesta a la misma."*

En igual sentido, se han buscado referencias que permitan conceptualizar la emergencia, en los fundamentos de la **Ley N° 15.165** [28], y, de la lectura de estos, luego de expuestos los fundamentos de hecho en los que se encuadra la emergencia, se hace mención a que el proyecto de ley cumplía con los estándares jurisprudenciales en materia de emergencia. Y, en este contexto sostiene que "*En tal sentido, para analizar la validez constitucional del régimen de excepción vinculado a la emergencia, la jurisprudencia exige determinados presupuestos y reconoce límites, los que pueden resumirse del siguiente modo: 1) que exista una situación de emergencia definida por el legislador; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) la razonabilidad de las medidas adoptadas para superar la crisis; 4) transitoriedad de las medidas, limitadas al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la tornaron necesaria (CSJN, Fallos 313:1513 y sus citas; SCBA, causa I. 2522, "Medivid", 21-IX-11, voto del Dr. Hitters y adhesión Dr. de Lázzari; causa B. 66.464, "Ibarra", 26-X-16, voto del Dr. de Lázzari, entre otros). Así, la Suprema Corte de Justicia, en diversos fallos, se ha pronunciado favorablemente respecto de la constitucionalidad del bloque normativo de emergencia económica, en tanto reúnan los caracteres indicados (conf. C. 90.928, sent. del 9-IX-2009; C. 94.032;*

[27] Disponible en: https://normas.gba.gob.ar/documentos/05ME4UW0.html
[28] Disponible en: https://normas.gba.gob.ar/documentos/0YWbjmT7.html

C. 97.043; C. 99.406; C. 89.562; C. 93.176, todas sents. del 29-XII-2009, entre otros). Es evidente, por otra parte, que las medidas que se proponen obedecen a un propósito de justicia, resultando razonable las restricciones que eventualmente, pudieran imponerse, en función de la entidad de la crisis que busca superarse (arg. SCBA, R-3020-XLII, "Rinaldi", sent. del 15-III-07)."

Habiendo examinado los aspectos conceptuales que se detectaron en la normativa provincial de emergencia, se esbozará a los fines de este Trabajo una noción de emergencia que servirá de base para el desarrollo futuro.

Bajo dichos parámetros y en esta instancia, se afirmará que **la emergencia está conformada, por un lado, por un acontecimiento de tipo excepcional, anormal, crítico o representativo de un riesgo (aspecto fáctico) y, por otro lado, por un régimen legal cuyo objeto consiste en mitigar de forma urgente las consecuencias de dicho acontecimiento, respetando los límites de temporalidad y proporcionalidad, y velando por el bienestar general (aspecto jurídico).**

3. LEY N° 14.812: Emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos

En el año 2016 la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley N° 14.812, Inicialmente proyectando una vigencia de un año, sin embargo, una vez vencido dicho plazo continuó siendo prorrogada sucesivamente mediante el Decreto N° 52 E/17, la Ley N° 15.022, el Decreto N° 270/19, la Ley N° 15.165 y el Decreto N° 1176/20 actualmente vigente, que se analizará oportunamente.

El artículo 1° de la Ley N° 14.812 dispone: "*Declárase la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, con la finalidad de paliar el déficit existente y posibilitar la realización de las acciones tendientes a la promoción del bienestar general. A los efectos de la aplicación de la presente ley, la declaración de emergencia tendrá una duración de 1 (un) año, contado a partir de su entrada en vigencia, pudiendo ser éste prorrogado por el Poder Ejecutivo, por única vez y por igual término, en caso de verificarse que las causales que justifican la emergencia no han cesado*".

En virtud de la emergencia declarada, se puede advertir que se han introducido modificaciones a la regulación legal del Contrato de Obra Pública definido por la Ley N° 6021. A fines explicativos, se abordará el análisis de la Ley N° 14.812 de acuerdo con los cambios que se introducen según las etapas del Contrato, es decir, cambios referentes a la contratación, a la ejecución y a la rescisión.

Respecto del **procedimiento de contratación** de obra pública, la Ley incorpora las siguientes cláusulas:

- Se autoriza a todos los Ministerios, Secretarías y entidades autárquicas a ejecutar las obras y contratar los bienes y servicios que las mismas requieran, bajo cualquier modalidad de contratación y utilizando normas de excepción, pudiendo exceptuar de la intervención obligatoria del Consejo de Obras Públicas.
- Se exceptúa a los organismos contratantes de publicar en el Boletín Oficial, debiendo efectuarla en el sitio web.
- El organismo contratante deberá dar cuenta a los Organismos de Control (Fiscalía de Estado, Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia) por única vez en todo el procedimiento previo a la adjudicación.
- Se autoriza a los organismos contratantes a diferir provisoriamente el requerimiento de la constancia de inscripción en los Registros de Proveedores y Licitadores.

Respecto a la **etapa de la ejecución del Contrato** de obra pública, la Ley N° 14.812 ha incorporado las siguientes cláusulas:

- Autoriza a los organismos contratantes a rescindir, renegociar y aumentar o disminuir hasta un treinta y cinco por ciento las prestaciones y los montos contractuales, debiendo dar intervención a los organismos de control.
- Respecto a la renegociación, fija las condiciones que deberá cumplir el co contratante referentes a la adecuación del proyecto y del plan de trabajos, así como a la renuncia a reclamar mayores costos, gastos o compensaciones.
- Se autoriza al Poder Ejecutivo a modificar la naturaleza del Contrato por otra que resulte más conveniente.

Respecto a la **facultad de rescisión** del Contrato por parte de la Administración, es preciso destacar que la ley prevé:

- Que se tendrá por configurada la causal prevista en el artículo 65 de la Ley N° 6021, es decir el caso fortuito o fuerza mayor que torna imposible el cumplimiento del contrato.
- En caso de tener que indemnizar al contratista, solamente corresponderá abonarse el rubro daño emergente.

4. DIFERENCIAS ENTRE LA LEY N° 14.812 Y LA LEY N° 6021

Conforme se ha planteado desde el comienzo de la Investigación, la Ley N° 14.812 ha venido a modificar algunos aspectos en relación con la Ley N° 6021, por lo cual seguidamente se puntualizarán las diferencias detectadas:

-Respecto a la modalidad de contratación, la Ley N° 6021 en su artículo 9 establece que las obras, trabajos, instalaciones y adquisiciones deberán adjudicarse mediante licitación pública. Seguidamente se contemplan los supuestos en que esta regla puede ser dejada de lado y se puede utilizar otro sistema de selección y adjudicación (licitación privada, concurso de precios o ejecutadas por Administración). En estos casos de excepción se dispone que deberá dictaminar previamente el Consejo de Obras Públicas. En relación con esto se advierte una modificación del sistema imperante a través del artículo 2 de la Ley N° 14.812 en tanto dispone que cualquiera puede ser la modalidad de contratación, pudiendo utilizarse las normas de excepción previstas en la Ley N° 6021 (es decir, se podrá contratar por fuera de la licitación pública) y que se podrá eximir de las prescripciones dispuestas en el Decreto Ley N° 9853/82 -Ley que regula el funcionamiento del Consejo de Obras Públicas-, por lo cual la norma de emergencia prevé que también se podrá obviar la intervención del mismo.

-En lo que concierne a la publicidad de la contratación, el artículo 13 de la Ley N° 6021 establece que la contratación se publicará en el Boletín Oficial, como mínimo cinco veces y con una anticipación no inferior a los 15 días previos a la apertura de ofertas. También se contemplan publicaciones en diarios regionales y en sitios web de los organismos. Sin embargo, la Ley N° 14.812 exceptúa de la publicación en el Boletín Oficial, disponiendo solamente la obligatoriedad de publicar los anuncios en el sitio web mínimamente tres veces y con una anticipación no inferior a los cinco días hábiles de apertura de ofertas.

-También existe una alteración referida a la correspondiente inscripción de los oferentes en el Registro de Licitadores, ello debido a que el artículo 15 de la Ley N° 6021 fija la obligatoriedad de la inscripción de todos aquellos que se presenten a la licitación pública o privada. Por su parte, la Ley N° 14.812, tal como se explicó *Ut. Supra*, en su artículo 6 difiere tal requerimiento disponiendo que deberá como máximo cumplimentarse en el plazo de noventa días.

-Se ha producido una modificación respecto a la modificación del proyecto, debido a que la Ley N° 6021 en su artículo 33 dispone que, si se producen aumentos o reducciones de ítems, o creación de nuevos ítems que no representen una diferencia mayor al veinte por ciento del Contrato, será obligatorio para el contratista. Sin embargo, el artículo 7 de la Ley N° 14.812 habilita a aumentar o disminuir hasta un treinta y cinco por ciento las prestaciones y los montos del contratista.

-Asimismo, la facultad de renegociación que implica al contratista a someterse a determinadas condiciones y requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley N° 14.812, así como la prerrogativa de la Administración de modificar la naturaleza del contrato, se reputa como una nueva previsión normativa en materia de obra pública.

-Por último, hay una diferencia ostensible en cuanto a la rescisión, en tanto el artículo 65 de la Ley N° 6021 establece el caso fortuito o fuerza mayor como causal de rescisión, imponiendo a la parte que inicie el procedimiento rescisorio, la obligación de explicitar las razones por las cuales se considera configurada dicha causal. Por otro lado, el artículo 7 de la Ley N° 14.812 faculta a la Administración a rescindir en el marco de la emergencia declarada, teniendo por configurada dicha causal, razón por la cual no es necesario probar los extremos requeridos por la Ley de Obras.

5. LEY N° 15.165

La Ley N° 15.165 es la que prorroga a la Ley N° 14.812. Al mismo tiempo declaró el estado de emergencia social, económica, productiva y energética en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, como así también la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público provincial. A su vez, también prorrogó las

emergencias en materia de seguridad pública, política y salud penitenciaria, administrativa y tecnológica.

La norma dispone de una pauta interpretativa en su artículo 2, en tanto establece en su parte pertinente que "*Las Leyes 14806, 14812 y 14815, sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias, junto con la presente Ley y las normas que se dicten en consecuencia, deberán interpretarse y aplicarse como un marco normativo único y común de la emergencia provincial, en especial en materia de contratación de obras, bienes y servicios. A tales fines, los entes incluidos en la declaración de emergencia, los Ministerios, Secretarías, órganos con rango equivalente, órganos de la Constitución y entidades autárquicas, en el marco de sus competencias, además de lo dispuesto en el Capítulo II y normas complementarias de la presente y lo previsto en las leyes anteriormente citadas, podrán utilizar las normas de excepción previstas en el Decreto Ley 7764/71 y modificatorias -de Contabilidad- y en las Leyes 10397 y modificatorias -Código Fiscal-, Ley 13981 -Ley de Compras y Contrataciones- y/o las que en el futuro las reemplacen, y sus respectivos Decretos Reglamentarios; pudiendo además eximirse del cumplimiento de las prescripciones del Decreto-Ley 7543/69 -Orgánica de Fiscalía de Estado-, artículos 34 a 41 de la Ley 15164 y modificatoria -Asesoría General de Gobierno-. Decreto-Ley 9.853/82 -del Consejo de Obras Públicas- en la legislación vigente, de acuerdo con las prescripciones que surgen de las Leyes 14806. 14812 y 14815, y la presente Ley; todo ello, teniendo presente los principios de regularidad financiera, legalidad, economía, transparencia, publicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos*." (El subrayado es propio).

Resulta preciso resaltar que, teniendo en cuenta las diversas emergencias actualmente vigentes en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se ha sancionado la presente ley que tiene por objetivo llevar adelante una unificación de las mismas, y contempla expresamente que deben ser interpretadas en forma concordante como un marco normativo único y común. A su vez, menciona a los principios de las contrataciones públicas que deberán tenerse en miras siempre que se encuadre una contratación en el marco de la legislación de emergencia.

También esta norma se constituye como una ley de orden público, es decir adopta preeminencia y las partes contratantes no pueden desconocerla, al mismo tiempo que la Ley deroga toda otra disposición que se oponga a ella.

Si bien la Ley N° 15.165 regula aspectos vinculados a todas las emergencias mencionadas, a los fines de este Trabajo solamente puntualizaremos en aquellos que repercutan o apliquen al Contrato de Obra Pública (es decir, se continuará en el lineamiento dispuesto por la Ley N° 14.812 de emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos). Por ello, seguidamente analizaremos las previsiones normativas en tal sentido.

La Ley nuevamente establece una prórroga de un año a partir de su promulgación, de las emergencias vigentes y, a tales efectos, unifica el plazo de todas las emergencias declaradas.

Respecto a la contratación de la obra pública se ha previsto en el artículo 2° que los procedimientos de contratación quedarán exceptuados de la intervención del Consejo de Obras Públicas, debiendo el órgano contratante darle dicha intervención en la oportunidad que corresponda. A su vez se autorizó a los organismos contratantes a diferir el requerimiento de la constancia de inscripción en el Registro de Licitadores y a considerarlo cumplido provisoriamente con la presentación de la inscripción del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Respecto a las demás potestades de la Administración, en forma similar a la Ley N° 14.812 autoriza al Poder Ejecutivo y a los demás órganos en el marco de sus competencias a disponer la renegociación y/o rescisión de contratos de obras, bienes y servicios que generen obligaciones a cargo del Estado Provincial existentes a la fecha de entrada en vigor de la Ley. Es decir, aquellos contratos a los cuales se podría renegociar o rescindir en los términos de la Ley N° 15.165 serían aquellos que se hubieren perfeccionado con anterioridad al 24 de diciembre de 2019, teniendo presente que la norma fue publicada en el Boletín Oficial el 23 de diciembre de 2019 y la misma dispone que su vigencia opera al día siguiente de su publicación.

En tal sentido establece que para la rescisión o renegociación se aplicará lo dispuesto en la Ley N° 14.812, con algunos cambios, puntualmente:

-Respecto a las modificaciones del proyecto que produzcan aumentos o creación de nuevos ítems hasta el cien por ciento del monto o reducciones que no excedan en conjunto el treinta y cinco del monto, serán obligatorias para el contratista.

-Respecto a las renegociaciones, se estipula que cuando el presupuesto oficial a valores actuales del saldo físico de obra a ejecutar supere en un diez por ciento al valor que surja del contrato redeterminado al mismo mes del presupuesto oficial, se podrá recontratar la obra con el mismo comitente a valores actualizados.

También la norma prevé la facultad de rescisión del Contrato, y de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; en dicho caso la indemnización que corresponda sólo comprenderá el daño emergente. Al igual que en la Ley N° 14.812, se tendrá por configurada la causal prevista en el artículo 65 de la Ley N° 6021 (Ley de Obras Públicas de la Provincia), y en caso de indemnización también corresponde en este caso el pago del daño emergente. En caso de extinción del Contrato (vía rescisión, o vía revocación) se debe dar intervención a los organismos de asesoramiento y control.

6. DECRETO N° 304/2020

Por medio del presente se reglamenta el régimen de contratación, renegociación y rescisión de los contratos en el marco de la emergencia ya previsto en el artículo 2º de la Ley Nº 14.812 y en los artículos 2º, 4º y 6º de la Ley Nº 15.165. En efecto, a través de dicho Decreto se aprobó el Procedimiento de Contrataciones de Bienes y Servicios (Anexo I) y el Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Obra Pública (Anexo VI incorporado por Decreto Nº 515/2020), los cuales se analizarán.

El Procedimiento de Contrataciones de Bienes y Servicios (Anexo I del Decreto en análisis) dispone en su artículo 1° que "*Toda contratación de bienes y/o servicios, en el marco de la emergencia, se podrá iniciar y tramitar de conformidad al procedimiento de excepción establecido para la Contratación Directa por Urgencia o Emergencia - apartado c) del inciso 2) del artículo 18 de la Ley N° 13.981 (…)".*

La Ley N° 13.981 es la que regula el sistema de contrataciones del Estado en la Provincia de Buenos Aires y en su artículo 4° exceptúa de la aplicación de la ley a los Contratos de Obra Pública. Sin embargo, por más que el Anexo I del Decreto N° 304/2020 haga expresa referencia a la Ley N° 13.981, igualmente es preciso considerarlo aplicable al Contrato de Obra Pública, en tanto el propio Decreto Nº 304/2020 establece que reglamenta el artículo 2º de la Ley Nº 14.812 (es decir el procedimiento de contratación de obras y de los bienes y servicios que las mismas requieran). Sumado a ello, la Ley Nº

15.165 dispone que las previsiones normativas sobre emergencia deben interpretarse como un marco común.

Por ello, bajo tales parámetros y entendiendo que el "Procedimiento de Contrataciones de Bienes y Servicios" es aplicable para la contratación de la Obra Pública, será analizado.

En principio para llevar adelante una contratación de obra pública se debe hacer una fundamentación o un encuadre de la emergencia, a fin de poder hacer uso del procedimiento de excepción establecido para la Contratación Directa por urgencia o emergencia.

Esto resulta una modificación positiva con relación a la Ley N° 14.812, en tanto si bien se pueden utilizar los procedimientos de selección de excepción en el marco de la emergencia declarada, se requiere igualmente la necesidad de fundamentar la urgencia y elaborar un informe que dé cuenta de la relevancia de la contratación.

Asimismo, se establece un modelo de "Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Contratación de bienes y servicios" que debe ser utilizado en los procedimientos de selección y, en el caso de que se haya fijado un precio máximo debe tramitar expresamente bajo dicha modalidad.

Será obligatoria en todos los casos la publicación de anuncios mínimamente por un día en el Boletín Oficial, así como en la página web del organismo contratante, debiendo efectuarse la misma con una anticipación de no menos de dos días a la fecha de apertura de las ofertas.

En comparación a la Ley N° 14.812 este Decreto reglamentario a través de su respectivo Procedimiento establece que se debe publicar también en el Boletín Oficial, al igual que dispone la Ley N° 6021, aunque modifica la cantidad de publicaciones y la antelación con la cual debe efectuarse el anuncio.

Respecto a la intervención de los organismos de asesoramiento y control, cuando el monto de la contratación fuese igual o superior a las cien mil unidades de contratación (lo cual equivale a una contratación de pesos cinco millones) se deberá, previo a adjudicar, dar intervención simultánea a Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia y al Fiscal de Estado.

En caso de que no supere dicho monto, deberá tener vista de la Fiscalía de Estado previo a adjudicar, la intervención de la Contaduría General de la Provincia previo a suscripción del Contrato, y la intervención final de la Asesoría de Gobierno con posterioridad a la firma contractual.

Esto también representa una modificación a cumplirse en relación a la Ley N° 14.812, en tanto dispone expresamente la obligatoriedad de intervención de los organismos consultivos y de control.

En lo que respecta al Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Obra Pública (Anexo VI del Decreto N° 304/2020) se constituye una real reglamentación de este, en tanto lo hace con mayor detalle que la Ley N° 14.812. En este sentido, el Procedimiento dispone que la renegociación se podrá iniciar de oficio por la Autoridad o bien, por pedido del contratista, siempre y cuando las causas que hubieran impedido el normal desenvolvimiento contractual no sean imputables a este último.

El plazo para sustanciar y resolver la renegociación es de ciento ochenta días desde que se notifica el inicio de tal procedimiento. Sin embargo, también aún en este marco se puede optar por revocar el Contrato por oportunidad, mérito o conveniencia.

El Anexo establece que el instrumento para formalizar la renegociación será a través de un Acta suscripta entre las partes y en ella se podrá prever la suspensión, neutralización o limitación de los plazos. También podrá modificarse el presupuesto oficial. Si se llega a un acuerdo, se debe suscribir un Convenio y posteriormente, se dictará el correspondiente acto administrativo que lo apruebe.

El Procedimiento establece diferentes requisitos en tanto la propuesta de renegociación sea realizada por parte de la empresa contratista, o bien, por parte de la autoridad contratante.

En este marco, si la propuesta es realizada por el organismo contratante posee prerrogativas mayores en tanto se dispone que las modificaciones de obra que produzcan aumentos de ítems o creación de nuevos de hasta el cien por ciento del monto del Contrato, o bien reducciones que no excedan el treinta y cinco por ciento del mismo, serán obligatorias para el Contratista.

A su vez, si la propuesta de renegociación es realizada por la autoridad contratante se estipula que cuando el presupuesto oficial a valores actuales del saldo físico de obra que reste ejecutar supere en un diez por ciento al valor actualizado del presupuesto oficial se podrá recontratar la obra al mismo comitente a valores actualizados.

El Convenio por medio del cual se instrumente la renegociación incluirá la renuncia a reclamo de mayores gastos o costos, así como eventuales compensaciones a reclamar por parte del contratista.

Una vez efectuado el Convenio, se deberá adjuntar la documentación relevante a tales fines y un informe donde se propicie la conveniencia de tal procedimiento y se remitirá para la intervención de los organismos de asesoramiento y control.

En caso de que no se arribe a una renegociación y corresponda abonar indemnización al contratista, esta solo comprenderá el rubro de daño emergente. Por ello, se considerará configurada la causal del artículo 65 de la Ley N° 6021.

Finalmente, el Procedimiento dispone que el organismo contratante deberá en forma trimestral informar a la Autoridad de Aplicación (Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia, conforme lo establece el artículo 9 del Decreto N° 304/2020) el avance de la renegociación de los contratos.

7. DECRETO N° 1176/2020

La emergencia en análisis se encuentra actualmente vigente en virtud del presente decreto, el cual ha ampliado y extendido la misma por un año más.

Concretamente dispone la prórroga de las emergencias en materia de seguridad pública, política y salud penitenciaria, infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, administrativa y tecnológica y social, económica, productiva, y energética en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, como así también la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público provincial, centralizado, descentralizado, organismos autónomos y autárquicos.

También en esta parte se referenciarán los fundamentos del decreto, los cuales resultan claves porque interrelacionan la emergencia vinculada a las obras públicas

(inicialmente configurada por la Ley N° 14.812) con la emergencia sanitaria declarada para contener los avances de la pandemia.

Entre sus fundamentos el Decreto establece "*Que, como es de conocimiento público, la situación de pandemia aún no ha cesado y si bien se ha logrado materializar medidas efectivas y eficientes en el marco de la crisis sanitaria existente, lo cierto es que tal circunstancia trasciende a diversas áreas del gobierno provincial, que deben ser atendidas evitando toda demora que obstruya su normal desenvolvimiento*."

Seguidamente afirma que la emergencia posibilitó la adopción de medidas excepcionales que facilitaron el ordenamiento estatal y agilizaron los procedimientos administrativos logrando soluciones eficaces, eficientes y oportunas. Puntualiza en que la situación de excepcionalidad configurada por la Ley N° 15.165 subsiste y por ello, es preciso llevar adelante la prórroga de la emergencia.

En virtud del Decreto analizado se puede hallar un nuevo punto de conexión entre ambas emergencias, resultando la emergencia sanitaria un agravante de la emergencia vinculada a la obra pública.

8. DECRETO 132/2020: Emergencia sanitaria

A través del presente Decreto se declaró el estado de emergencia sanitaria en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires por el término de ciento ochenta días, en virtud de la enfermedad por el Covid-19, posteriormente fue prorrogada esta emergencia sanitaria provincial mediante el Decreto N° 771/2020 y el Decreto N° 106/2021. En efecto, en los fundamentos del Decreto inicial de emergencia se dispone que la emergencia se encuadra en las previsiones establecidas en el artículo 20 de la Ley N° 15.165.

Al respecto, como se hubiera anticipado oportunamente, es posible encontrar en este aspecto, un punto de conexión entre las dos emergencias que en este Trabajo se estudian. La emergencia sanitaria y la emergencia en infraestructura confluyen en este espacio y se unen resultando la primera motivada, en parte, en la segunda.

El artículo 20 de la Ley N° 15.165 forma parte del capítulo V denominado "De la emergencia social" y dispone en su primera parte "*Facúltase al Poder Ejecutivo, a través*

del Ministerio de Salud, a adoptar todas las medidas necesarias durante la emergencia, que garanticen el funcionamiento de la infraestructura hospitalaria, unidades y centros de atención pertenecientes a la Provincia y los Municipios, como así también y en especial, con relación a los insumos básicos necesarios a los fines de garantizar el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud".

Asimismo, en dicho artículo se enumeran en los diferentes incisos las prioridades que debe dar el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud disponiendo en el inciso f) la prioridad de "*Ejecutar acciones tendientes a controlar brotes y epidemias mediante acciones que requieran incorporación de recursos humanos, vacunas e insumos esenciales*."

Bajo estos parámetros se entiende que tanto la Ley N° 15.165 como el Decreto N° 132/2020 que ha dispuesto la emergencia sanitaria son contestes en tanto las medidas que puedan tomarse en el marco de la emergencia, y es preciso a fin de un entendimiento cabal del tema, remitirse a las mismas para interpretarlas de forma conjunta.

A su vez, el Decreto en análisis ha sido ratificado a través de la Ley N° 15.174 y será preciso citar el artículo 2° de dicha Ley, en tanto facultó al Poder Ejecutivo a tomar medidas para paliar la emergencia sanitaria. En este sentido, puntualmente el inciso f) facultó al Poder Ejecutivo a "*Disponer medidas que exceptúen de los plazos previstos en la Ley N° 6021 y concordantes, a la medición, certificación y pago de obras públicas en curso de ejecución, o que se ejecutaren, vinculadas a la atención de la emergencia declarada en el artículo 1° del Decreto N° 132/2020 ratificado por la presente*."

Resulta preciso también destacar que en los fundamentos de dicha Ley (expuestos por el Poder Ejecutivo al remitir el Proyecto a la legislatura)[29] se expresó que "*Asimismo, además de las medidas referenciadas, a efectos de evitar la propagación del nuevo coronavirus y ejercer adecuadamente las funciones a cargo del Poder Ejecutivo, deviene necesario atender las consecuencias económicas y sociales que se manifiestan en este contexto, teniendo presente el agravamiento de la situación que justificara oportunamente la declaración de emergencia social, económica, productiva y energética y de los contratos del sector público, mediante la Ley № 15.165*"

De lo expuesto se puede inferir una vez más la relación constante entre ambas emergencias, y que la situación ya definida por la Ley N° 15.165, en tanto declaró nuevas

[29] Disponible en https://normas.gba.gob.ar/documentos/ByzPY6Ue.html; Fecha de Consulta 6/12/2020.

emergencias y prorrogó otras ya existentes, ha resultado agravada por la pandemia del covid-19, lo cual ha representado un impacto en los contratos de obra pública, conforme se enunciará seguidamente.

En primer lugar, se analizarán algunos dictámenes y doctrina emanados de la Asesoría General de Gobierno y del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos aires. Allí se pondrán de manifiesto algunas cuestiones vinculadas a cómo afectan las emergencias al Contrato de Obra Pública.

Posteriormente también nos permitiremos expresar situaciones hipotéticas que podrían derivarse como consecuencia de la emergencia, fundamentalmente de la emergencia sanitaria, es decir, pensaremos en nuevos conflictos jurídicos que no surjan necesariamente de dictámenes pero que, en un futuro próximo podrían suscitarse. No debe perderse de vista que la emergencia sanitaria derivada de la pandemia es relativamente reciente, lo que significa que no abundan hasta el momento varios dictámenes en la esfera provincial a los cuales se pueda acceder públicamente, por lo cual pensar en el surgimiento de nuevas consecuencias constituye un desafío también.

9. DICTÁMENES DE ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO

La Asesoría General de Gobierno en la Provincia de Buenos Aires se constituye como un órgano consultivo del Poder Ejecutivo provincial y tiene diversas funciones, fundamentalmente de tipo jurisdiccionales y de consulta.

En cuanto a las funciones de naturaleza jurisdiccional, representa en juicio a la Provincia en aquellas demandas de inconstitucionalidad que se inicien contra leyes, decretos o resoluciones provinciales, en aquellas que tramiten directamente ante la Suprema Corte y en todas aquellas en las que no se controviertan intereses fiscales. También interviene y contesta demandas que promueva el Fiscal de Estado contra actos emanados de autoridades provinciales.

A los fines de este Trabajo prestaremos mayor atención a las funciones de consulta. En este ámbito, la Asesoría General de Gobierno se expide en todo asunto que verse sobre la interpretación de normas que rijan la actividad de la Administración Provincial, los cuales se exteriorizan a través de dictámenes.

También brinda una función consultiva (no vinculante) a algunos Municipios de la Provincia, llevando un asesoramiento jurídico ante consultas que aquellos le efectúen, a modo colaborativo para que tomen las decisiones que aquellos estimen pertinentes en el ámbito de sus competencias.

-Dictamen del 31/08/2020 en respuesta a la consulta efectuada por el Honorable Concejo Deliberante del Municipio de Puan:[30]

En el presente caso, se remitió en consulta a la Asesoría General de Gobierno respecto la legalidad de realizar una licitación para la contratación de obra pública exclusivamente con empresas y personal radicadas en el distrito de Puan. En este caso, se consultaba sobre la posibilidad de incluir una cláusula en el respectivo pliego que tuviera como requisito excluyente que los oferentes cuenten con personal radicado en dicho municipio, con fundamento en la irrupción del covid-19.

Al efectuar un análisis del caso, Asesoría contempla que la cuestión sometida a consideración se aborde desde los principios de razonabilidad y no discriminación y/o afectación de los derechos a trabajar y ejercer industria lícita. Al respecto, Asesoría afirmó que "*es de ver que el caso evidencia un conflicto entre los derechos de particulares a ser oferentes y, eventualmente, contratistas y trabajadores de una obra pública municipal, por un lado, y el ejercicio de la indelegable obligación comunal de asegurar el sistema sanitario local y proveer las mejores condiciones para la salud de su población, por el otro; conflicto éste que solo puede superarse mediante un examen jurídico bajo el prisma del principio de razonabilidad*."

Con fundamento en ello, entiende que incorporar una cláusula en el pliego que solamente habilite a considerar las ofertas de las empresas locales que contraten personal local de dicho distrito, persigue un propósito legítimo que es cuidar el sistema sanitario local y la salud de su población. En este sentido, considera que la prohibición de oferentes para participar en tal licitación constituiría un medio idóneo para llegar a tal fin.

Considero que dicho dictamen resulta de relevancia toda vez que lo que aquí se pone de manifiesto es una consecuencia derivada del covid-19 y la interpretación jurídica que el organismo provincial ha hecho del caso deja en evidencia una forma en la cual la

[30] Disponible en https://www.asesoria.gba.gov.ar/descargas/download.php?file=2020-08/CONS-1389-VF-AEJ-2020083117205f4d5ba403967.PDF; Fecha de consulta: 10/12/2020

pandemia y la emergencia sanitaria ha atravesado los contratos de obra pública, puntualmente desde la etapa de su contratación.

Si las circunstancias hubiesen sido de normalidad, en caso de no estar vigente la emergencia sanitaria, sin lugar a duda hubiera resultado ilegítima la inclusión en un pliego de una cláusula que prohibiera la participación en una licitación pública a una empresa foránea, por el solo hecho de no residir en el distrito. Sin embargo, en atención a la alta transmisibilidad del covid-19 y teniendo por finalidad el cuidado de la salud de la población local, el establecimiento de dicha prohibición se erigió como un medio idóneo para dar cumplimiento a dicha finalidad.

Si bien los principios de las contrataciones públicas serán abordados en el próximo capítulo, considero pertinente hacer mención en esta instancia acerca de la importancia que ha tomado el principio de razonabilidad para analizar el caso, circunstancia que no deberá perderse jamás de vista cuando se analicen normas y hechos que se derivan de emergencias.

-Dictamen de abril de 2020 en respuesta a la consulta efectuada por el Departamento Ejecutivo del Partido de Tornquist[31]

La presente consulta estuvo motivada por el pedido de una empresa contratista en un contrato de obra pública celebrado con el Municipio de Tornquist, en avanzado estado de ejecución, en donde se solicitaba hacer lugar a la recepción parcial de la obra y la suspensión de los plazos contractuales, todo ello derivado de atrasos en los pagos de certificados de obra.

El Municipio ha manifestado que a fin de salvar la continuidad del contrato y como alternativa al inicio de un procedimiento de rescisión por culpa de la Administración, la empresa contratista propuso la recepción provisoria en los términos de los artículos 49, 50 y 51 de la Ley N° 6021 y la suspensión del plazo de obra.

Frente a tal consulta, Asesoría lleva adelante el análisis jurídico de la situación a la luz de ciertos principios rectores, tales como *pacta sunt servanda*, el principio de buena

[31] Disponible en: https://www.asesoria.gba.gov.ar/descargas/download.php?file=2020-04/CONS-1344-VF-AEJ-2020042713285ea70839e6434.PDF Fecha de consulta 10/12/2020

fe administrativa y se encarga de diferenciar a los contratos públicos de los privados esgrimiendo que los primeros tienden a satisfacer una finalidad pública, de interés general o bien común y, en este caso corresponde hacer una aplicación no tan estricta del principio *pacta sunt servanda*, lo cual habilita a que los contratos públicos puedan mutar y que la Administración pueda ejercer un *ius variandi* sobre ellos cuando están en etapa de ejecución.

Respecto de tal mutabilidad de los contratos administrativos, Asesoría entiende que la Administración puede variar los términos del contrato en forma unilateral, prescindiendo de cualquier tipo de renegociación, a fin de garantizar el interés público. Esta situación bien podría estar prevista en el contrato o en el pliego, pero en caso de no estarlo, se la considera facultad implícita de la Administración.

Efectuado tal análisis, el organismo provincial considera que para no tener objeción debería estar la situación prevista contractualmente, o bien, en caso de no estarlo debería ser considerado por la Administración como conveniente y en ese caso hacerlo en los términos de la Ley N° 6021. Con respecto a la suspensión de los plazos contractuales, fija su postura en tanto debe establecerse un plazo (límite temporal) para que opere tal suspensión.

El dictamen que se ha traído a consideración no ha sido encuadrado bajo las normas de emergencia vigentes en la Provincia, pero más allá de ello considero importante citarlo dado que ha sido emitido mientras dichas normas estaban vigentes, por lo cual corresponde en esta instancia efectuar un análisis propio y complementario a la luz de las mismas.

En efecto, a la fecha de emisión del dictamen ya estaba vigente la Ley N° 15.165 (la cual prorrogaba la emergencia en materia de infraestructura prevista originariamente por la Ley N° 14.812) y el Decreto N° 132/2020 (de emergencia sanitaria). Es cierto que aún no estaba vigente la reglamentación de la Ley N° 15.165 llevada adelante mediante el Decreto N° 304/2020 (la cual contempla la reglamentación pormenorizada de los procedimientos de renegociación y rescisión de contratos de obra).

Sin embargo, con la sola vigencia de las dos emergencias citadas, hubiera sido relevante hacer también un análisis de las mismas, a fin de considerar que, si bien en la Ley N° 15.165 se preveía la posibilidad de rescindir por parte de la Administración, con mayor razón aún se podría haber interpretado que resultaba una opción razonable el

garantizar la continuidad del Contrato a través de una recepción parcial de la obra y de suspensión de los plazos.

En virtud de ello, estimo acertado y razonable el análisis técnico-jurídico realizado por Asesoría, aunque considero que también podría haber sido una posibilidad encuadrar la situación llevada a consulta en el marco de la emergencia de infraestructura y de la emergencia sanitaria.

10. DOCTRINA DEL HONORABLE TRIBUNAL DE CUENTAS

El Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia se constituye esencialmente como un órgano de control de la Administración provincial, su función principal consiste en examinar las cuentas de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales. Cuenta con todas las facultades que le otorgan la Constitución de la Provincia y su Ley Orgánica.

Sumado a ello, también evacúa aquellas consultas que le efectúen los Municipios, razón por la cual seguidamente se pondrán de manifiesto aquellas consultas efectuadas al Tribunal de Cuentas que guarden relación con la investigación.[32]

-Consulta efectuada por la Municipalidad de Moreno en el marco del Expediente 5300-271-2016-0-1 de fecha 19/05/2016

En referencia a la Ley N° 14.812 el Honorable Tribunal de cuentas tuvo oportunidad de expedirse en referencia a las facultades de adhesión por parte de los Municipios respecto la citada Ley.

El Tribunal de Cuentas deja sentada su doctrina toda vez que prescribe que la adhesión a la Ley provincial en el ámbito municipal debe ser efectuada a través de Ordenanza del Concejo Deliberante, debiendo evaluar las particularidades del distrito y hacer un mérito acerca de si efectivamente se configuran las circunstancias excepcionales necesarias para adherir a la norma. Luego de ello, nada obstaría al Municipio a llevar

[32] Las consultas están disponibles para su búsqueda en https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina insertando palabras de búsqueda: "*Ley 14.812*".

adelante las contrataciones que sean necesarias para hacer frente a la emergencia, mediante los mecanismos de excepción para la correspondiente contratación.

Sin embargo, dispone que todo procedimiento de contratación debe ajustarse a los principios de transparencia, razonabilidad y conveniencia, análisis que se estudiará a la hora de llevar adelante la rendición de cuentas.

-Consulta efectuada por el Municipio de Chacabuco en el marco del Expediente 4029-4456-2016-1-1 emitido el 18/08/2016

En este caso se ha consultado respecto a los procedimientos a tener en cuenta para llevar adelante contrataciones y respecto cual será el organismo auditor de dicho procedimiento y en base a qué normativa se fundará.

Al respecto, el Tribunal de Cuentas ha reiterado, al igual que en la consulta analizada precedentemente, que es necesario para la aplicación de la Ley Nº 14.812, que el Municipio adhiera a través de una Ordenanza en la cual conste suficiente acreditación de las circunstancias excepcionales que ameriten la inclusión en tal régimen.

Sumado a ello, también deja sentado que el Municipio debe llevar adelante un plan que contenga la individualización de las obras, la inversión necesaria y el plan de ejecución, justificando la urgencia en cada caso para proceder a su contratación bajo el régimen de emergencia.

Asimismo, el Tribunal de Cuentas vuelve a enfatizar en que el procedimiento de contratación debe ajustarse a los principios del artículo 100 de las Disposiciones de Administración del Decreto Nº 2980/00, es decir, el procedimiento de selección debe cumplir con los principios de razonabilidad, responsabilidad de los agentes públicos, publicidad y transparencia, concurrencia, igualdad de trato, respeto por la oferta más conveniente, eficacia y eficiencia.

Respecto la auditoría de las contrataciones llevadas en el marco de la emergencia, dispone que sería posible constituirse una Comisión de concejales para el seguimiento, fiscalización y control de las mismas.

-Consulta efectuada por el Municipio de Bahía Blanca en el marco del Expediente Nº 4007-1326-2016-0-1 emitido el 12/01/2017

La consulta en este caso refiere acerca de la posibilidad de dar cumplimiento a las publicaciones que refiere la Ley Orgánica de las Municipalidades utilizando plataformas tales como diarios digitales o sitios del gobierno municipal.

En respuesta a tal requerimiento, el Tribunal de Cuentas ha considerado que la Ley orgánica de las Municipalidades al prescribir "publicaciones en el Boletín Oficial y un diario o periódico de distribución local" no distingue entre publicaciones en formato papel o digital, lo cual resultaría indistinto para cumplimentar tales exigencias. Por ello estima que es viable la publicidad en medios digitales, siempre que se acredite haber dado cumplimiento a los plazos pertinentes.

Concluye en que mediante la utilización de las tecnologías de la información es posible cumplir fehacientemente con el principio de publicidad, garantizando la libre concurrencia y competencia de oferentes.

Asimismo, considera innecesario que el Municipio sancione una ordenanza que exima la publicación de los avisos de licitaciones en periódicos y los reemplace por sitios web bajo los fundamentos de la Ley Nº 14.812.

11. REFLEXIONES ACERCA DE LOS DICTAMENES ANALIZADOS

En esta instancia se han analizado dictámenes emitidos por la Asesoría General de Gobierno y por el Honorable Tribunal de Cuentas. De tal análisis solamente se ha identificado uno emitido por Asesoría que aludía en forma explícita a una consecuencia derivada del covid-19 en los contratos de obra pública, concretamente en lo que concierne a la posibilidad de incorporar en los pliegos licitatorios una cláusula que contenga como requisito excluyente que los oferentes deban residir en el distrito.

Sin embargo, también resultó relevante traer a consideración otros dictámenes relacionados con la emergencia en infraestructura (Ley N° 14.812), dado que ambas emergencias coexisten en la actualidad y producen impactos en la obra pública.

Teniendo ello por sentado, en los dictámenes se han puesto de manifiesto diversos temas que se deberán abordar cuando encaremos de lleno las consecuencias del covid-19

en la obra pública, tales como la *potestas variandi* que tiene el Estado en materia de contrataciones administrativas.

En este caso, se deberá tener presente que la modificación contractual no perjudique de forma irrazonable el equilibro económico financiero contractual para resguardar el derecho del contratista, quien puede, en ese caso, hacer uso de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe para salvaguardar su derecho.

Mas allá de haber realizado una identificación empírica de la manera en la cual los organismos de consulta y control han interpretado las emergencias, también será menester traer a estudio abordajes doctrinarios, habida cuenta de que la pandemia aún continúa desarrollándose, por lo cual podríamos estar frente a consecuencias que aún no se han producido, y, por ende, que no han tenido oportunidad de ser estudiadas por los organismos de control, de allí la importancia de sumar también aportes que se hayan realizado desde la doctrina.

12. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA EMERGENCIA SANITARIA EN LA REGULACIÓN NACIONAL

A fin de realizar un abordaje completo, se efectuará una comparación con el régimen establecido por Nación, para llevar a cabo una comparación con nuestro estudio acerca del impacto del covid-19 en la obra pública en la Provincia.

El marco legal que rige en materia de contratación pública en el ámbito nacional es, principalmente, el Decreto Nº 1023/01 y su reglamento Nº 1030/16. Por su parte, en materia de obra pública en el orden nacional rige la Ley N° 13.064.

Sin embargo, más allá de las normas generales, de base que se encargan de regular las contrataciones estatales, a raíz de la pandemia originada por el coronavirus, se ha originado todo un derecho propio “de emergencia” que repercute en las referidas contrataciones.

En efecto, conforme se hubiera enunciado, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, se estableció en todo el territorio nacional el aislamiento social, preventivo y obligatorio a fin de proteger la salud público con motivo de prevenir la propagación del coronavirus.

En el ámbito nacional se dictó el Decreto N° 260/2020 que amplió la emergencia sanitaria en virtud de la pandemia del coronavirus. Mediante tal Decreto se facultó al Ministerio de Salud de la Nación a "*Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior*"[33].

Seguidamente establece, en su artículo 15 ter que la Administración centralizada y descentralizada, como así también las empresas y sociedades del Estado estarán facultadas para llevar adelante dichas contrataciones en forma directa mientras persista la emergencia.

El Decreto N° 260/2020 fue posteriormente prorrogado por medio del Decreto N°167/2021, extendiendo el plazo de la emergencia sanitaria, el cual se mantendrá vigente hasta el 31 de diciembre del 2021.

Por su parte el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 287/2020 dispuso que mientras persista la situación de emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el Artículo 8º, incisos a) y b) de la Ley Nº 24.156, estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos.

En tal sentido, también se dictó la Decisión Administrativa Nº 409/2020, donde se establecieron los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de selección.

En la misma línea se expidió, por parte de la Oficina Nacional de Contrataciones, el "Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la emergencia", establecido a través de la Disposición N° 48/2020, para poder llevar adelante los contratos necesarios para adquirir bienes y servicios para hacer frente a la pandemia.

Sin embargo, más allá de las regulaciones analizadas acerca de la Administración Nacional, si bien al hablar de "contratación de bienes y servicios" pareciera que aplica en principio a los contratos de provisión y suministros, de aquellos regulados por el Decreto

[33] Artículo 2 inciso 6) del Decreto N° 260/2020.

1023/01, también puede hacerse extensivo a las obras públicas, en tanto no se opongan a las disposiciones sustanciales fijadas por la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064.

Debe tenerse presente que la propia Ley N° 13.064 exceptúa del procedimiento de licitación pública y habilita a contratar en forma directa o por licitación privada "*Cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una pronta ejecución que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, o para la satisfacción de servicios de orden social de carácter impostergable*"[34]. En este orden de ideas, el covid-19 encuadra dentro de "circunstancias imprevistas" por lo cual entiendo que en virtud de esta norma se podría contratar por fuera del procedimiento licitatorio cuando existiera una real premura por llevar adelante obras vinculadas a la pandemia.

Sin embargo, es preciso concluir que en el ámbito nacional no hubo una sanción de legislación específica de emergencia que habilite en forma explícita un marco de contratación directa para las obras públicas, aunque, más allá de esto, sería igualmente factible utilizar tales procedimientos con fundamento en lo expuesto en los párrafos que anteceden.

Debemos también mencionar la Resolución N° 5/2020 emitida por la Oficina Anticorrupción, a través de la cual se efectuaron recomendaciones para llevar a cabo las contrataciones públicas en tal contexto.

En los fundamentos de tal resolución se expone "*Que las contrataciones públicas se presentan como un área vulnerable para la configuración de conflictos de intereses y otras irregularidades, por la interacción con el sector privado que presuponen. Dicha situación se acentúa en contextos como el generado por la pandemia por COVID-19, atento a la celeridad que demanda la cobertura de las necesidades impostergables de la población y el inevitable apartamiento de los procedimientos legalmente establecidos paras épocas de normalidad*"[35]

Dichas recomendaciones fueron establecidas en el marco de dicha Resolución a través del Informe IF-2020-32057444-APN-OA#PTE, y tiene por finalidad complementar la Disposición N° 48/2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones. En tal sentido, dispone que las recomendaciones fueron pensadas para ser aplicadas a aquellas reparticiones que se encuentren obligadas a observar las disposiciones emitidas

[34] Art. 9 inciso c) Ley N° 13.064.
[35] Considerando N° 9 Resolución N° 5/2020 de la Oficina Anticorrupción.

por la Oficina Nacional de Contrataciones y también, para las demás entidades o jurisdicciones que se rijan por reglamentaciones propias.

Es preciso destacar que, en tal sentido, cualquier provincia o municipio podría adherir a ella o bien, ajustar su procedimiento a lo allí dispuesto en tanto no se oponga a sus normativas propias aplicables.

Las recomendaciones buscan principalmente, limitar los procedimientos de emergencia para la contratación, en tanto se enfatiza que la situación de emergencia sanitaria no debería constituir *per se* el fundamento único para utilizar un sistema de contratación de excepción. En efecto, más allá de tal contexto indiscutible, la principal recomendación apunta a que será necesario acreditar y fundamentar las razones por las cuales dicha contratación amerita ser realizada a través de un procedimiento acotado, mediante informes circunstanciados emitidos por las áreas competentes.

Asimismo, también recomiendan la utilización de sistemas que permitan y faciliten verificar las rendiciones de cuentas por parte de los organismos de control, así como que permitan el acceso a la ciudadanía en general. Por ello, se debe optar por la utilización del sistema Compr.ar y de la tramitación de las actuaciones por expediente electrónico (y no en papel).

También se sugiere otorgar la mayor concurrencia posible a los oferentes, por lo cual se debe detallar las características de la contratación y otorgar el tiempo suficiente para permitirles preparar las cotizaciones. En forma concordante, se deberá dar la mayor publicidad posible al llamado a licitación a fin de garantizar suficiente concurrencia.

Por último, destaca que será necesario que, una vez efectuadas las contrataciones, se publique la información en un único sitio, a fin de evitar la dispersión de información, y la misma deberá contener los datos redactados en forma tal que se permita su comprensión por parte de la ciudadanía.

12.1 RESOLUCIÓN 40/2020 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HABITAT DE LA NACIÓN

La Resolución 40/2020 dictada desde el Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat de la Nación es tratada bajo un título aparte dado que regula en forma específica la situación de determinadas obras públicas, invitando a las Provincias, a los Municipios

y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir como “Entes Ejecutores” al Programa que por medio de ella se crea.

En su artículo 1° establece la creación del “Programa nacional de reactivación y terminación de obras de vivienda, infraestructura y hábitat” destinado a reactivar y finalizar las obras que se ejecutan dentro del denominado Plan Nacional de Vivienda o de planes o programas que hayan sido dejados sin efecto o paralizados.

Seguidamente establece la facultad de los denominados “entes ejecutores” de adherir a dicho Programa. Estos entes ejecutores pueden ser gobiernos provinciales o municipales, razón por la cual es menester mencionar esta resolución dado que, si bien es de carácter nacional, la posibilidad de adhesión la podría trasladar a otras esferas gubernamentales.

En efecto, los denominados “entes ejecutores” (provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipios) pueden solicitar adhesión a tal Programa, mediante la presentación del correspondiente formulario y del Proyecto de construcción, mejoramiento o finalización de viviendas que presente, a fin de obtener el financiamiento necesario por parte de la Secretaría de Hábitat dependiente del Ministerio en cuestión.

Se trata de reactivar obras de vivienda que se encuentren en estado de paralización respecto de proyectos ya iniciados o por iniciarse. En cuanto al método de contratación, se establece en el artículo 2.4 del Anexo I el cual dispone que “*Podrán realizarse licitaciones públicas o privadas y/o concursos de precios y podrá utilizarse la modalidad por “administración” para determinados Convenios cuando ello agilice los procesos administrativos en relación con el monto de la obra y lo permita los alcances de las normativas nacionales, provinciales o locales de sus respectivas leyes para la contratación de obras*.”

Entre los fundamentos de la Resolución se menciona que muchas obras de vivienda se encuentran discontinuadas en su construcción y resulta de interés nacional su reactivación. Sostiene que muchas obras resultaron paralizadas o demoradas en su ejecución con motivo del aislamiento producido por la pandemia del coronavirus, situación que ha deteriorado las condiciones de desarrollo y hábitat, y que resulta de gran urgencia revertir, fomentando, de ese modo, la reactivación de la economía y del mercado laboral mediante la incorporación de mano de obra local.

En virtud de ello es factible interpretar que la norma ha receptado una consecuencia del covid-19 en las obras públicas, en tanto la toma como una causal de paralización de las obras, y a fin de revertir la situación otorga un marco jurídico para dar continuidad a las mismas, todo ello bajo el contexto de la emergencia.

Sin embargo, debe tenerse presente que la normativa analizada otorga la facultad de reactivar a aquellas obras públicas destinadas a la construcción de viviendas, por lo cual no se constituye como una regla para el resto de las obras públicas. De igual forma, a diferencia de otras regulaciones, no otorga la posibilidad de llevar adelante contratación directa.

Por este motivo, corresponde ratificar lo expuesto en el título anterior, en tanto se carece a nivel nacional de una regulación específica de la emergencia en materia de obras públicas. En esta línea, no se ha dictado hasta el momento normativa que regule la renegociación o rescisión de los contratos de obra pública, tal como sí ocurre en la Provincia de Buenos Aires.

12.2 RESOLUCIÓN N° 99/2021 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT DE LA NACIÓN

La Resolución bajo estudio crea el "Programa Reconstruir" destinado a financiar la finalización de obras que se encuentren en procesos de construcción con aportes del Estado Nacional a través de los diferentes Programas o Planes del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat, y que se encuentren paralizadas en su ejecución, como asimismo a aquellas que, habiendo sido proyectadas o aprobadas, no han sido iniciadas.

La Resolución presenta un esquema similar a su predecesora, en tanto los Municipios y Provincias pueden adherir para convertirse en entes ejecutores, y habilita como proceso de selección del cocontratante la adjudicación directa.

El presente Programa se toma como un complemento de la Resolución N° 40/2020 citada en el punto que antecede y podrán ser parte de él aquellas obras que hayan quedado por fuera de la Resolución N° 40/2020, dado que en sus considerandos señala que "*sin perjuicio de la vigencia del "Programa Nacional de Reactivación y Terminación de Obras de Vivienda, Infraestructura y Hábitat", creado por Resolución Nº 40/20 de este Ministerio, la situación de emergencia habitacional requiere adoptar decisiones y nuevas herramientas, en el marco de la legislación supra mencionada, que amplíen y dinamicen*

la visión originariamente dada al mismo, permitiendo efectivamente una gestión eficiente, ágil y eficaz para satisfacer las necesidades en materia habitacional, sobre todo de los sectores con recursos económicos insuficientes y atender asimismo, las necesidades de los sectores medios".

12.3 RESOLUCIÓN CONJUNTA N° 1/2021 DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y MINISTERIO DEL INTERIOR DE LA NACIÓN

Mediante la Ley Nacional N° 27.561 se creó el Programa de Emergencia de Infraestructura Municipal de la Provincia de Buenos Aires (PREIMBA), el cual fue reglamentado recientemente mediante la presente Resolución Conjunta, en cuya parte considerativa expresa "*Que el mencionado programa estará destinado a mantener y ampliar la infraestructura en todos los municipios de "LA PROVINCIA", constituyendo una importante asistencia a las comunas en estos tiempos de dificultades económicas y financieras, derivadas de la pandemia del COVID-19*".

En este marco, el Estado Nacional destina financiamiento a la Provincia de Buenos Aires para obras públicas de infraestructura municipal, debiendo la Provincia efectuar, a su vez, el correspondiente desembolso a los Municipios previa evaluación y aprobación de los proyectos que éstos le presenten.

13. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA EMERGENCIA SANITARIA EN LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la Ley N° 2095 y su decreto reglamentario N° 74/2021, los cuales regulan las compras y contrataciones en tal jurisdicción, contemplando expresamente los contratos de compraventa, suministro, de servicios, permuta, locaciones y alquiler con opción a compra, comprendiendo también a todos aquellos contratos no excluidos y que no tuvieren regulación especial.

Al igual que en el ámbito nacional, excluye de la aplicación de dicha Ley al contrato de obra pública, el cual tiene regulación específica en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la Ley N° 6246, la cual entró en vigor a partir del 1° de marzo de 2021. Su reglamentación está dada a partir del Decreto N° 60/2021.

En la Ley N° 2095 (Compras y Contrataciones) se establecen los supuestos en los que puede proceder la contratación directa en el artículo 28, cuyo inciso 8 dispone "*Cuando medien razones de seguridad pública, de emergencia sanitaria, cuando existan circunstancias extraordinarias o bien imprevisibles derivadas de riesgo o desastre*".

Por su parte, la Ley N° 6246 (Obras Públicas) fija en su artículo 26 las circunstancias en las cuales se podrá contratar directamente, entre las cuales encontramos el inciso a) que dispone "*Cuando medien razones de emergencia pública derivadas de circunstancias extraordinarias o imprevisibles que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno*" y el inciso d), el cual versa: "*Cuando se trate de trabajos complementarios de una obra pública que no hubieren podido preverse en el proyecto ni en el contrato respectivo, pero que resulten indispensables e imprescindibles para la misma, y que por cuestiones de necesidad pública, grado de avance de la obra y las características de esos trabajos, sea necesario que el mismo contratista realice los trabajos*".

Respecto a la emergencia sanitaria, fue declarada en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1/2020 y a través de la Resolución N° 294/2020 del Jefe de Gabinete y el Ministro de Hacienda y Finanzas, se estableció un procedimiento de adquisición de bienes y servicios relacionados con la emergencia sanitaria, el cual se constituye como Anexo I de tal Resolución.

En dicho procedimiento se establece que los requisitos de solicitud que debe completar el área requirente ante la Dirección General de Evaluación del Gasto dependiente de la Secretaría de Planificación, Evaluación y Coordinación de Gestión, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros y, en caso de que el sector que requiera la contratación sea el Ministerio de Salud, se podrá postergar la presentación de tal solicitud, pero sí se deberá notificar la adjudicación correspondiente y los datos de la contratación una vez efectuada.

Del régimen analizado, podemos concluir que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee en la actualidad un régimen que regula las contrataciones de bienes y servicios en casos de emergencia sanitaria. Sin embargo, entiendo que no resulta aplicable a las obras públicas, toda vez que La Ley N° 2095 las excluye expresamente de su régimen.

Sin embargo, debe también tenerse en cuenta lo prescripto por la Ley N° 6301 la cual declaró la emergencia económica y financiera de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, en principio hasta el 31 de diciembre de 2020 y posteriormente fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021.

En dicha norma, se prevé, en el Capítulo IV, prescripciones relativas a las compras y contrataciones y allí sí se contempla en forma explícita en el artículo 12 que se podrá proceder a la revisión de los procesos en trámite o en ejecución referentes a contrataciones de obra pública celebrados con anterioridad a dicha Ley. Seguidamente dispone "*Las facultades a las que se refiere el párrafo precedente implican la posibilidad de suspender, resolver, revocar, rescindir, o modificar las condiciones esenciales de las contrataciones en cuestión y en virtud de razones de oportunidad, mérito o conveniencia, siempre que ello resulte financiera o económicamente más conveniente para el interés público, previo dictamen de la Procuración General de la Ciudad*".

En cuanto al reembolso de gastos que solicite el contratista, solo tendrá derecho a percibir aquellos que resulten con motivo del contrato, en la forma que determine el organismo contratante, excluyendo lucro cesante e intereses. Y finalmente en el artículo 14 se establece que los ahorros o incrementos que resultaren debido a las modificaciones contractuales serán utilizados para reforzar las acciones necesarias para contener la emergencia sanitaria.

En cuanto a la posibilidad de contratar nuevas obras públicas en contexto de la emergencia, entiendo que bien podría aplicarse un procedimiento de selección de excepción previsto en la Ley N° 6246.

Respecto de la facultad modificar o rescindir los contratos de obra pública, acá se encuentra una diferencia aún mayor en comparación a la Emergencia actualmente vigente en la Provincia. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, se ha hecho una regulación breve en el marco de la Ley de Emergencia Económica y Financiera, de una forma absolutamente genérica, por lo cual otorga gran discrecionalidad a la Administración para decidir cómo continuar (o finalizar) los contratos de obra en ejecución.

14. CONSECUENCIAS DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

La medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) que rigió oportunamente para todo el territorio nacional, originariamente encuadrada en los términos del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 297/2020, y que luego fuera prorrogado sucesivamente, tuvo consecuencias en las obras que se encontraban en ejecución.

La obra pública fue considerada, desde el inicio de la emergencia sanitaria, como una actividad esencial que no debía ser interrumpida. En efecto, se consideraba exceptuado del cumplimiento del ASPO, al personal afectado a la obra pública. Puede pensarse que la adopción de esta medida tuvo que ver con la necesidad de llevar adelante obras, servicios e infraestructura para poder acompañar el refuerzo del sistema sanitario que eventualmente se necesitaba.

Sumado a tal circunstancia, no exceptuar a la obra pública del ASPO hubiera traído consecuencias desfavorables, en tanto implicaba un estado de paralización generalizado de obras, lo cual implicaría a mediano y largo plazo, solicitudes de adecuación de todos los contratos.

Esta previsión debe interpretarse en sentido amplio, es decir, considerarse que el "personal afectado a la obra pública" incluía tanto a aquellos agentes de la Administración que se desempeñen en las reparticiones encargadas de contratar e inspeccionar las obras públicas, como así también a aquellos dependientes de las empresas contratistas que tuvieran que trabajar en la obra.

Sin embargo, la prohibición de circulación establecida, así como la necesidad de tramitar certificados para circular, constituía un obstáculo para la concurrencia a la obra. Sumado a ello, también debieron dejar de concurrir a aquellas personas consideradas "grupos de riesgo", por lo cual puede afirmarse que, a nivel general tuvo repercusión en la cantidad de personal con el cual contaban las obras, situación que genera impacto en el cumplimiento de los plazos y planes de trabajo.

A su vez, es posible contemplar también que los comercios o proveedores de materiales de construcción no se encontraban, en la primera fase del ASPO, habilitados para trabajar, por lo cual las contratistas muchas veces no podían obtener los elementos

necesarios para ejecutar las prestaciones a su cargo, situaciones que generaron demoras y paralizaciones.

Con respecto a la continuidad de las obras públicas por su esencialidad, corresponde hacer mención a la Resolución N° 189/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia (modificada y ampliada luego por Resoluciones N° 193/2020, 199/2020 y 215/2020 de dicha Repartición).

A través de las Resoluciones citadas se establece la continuidad y esencialidad de determinadas obras y servicios públicos (enumerados en sus Anexos), los cuales se los clasifica como no interrumpibles y exceptuados de la prohibición de circulación.

En este punto la normativa citada pareciera haber planteado un interrogante: o bien por la mención detallada de determinadas obras que efectúan las resoluciones debía entenderse que las demás obras y servicios no gozaban de tal carácter de esencialidad y continuidad, o bien la Provincia ha querido ratificar el permiso de circulación para el personal afectado a las mismas y que no queden dudas de su carácter ininterrumpible y la urgencia de su continuidad.

Un análisis integrador de las normas me inclina a interpretar que tales resoluciones tenían una funcionalidad de "adhesión" o de manifestación de apoyo de considerar a la obra pública como esencial y garantizar la continuidad de aquellas que se estaban ejecutando, fundamentalmente porque ya habían sido declaradas esenciales y exceptuadas del ASPO mediante Decreto nacional.

15. CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Conforme hemos analizado en el acápite anterior, el personal afectado a la obra pública estuvo exceptuado desde el primer momento del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio. No obstante, en el plano provincial se estableció, mediante el Decreto N° 167/2020, la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos correspondientes al Decreto-Ley N° 7647/70 y demás procedimientos administrativos especiales, sin perjuicio de la validez de aquellos actos cumplidos o que se cumplieran durante tal suspensión y de aquellos que, por su naturaleza, resulten impostergables para tutelar los derechos de los interesados.

A su vez, el artículo 3 del Decreto N° 167/2020 estableció que se exceptuaba de dicha suspensión de procedimientos y plazos administrativos, a todas las actuaciones relativas a la emergencia sanitaria por covid-19.

En virtud de tal situación, es que podría generarse incertidumbre respecto a la situación de los contratos de obra pública en curso de ejecución: por un lado, debería continuar el plazo de obra, en tanto es una actividad exceptuada del aislamiento social, preventivo y obligatorio; y, por otro lado, la suspensión de los plazos y procedimientos contractuales podrían llevar a la Administración a no atender planteos referentes a las obras, tales como adecuaciones, modificaciones o renegociaciones contractuales que eventualmente pudiera formular el contratista.

Frente a ello, corresponde traer a consideración algunos antecedentes ocurridos en la Provincia de Buenos Aires relacionados a esta vinculación entre continuidad de la obra pública y suspensión de plazos administrativos.

-Resolución N° 394/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos:[36] A través de esta Resolución se exceptúa de la suspensión dispuesta por el artículo 1° del Decreto N° 167/2020 al procedimiento de Licitación Pública Internacional en el marco del "Programa de Rehabilitación de Infraestructura en la Provincia de Buenos Aires", para la realización de la obra: "Recuperación de la Capacidad de Tratamiento de Desagües Cloacales y Mejora de Calidad de Agua Potable para la Localidad de San Miguel del Monte", en jurisdicción del partido de Monte.

-Resolución N° 836/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos:[37] Al igual que el ejemplo anterior, también mediante esta Resolución se exceptúa de la suspensión dispuesta por el artículo 1° del Decreto N° 167/2020, referente a plazos y procedimientos administrativos, al procedimiento de Licitación Pública para la realización de la obra: "Ampliación y Remodelación Morgue Judicial Lomas de Zamora".

En ambas resoluciones se menciona que el acto administrativo que se dicta tendiente a exceptuar de la suspensión de plazos a las licitaciones se lleva a cabo para viabilizar la prosecución del procedimiento licitatorio.

[36] Disponible en: https://normas.gba.gob.ar/documentos/V9O1APIW.pdf Fecha de consulta 27/01/2021.
[37] Disponible en: https://normas.gba.gob.ar/documentos/087g5Qsm.pdf Fecha de consulta 27/01/2021.

Debe tenerse presente que, dichas resoluciones son para llevar adelante contrataciones de obras públicas que no están, *a priori*, estrechamente vinculadas a paliar los efectos de la pandemia o la emergencia sanitaria.

En tal sentido, sería viable interpretar que, en caso de necesitar contratar una obra relacionada con dicha materia, no sería necesario dictar un acto administrativo que efectúe la excepción de la suspensión del plazo, en tanto el artículo 3 del Decreto N° 167/2020 ya exceptúa a las actuaciones relativas a la pandemia.

Por otra parte, también entiendo que, en aquellas obras que estén en etapa de ejecución, independientemente de que se relacionen con la emergencia sanitaria o no, también rige el transcurso normal de los plazos y procedimientos administrativos para todas aquellas cuestiones que pudiera plantear la contratista referente al contrato de obra pública que lo une al comitente.

16. EL COVID-19 COMO DISPARADOR DE FUERZA MAYOR, TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y HECHO DEL PRINCIPE

El artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que "*Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos".*

En el Derecho Privado, en materia de obligaciones civiles y, el caso fortuito o fuerza mayor se configura como una causa que impide dar cumplimiento a las mismas, y cuya nota característica radica en que es ajena a quien debe cumplir tal obligación. Por este motivo, la regla indica que, al configurarse dicho supuesto, se exime de responsabilidad a la parte por el incumplimiento.

Conforme versa el artículo, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, son tratados, a efectos legales, como sinónimos, sin perjuicio de la distinción teórica que a menudo se realiza entre ambos.

Conforme se hubiera anticipado, la irrupción del covid-19 en nuestro país, y el consecuente aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado en un primer momento, nos llevó a pensar en un supuesto de causal de caso fortuito o fuerza mayor, en

tanto en una relación contractual es totalmente ajeno e inevitable a las partes, con las consecuencias que dichas causales tienen en el derecho en general y en las contrataciones administrativas en particular.

En este aspecto, la pandemia del covid-19 como causal de caso fortuito o fuerza mayor, implicaría tener que dejar a un lado el "riesgo y ventura" que, siguiendo a García de Enterría[38], se lo entiende como una exigencia propia y característica de los contratos administrativos con obligaciones de resultado, tales como el contrato de obra pública; y pensarlo como un supuesto de fuerza mayor que actuaría como justificante de adopción de medidas idóneas para evitar incumplimientos contractuales.

En efecto, si bien en la actualidad ya constituye un hecho vigente y conocido, en sus principios resultó por demás sorpresivo e imprevisible. En razón de ello, debemos repasar qué impacto tiene en materia de obras públicas en la Provincia, el encontrarnos frente a una causal de caso fortuito o fuerza mayor:

-La Ley N° 6021 contempla al caso fortuito o fuerza mayor como una causal de rescisión, en tanto imposibilite el cumplimiento contractual. En ese caso, cualquiera de las partes puede iniciar la rescisión, debiendo fundar las razones por las cuales se considera configurada tal causal. Sin embargo, teniendo en cuenta la emergencia en materia de infraestructura vigente, se considera configurada, mientras subsista tal emergencia, la causal de caso fortuito o fuerza mayor para rescindir, como así también para modificar o renegociar los contratos.

-Frente a la rescisión en contexto de emergencia, teniéndose por configurada la causal de caso fortuito o fuerza mayor, sólo corresponderá abonar como indemnización al contratista, el pago del rubro correspondiente a daño emergente.

-Frente a la necesidad de revocación del Contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, también se considerará configurada la causal de caso fortuito o fuerza mayor y, en consecuencia, sólo corresponderá abonar indemnización por daño emergente a la contraparte.

En tal contexto, es que se afirma que ha generado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que lleva a la Administración a revisar aquellos contratos de obra pública

[38] Cfr. García de Enterría, Eduardo; *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*; Revista de Administración Pública N° 2; 1950.

que se encuentran en curso de ejecución, a fin de evaluar la viabilidad de proseguir su continuidad o bien, invocando tal causal, promover una rescisión sin culpa para la Administración, máxime si se produce una alteración en el equilibrio económico-financiero del contrato.

Las potestades en materia de contratación administrativa encuentran limitaciones en el principio de legalidad y en el derecho de propiedad. Por tal motivo, si bien en el derecho administrativo nos encontramos con prerrogativas de exorbitancia que permiten flexibilizar los contratos en miras de salvaguardar el interés público, la situación no puede distorsionarse al punto tal de quebrar el equilibrio económico del contrato.

Por un lado, se deben contemplar las modificaciones que dicho interés público exige introducir en el contrato, y por otro, se debe siempre mantener la equivalencia económica de las prestaciones, de modo tal que una parte no saque un rédito desmedido en detrimento de la otra.

Obsérvese que no solo se presenta la pandemia del covid-19 como un disparador del caso fortuito o la fuerza mayor, sino también como un factor de la "teoría de la imprevisión" y del "hecho del príncipe".

La ecuación contractual importa una relación de igualdad y equilibrio entre las partes contratantes, el particular contratista se convierte en un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus fines públicos y, al mismo tiempo, deben mantenerse a lo largo de la ejecución contractual, el equilibrio de las prestaciones y contraprestaciones que se tuvieron en miras a la hora de contratar.

Silva Tamayo[39] sostiene que la teoría de la imprevisión y la teoría del hecho del príncipe son técnicas necesarias a fin de mantener el equilibrio contractual, representando un paliativo frente al alea económico y al alea administrativo.

La teoría de la imprevisión está consagrada en el Derecho Privado, pero también se presenta a menudo en el campo de nuestra rama del Derecho, con características propias. En efecto, frente a una imprevisión sobreviniente que altera el contrato y lo torna oneroso, si lo que debe asegurarse es su cumplimiento, la Administración podrá brindar

[39] Op. Cit, Silva Tamayo.

una ayuda al contratista. En caso de que la onerosidad fuera tal que imposibilitara directamente continuar con las prestaciones a cargo de la contratista sí debe entenderse que en ese caso se configuraría una causal de rescisión, en tanto tal caso fortuito o fuerza mayor no pudo ser paliado.

Sin embargo, se puede diferenciar, en principio, desde un plano teórico al caso fortuito o fuerza mayor como aquel que torna imposible la ejecución del contrato, mientras que la imprevisión sólo la hace más gravosa. Por supuesto que, en el plano práctico y de acuerdo con el caso concreto, tal onerosidad también podría devenir, en los hechos, en una imposibilidad de ejecución.

La Suprema Corte Provincial ha dejado sentada su postura afirmando, en diversos pronunciamientos[40] que en el marco de la ley 6.021 de obras públicas, el concepto de situación "imprevisible" no responde a una noción fija o rígida y debe ser entendida como contingencia que excede los niveles de lo habitual y prudentemente previsible. En este sentido, ha afirmado que la pauta de la imprevisibilidad es relativa, librada a los tiempos y las circunstancias. La imprevisión, entonces, debe valorarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

En este sentido debe tenerse en cuenta que en la causa "Lara" la Suprema Corte ha considerado a la inflación, por la manera en la cual aceleró en tal contexto, como una situación imprevisible respecto al contrato de obra pública afirmando que "*Si bien el Superior Tribunal nacional sostiene como principio general que en el contrato de obra pública le corresponde al contratista soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva su cumplimiento en las condiciones pactadas, por lo que la reiteración de períodos de alta inflación y la consecuente suba del costo de dinero no constituyen fenómenos imprevisibles; estimo que sí debe considerarse como imprevisible a la desmesurada aceleración del ritmo inflacionario desatada en la época en que el contrato que vinculó a las partes debió ejecutarse, tal lo acontecido en el caso bajo análisis, en la cual el índice inflacionario sufrió variaciones inesperadas, en períodos temporales acotados y fuera del orden ordinario exteriorizado en años anteriores a los eventos examinados*"[41]

[40] Doctr. causas B. 49.084, "Caccianini", sent. de 17-VI-1997, B. 53.462, "Lara", sent. de 7-V-2008.
[41] SCBA, Lara, Jorge Gabriel vs. Municipalidad de General Villegas s. Demanda contencioso administrativa; SCJ, Buenos Aires; 07/05/2008; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; B 53462; RC J 8891/10

La teoría de la imprevisión se presenta como un instituto jurídico que permite al contratista obtener una recomposición de las obligaciones o rescindir el contrato, y para su procedencia se debe dar un quebrantamiento del equilibrio contractual que tenga origen en una circunstancia económica, externa o ajena a las partes, imprevisible, en circunstancias extraordinarias que tornen muy gravosa la prestación. Sumado a ello, el contratista no debería encontrarse atrasado en la ejecución por causas atribuibles a él.

Respecto la teoría del hecho del príncipe, se trata de una técnica dirigida a remediar aquellas intervenciones de los poderes públicos que, con carácter general, afectan las condiciones de ejecución del contrato. Esto implica que son actos emanados de las autoridades públicas como tales, es decir, no en su carácter de contraparte del particular en el vínculo contractual. En efecto, frente a una medida o acto de carácter general, afectan de modo indirecto a la ejecución de determinado contrato. La característica que se suma aquí es que la medida -de carácter general- debe haber emanado de la misma esfera de poder de la autoridad contratante.

La ecuación económico-financiera equilibrada tomará un rol clave para salvaguardar los derechos de las partes y para que la continuidad contractual cumpla su rol clave: la satisfacción del interés público.

Sumado a ello, también debe tenerse presente la buena fe contractual, principio general del Derecho y que debe nutrir todas las relaciones jurídicas contractuales. Para frenar las consecuencias de un desequilibrio económico, pueden pactarse en el contrato o bien, establecerse en los respectivos pliegos, cláusulas de ajustes, redeterminaciones de precios, mayores costos, etcétera. Sin embargo, dependerá en cada caso ver si fueron previstas, en qué términos y la voluntad estatal para dar trámite a los pedidos del contratista.

En palabras del Dr. Mabromata en referencia al contrato de obra pública "*(…) Postulo la necesidad de sostener, apuntalar y desarrollar como hermenéutica de los conflictos dos instituciones esenciales de este contrato administrativo nominado: la buena fe y la equidad en la ejecución y desarrollo del contrato. Estos dos institutos sustentan axiológicamente los principios del equilibrio de la ecuación económico-obligacional del contrato y el de riesgo y ventura que contrapesa a aquél, ínsitos en toda contratación administrativa y que, justamente, son parte de la juridicidad del contrato, otorgando un abrigo conceptual al reclamo de equidad, eficiencia y publicidad que, para los contratos*

públicos, realiza la Convención Interamericana contra la Corrupción."[42]

En contextos de emergencia, es mucho más frecuente que los contratos se tornen por demás onerosos, y en este caso, sea por la pandemia del covid-19 en sí o bien, por las medidas que el Estado puede tomar como consecuencia de ella, tales como la suspensión de los plazos y procedimientos administrativos en la Provincia (hecho del príncipe), se pone en riesgo la posibilidad de cumplimiento de las prestaciones en tiempo y forma, en tanto repercute en el equilibrio contractual y en la situación patrimonial de las empresas.

La pandemia y sus consecuencias ya se han trasladado al ámbito de las contrataciones alterando el equilibrio contractual, tanto de aquellos contratos celebrados con anterioridad a la irrupción del coronavirus en nuestro país, y en curso de ejecución, como así también seguramente continuará impactando en las contrataciones que se realicen a futuro, en tanto una coyuntura de tal naturaleza atenta contra la previsibilidad que las partes puedan tener a la hora de unirse en un vínculo tal.

En este escenario, tal vez las contrataciones futuras, o las que ya se están cursando en el presente mientras transcurre esta pandemia, pueden establecer cláusulas que otorguen cierto margen de actuación por si se rompe el equilibrio contractual.

En los puntos subsiguientes se analizará la facultad de modificar o renegociar los contratos y la facultad de rescindir los mismos, en el marco de la emergencia sanitaria.

17. LA FACULTAD DE MODIFICAR O RENEGOCIAR LOS CONTRATOS EN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA

Variadas y diversas son aquellas causales que podrían romper el equilibrio contractual en la relación dada entre el Estado y el particular en el marco del Contrato de obra pública. En el caso bajo análisis, el covid-19, estimo que estamos frente a una causal de caso fortuito o fuerza mayor y que, impacta en las variaciones de precios y costos, como así también en los plazos de ejecución de las obras.

Como hemos visto, un desequilibrio contractual pone a las partes frente a dos alternativas que nos importa analizar: poder encauzar una modificación o renegociación contractual o bien, poder rescindir el contrato

[42] Mabromata, Enrique; *Jurisprudencia de la Corte en contratos de obra pública en los primeros lustros del siglo XXI*; Sup. Adm. 2010 (agosto) 229; Thomsoms Reuters; 2010; Cita Online: AR/DOC/5243/2010.

Sin embargo, la rescisión pondrá fin a la relación contractual y, para continuar la obra en cuestión será preciso llevar adelante una nueva contratación, con la consiguiente actualización del presupuesto y los tiempos que puede ocasionar.

Frente a esto, es que la emergencia también otorga la posibilidad de continuar con el Contrato con posibilidades de llevar adelante modificaciones de obra, que tengan impacto directo en el precio final de obra (mediante aumentos o reducciones de ítems) o bien, llevar adelante un procedimiento de renegociación que además implique cambios en los plazos, planes de trabajo o ritmo de obra.

La facultad de modificar o renegociar los contratos de obra pública en la Provincia de Buenos Aires, están contempladas en el Decreto N° 304/2020, conforme se analizó oportunamente, el cual contiene el "Procedimiento para la Renegociación y Rescisión de los Contratos de Obra Pública".

Es de destacar que, si efectuamos una comparación, dicho Procedimiento contiene mucha mayor regulación referente a la renegociación (cuyo procedimiento se encuentra pormenorizadamente detallado), a diferencia de las previsiones que contiene respecto a la rescisión, la cual resulta escasa.

De tal análisis es que se puede pensar o bien, que se optó por apostar a que los contratos se renegocien (y no se rescindan) o bien, que en caso de rescisión se otorga un mayor margen de maniobra y de discrecionalidad a la Administración.

En efecto, de la lectura del Decreto N° 304/2020 Anexo VI, surge que las posibilidades de modificar o renegociar los términos del contrato contemplan las siguientes:

-Suspensión total o parcial y/o adecuación de los plazos contractuales, y de los planes de trabajo.

-Modificación de obra que importe aumento, creación y/o reducción de ítems con los límites previstos en el artículo 6 inciso b) del Anexo VI del Decreto 304/2020.

-Modificación de la naturaleza del Contrato por parte de la Autoridad Contratante, por otra que resulte más conveniente a los intereses de la Provincia. Esta facultad surge del artículo 8 *in fine* de la Ley N° 14.812.

La última potestad mencionada no resulta un dato menor, fundamentalmente teniendo presente que la ley utiliza el término "naturaleza del contrato", razón por la cual

nos lleva a pensar que puede llevar adelante unilateralmente modificaciones sustanciales en el objeto del contrato, en tanto ello resulte conveniente a los intereses fiscales.

Se retomará este aspecto en el próximo capítulo del presente Trabajo, en oportunidad de evaluar la razonabilidad de las medidas a la luz de los principios de las contrataciones públicas.

La renegociación importa el ejercicio de la potestad del *ius variandi* que puede ejercer la Administración en los contratos administrativos, siendo una buena opción para solucionar los desequilibrios contractuales originados.

Sin embargo, no se trataría en este caso de una potestad de tipo unilateral y exclusiva de la Administración, en tanto para llevar adelante ciertas modificaciones o renegociación del Contrato de Obra Pública, sería necesaria la conformidad por parte del contratista.

En igual sentido, también el procedimiento de renegociación puede ser iniciado por el cocontratante, siempre y cuando las circunstancias que motivaron tal renegociación no hubieran sido provocadas dolosamente o en forma ostensiblemente negligente por la Empresa.

A fin de ilustrar cómo ha sido receptada la facultad de renegociación en la doctrina y la jurisprudencia, se analizarán criterios expuestos por el Honorable Tribunal de Cuentas y por la Suprema Corte de Buenos Aires.

Al respecto, el Tribunal de Cuentas ha dejado sentada su postura en respuesta a la consulta efectuada por la Municipalidad de Balcarce[43], relacionada con un pedido de reconocimiento de variación de precios en el marco de una licitación para una obra.

En el caso en cuestión, dado que había expirado el plazo contractual de obra, había tenido repercusión en los precios de los ítems. El Tribunal de Cuentas entiende que corresponde a las autoridades municipales evaluar la viabilidad de tal medida, debiendo justificar, en oportunidad de hacer la rendición de cuentas, que la operación no ha perjudicado los intereses de la comuna.

Sin embargo, comparte y remite al Dictamen efectuado en la materia por la Delegación de Mar del Plata, la cual expuso en su momento que es factible la aplicación

[43] Consulta HTC N° U.I 29682, de fecha 24/10/2018. Disponible para su búsqueda en https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina ingresando palabras de búsqueda “renegociación obra pública”.

de los institutos jurídicos de fuerza mayor y de teoría de la imprevisión, y en consecuencia, esos casos pueden tener solución cuando los proveedores aleguen y prueben que la ecuación contractual ha quedado desbalanceada. Y continúa: "*De esa manera las autoridades municipales podrán celebrar en esas circunstancias las renegociaciones que contemplen la revisión del precio pactado para compensar los incrementos en los insumos y mano de obra efectivamente pagados por el contratista, debiendo contar con la intervención de las áreas técnicas de la Comuna que verifiquen dichos aumentos."*

Por último, menciona que en caso de haber reajuste o renegociación, no se modifica el contrato desde su inicio, sino que solamente será materia de reajuste lo relativo al desequilibrio a futuro, por lo cual los pagos y las prestaciones realizadas con anterioridad, no deberían quedar alcanzadas por los efectos de tal acuerdo.

También corresponde mencionar que, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en una sentencia del 22/8/2018[44] en el marco de una demanda promovida por una empresa contratista, sobre la base de un contrato de obra pública que había sido renegociado, expresó: "*El incumplimiento de la Administración -que por lo demás, no ha sido acabadamente demostrado, según se dijo- no autoriza similar comportamiento al particular contratista; debe, en su caso, reclamar las compensaciones patrimoniales que correspondan según el quebranto y eventualmente la rescisión del contrato tanto en sede administrativa como en instancia judicial (cfr. causas B. 64.355, "Casa Vitale de Daraya", sent. de 4-IX-2013; B. 57.929, "Transportes y Construcciones S.A. y Sociedad Anónima de Obras y Emprendimientos Ambientales Venturino", sent. de. 18-II-2009 y B. 53.887, "Hotel Abra de la Ventana", sent. de 31-X-2007). (…) A mayor abundamiento, la actora tampoco invocó estrictamente una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito determinante del incumplimiento de la obligación asumida, hechos que constituyen un eximente específico, cuya configuración debe ser demostrada acabadamente para obviar las consecuencias de la actividad administrativa sancionatoria; no cualquier falta o confusión futura puede considerarse como tal, sólo aquellas eventualidades imprevisibles o inevitables (cfr. causa B. 64.355, "Casa Vitale de Daraya", cit.). Tiene dicho esta Corte que el contratista particular se encuentra obligado a adoptar precauciones ordinarias y asumir el riesgo empresario derivado de acontecimientos normales (cfr. causa B. 55.786, "Tidelco S.A.", sent. de 15-IX-1998). Del mismo modo, no se observa petición y*

[44] SCBA, Causa B-51429, "*Industrias Atlantic S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Demanda contencioso-administrativa*", Buenos Aires, 22/08/2018, RSD-202-18.

comprobación alguna respecto de la procedencia de otros rubros que pudieran haber sido pertinentes como los gastos improductivos en los términos del art. 55 de la ley 6.021." (El subrayado es propio).

De lo expuesto por la Suprema Corte surge que, ante acontecimientos de normalidad, el contratista debe asumir lo que se denomina el "riesgo empresario", es decir, prever ciertas consecuencias propias del alea del negocio que se trata.

Asimismo, si los acontecimientos ocurridos no fueran propios de la normalidad y representaran caso fortuito o fuerza mayor, es decir, hechos que fueran totalmente ajenos e imprevisibles para la contratista, no basta con alegarlos, sino que deben probarse.

En tal extremo, la contratista no puede hacer uso del incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe impulsar los reclamos (o recursos) administrativos pertinentes, a fin de restablecer el equilibrio contractual, o bien, impulsar una rescisión por culpa de la Administración.

Sin embargo, se puede observar aquí la exorbitancia de las facultades estatales en los contratos de obra pública, en tanto la contratista debería dejar documentado que paraliza las obras con motivo de un incumplimiento estatal que le impide proseguir con sus tareas.

Caso contrario, se puede interpretar que existió un incumplimiento de su parte, el cual motivará que deba asumir tal responsabilidad, con sus consecuencias tales como aplicación de multas, rescisión por su culpa, ejecución de las garantías contractuales, expulsión del Registro de Licitadores, reclamo de daños y perjuicios y demás sanciones que pudiera aplicar la Administración de acuerdo con lo legalmente previsto y a las cláusulas pactadas en el Contrato o establecidas en el Pliego.

A fin de complementar lo expuesto, corresponde traer a consideración el criterio expuesto por la Suprema Corte en tanto manifestó que "*La modificación de un contrato administrativo sólo puede tener lugar sobre la base de un acuerdo de voluntades. Sin embargo, la Administración -con miras a salvaguardar el interés colectivo que la contratación persigue- puede modificar motu propio el acuerdo perjudicando los derechos de su cocontratante, supuesto en el cual éste estaría facultado para promover la acción contencioso administrativa contra la resolución que los hiciere*"[45]

[45] SCBA, Causa B 49952, "Antenucci, Nicolás vs. Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s. Demanda contencioso administrativa", Buenos Aires, 22/11/1988

Respecto a la facultad de renegociación de los contratos públicos, Ismael Mata efectúa una distinción entre tal procedimiento llevado a cabo en contextos de emergencia y en contextos de normalidad, afirmando en tal sentido "*En cuanto a la renegociación de los contratos administrativos con causa en la emergencia, deben distinguirse dos etapas de acuerdo con las normas que la rigen. La primera, desenvuelta durante el tiempo de la emergencia, que tiene por objeto obtener acuerdos transitorios sobre la base del principio del sacrificio compartido, mientras que la segunda, una vez superada la emergencia, tiene por finalidad restablecer las condiciones originariamente pactadas, lo cual indica que el Estado argentino asumió el compromiso de recomponer íntegramente los términos de los contratos celebrados, compromiso que en rigor jurídico resulta de máxima, ya que nada impedía que se rediseñaran los términos contractuales, modificando la relación originaria, también sobre el principio del sacrificio compartido*".[46]

Hace lo propio Pérez Hualde, quién analiza las posibilidades de renegociación en contextos de emergencia y, si bien el citado autor efectúa su análisis sobre los contratos de servicios públicos, creo igualmente aplicables al contrato de obra pública la enumeración que efectúa sobre algunos principios que deben imperar cuando se renegocian los contratos. Ellos son: que las condiciones contractuales sean bilaterales (es decir, voluntarias, que no se impongan unilateralmente), que se retorne a las condiciones originales del contrato en cuanto sea posible, cláusula *rebus sic stantibus*, y protección constitucional del derecho de propiedad (en referencia a la remuneración).[47]

Previo a finalizar este acápite debemos mencionar el caso de la redeterminación de precios, un tema por demás latente y recurrente en la obra pública. Su consagración tiene lugar para hacer frente al alea ordinaria que acontece en los contratos y que trasuntan un desfasaje en los precios, situación que contribuye a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.

En coyunturas de emergencia y bajo economías de constante devaluación y periodos inflacionarios, puede ocurrir que el régimen previsto de redeterminaciones no guarden correlación con la realidad económica, y no resulte suficientemente idóneo para

[46] Mata, Ismael; Renegociación de contratos públicos; Ensayos de Derecho Administrativo, Revista RAP; 2011.

[47] Cfr. Pérez Hualde, Alejandro; *Reflexiones sobre renegociación de contratos de servicios públicos*; Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira; Jornadas Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

la recomposición contractual. Sin embargo, aún en este caso el contratista deberá probar que esto sucede y acreditar en qué forma o en qué porcentaje la redeterminación prevista no le resulta funcional para paliar la gravedad que atraviesa, a fin de que la Administración pueda evaluar si hace lugar a la solicitud.

La pandemia del covid-19 ha generado escenarios de incertidumbre en este aspecto, y en la Provincia de Buenos Aires ha motivado un cambio de régimen legal de redeterminación de precios.

Recientemente se ha dictado el Decreto provincial N°290/21, el cual regula los procedimientos de redeterminación de precios, derogando el anterior sistema establecido oportunamente mediante el Decreto provincial N°367 E/2017.

El actual Decreto N° 290/21 menciona en sus considerandos que el sistema de adecuaciones provisorias establecido por el Decreto precedente había demostrado agilidad, a diferencia de lo que ocurría con las redeterminaciones definitivas de precios, las cuales presentaban un cálculo por demás detallado y extenso, que dificultaba el análisis y, consecuentemente, dilataba los tiempos de aprobación, ocasionando perjuicio a ambas partes. En este punto, el Decreto trae a consideración la actual situación económica que atraviesa la Provincia, la cual se vio agravada por la pandemia del covid-19, lo que motivó la necesidad de pensar en un sistema de adecuación de precios que sea más dinámico y que posibilite la continuidad de las obras.

En el presente régimen se fija una expresión matemática compuesta por los rubros más representativos de la obra, representadas por una estructura de ponderación que se fijará en los Pliegos de Bases y Condiciones. La fórmula matemática constará de un coeficiente de ponderación (incidencia del costo del componente respectivo dentro del costo total) y de un factor de variación de precios (cociente entre el índice del mes de análisis y el índice del mes de base).

La efectiva redeterminación estará sujeta a que el contrato esté suscripto, que las obras hayan iniciado y que no existieran atrasos imputables al contratista, y se instrumentará mediante un Acta conjunta suscripta entre el comitente y la contratista.

Por último, debe destacarse que este Decreto aplicará a aquellas obras públicas regidas por la Ley N° 6021, sus modificatorias y complementarias, que presenten las ofertas a partir de su vigencia, siempre que esté contemplado en los Pliegos respectivos.

Respecto de las obras licitadas o adjudicadas antes de la vigencia del mismo, y siempre que aún no hayan iniciado las obras, podrán los contratistas acogerse al régimen en tanto presenten la respectiva adhesión prevista. Las solicitudes de redeterminación que se encuentren en trámite, continuarán rigiéndose por la normativa de origen.

18. LA FACULTAD DE RESCINDIR LOS CONTRATOS EN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA

Se analizó precedentemente la regulación existente en materia de renegociación de contratos de obra pública. Sin embargo, conforme se hubiera anticipado, la rescisión no ha sido regulada en el mismo sentido. Si bien la Ley N°14.812 menciona la competencia del Poder Ejecutivo de rescindir los contratos considerándose configurada la causal prevista en el artículo 65 de la Ley N° 6021 de obras públicas, el Anexo VI del Decreto N° 304/2020 no brinda mayores especificaciones.

Al respecto menciona la facultad rescisoria en el artículo 1°, el cual versa "*El presente procedimiento contempla la renegociación y/o rescisión de contratos de obra pública, que generen obligaciones a cargo del Estado provincial, perfeccionados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley N° 15.165, los cuales quedan sujetos a lo establecido en sus artículos 4° a 6° y a los artículos 7° y 8° de la Ley N° 14.812*" (El subrayado es propio).

De su lectura surgen las posibilidades que se tiene frente a un contrato en curso de ejecución, pero no nos otorga mayores previsiones normativas en cuanto al procedimiento a seguir para rescindir.

A su vez, en el artículo 3 se dispone que "*La renegociación deberá sustanciarse y resolverse en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días corridos, contados desde la notificación del inicio del procedimiento al cocontratante. El inicio del proceso de renegociación no obsta al ejercicio de la prerrogativa de revocar los contratos por oportunidad, mérito o conveniencia, establecida en el artículo 6° de la Ley N° 15.165, en los términos allí previstos. El mero transcurso del plazo de ciento ochenta (180) días corridos previsto en el presente artículo para resolver la renegociación del contrato sin que se haya arribado a un acuerdo, no importará una causal automática de rescisión".*

En dicho artículo se hace mención, por un lado, a la prerrogativa de revocar el contrato y por el otro, a la facultad de rescindir. Si bien no son sinónimos, los tratamos

en esta investigación bajo el mismo título en virtud de que ambos constituyen un modo de finalización "anormal" del contrato de obra pública.

En cuanto a la prerrogativa de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la Ley de Obra Pública N° 6021 no hace mención a ello, sino solamente a las causales que habilitan la rescisión contractual, regulándolas a partir del artículo 58.

En este sentido, la Ley N° 6021 establece que las causales de rescisión de pleno derecho son la quiebra, la liquidación sin quiebra y el concurso de acreedores del contratista. Seguidamente se establecen las causales de rescisión por las cuales la Provincia puede instar el trámite rescisorio (por culpa del contratista) y aquellas causales que pueden motivar la rescisión por parte del Contratista (por culpa de la Administración). Finalmente, se establece que cualquiera de las partes puede iniciar el trámite a fin de rescindir en caso de existencia y acreditación suficiente de un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito.

En virtud de la Ley N° 6021 podemos advertir dos cuestiones: por un lado, que no se contempla expresamente la facultad de revocación por oportunidad, mérito y conveniencia y, por otro lado, que sólo pareciera habilitar la rescisión unilateral del Contrato, más no contempla supuestos o posibilidades de rescisión contractual por mutuo acuerdo. A raíz de ello, es preciso investigar cómo pueden abordarse estas cuestiones en contextos de emergencia.

Respecto a la prerrogativa de revocar los contratos por oportunidad, mérito o conveniencia, la misma se encuentra prevista en la Ley N° 13.981 de Contrataciones del Sector Público Provincial, la cual dispone en su artículo 7 inciso a) que es facultad de la Autoridad Administrativa "*La prerrogativa de interpretar los contratos, revocarlos por razones de interés público, decretar su suspensión o rescisión, y determinar los efectos de éstas. El ejercicio de esta prerrogativa no generará derecho a indemnización alguna en concepto de lucro cesante*."

Si bien dicha Ley dispone que no están comprendidos dentro de la regulación los contratos de obra pública, en su artículo 27 establece que la Ley es de aplicación subsidiaria a la Ley General de Obras Públicas, razón por la cual se puede interpretar que la Ley N° 14.812 y las subsiguientes y concordantes se pueden haber inspirado en esta norma a fin de establecer expresamente esta potestad en el contrato de obra pública.

Respecto a la rescisión contractual, hemos visto que se regula la rescisión unilateral y se enumeran las causales en las cuales la Provincia tiene derecho a rescindir y aquellas en las cuales el contratista tiene derecho a rescindir.

Con respecto a ello, en la Provincia de Buenos Aires hay supuestos en los cuales la Administración tiene derecho a rescindir unilateralmente sin intimación previa al contratista, mientras que ante cualquier incumplimiento de la Administración que diera derecho al contratista a rescindir, previo a ello éste deberá intimar a la Autoridad a normalizar la situación.

Frente a tal supuesto, si bien no está contemplada expresamente en la legislación de base ni en la legislación de emergencia la facultad de rescindir por mutuo acuerdo, estimo que ello resulta viable por los motivos que a continuación se enuncian.

1)- Si bien la emergencia vigente habilita a tener por configurada la causal de caso fortuito o fuerza mayor y, en consecuencia, que el Estado pueda impulsar la rescisión contractual unilateralmente, es preciso considerar que, con mayor razón, puede admitirse una rescisión contractual por mutuo acuerdo junto al contratista.

2)- Que en caso de sostener una rescisión bilateral por mutuo acuerdo, las partes podrán acordar los términos del instrumento rescisorio, lo cual desalentará la presentación de posteriores recursos administrativos y/o reclamos judiciales por la obra rescindida.

3)- Que ante circunstancias tales como haber fracasado las propuestas de renegociación o de adecuación del Contrato destinadas a salvaguardar la ejecución y/o en caso de no mantenerse el interés público existente al momento de la contratación y/o en caso de insuficiencia de financiamiento para afrontar la recomposición del contrato, la rescisión se convertirá ineludiblemente en la opción más conveniente.

Sentado ello, entiendo que la rescisión bilateral por mutuo acuerdo del contrato de obra pública en Provincia de Buenos Aires deberá cumplir los siguientes requisitos, de conformidad con la interpretación conjunta e integrada de la normativa vigente:

1)- Contener una parte considerativa donde se expongan los antecedentes de hecho que den cuenta de los datos de la obra en cuestión y donde conste el camino que ha seguido la ejecución, deberá especificar si existieron redeterminaciones de precios, ampliaciones o suspensiones de plazos, el porcentaje de ejecución hasta el momento, y los certificados pagados a la contratista.

2)- Seguidamente exponer los antecedentes de derecho que motivan la rescisión por mutuo acuerdo. Sin perjuicio de que se tenga por configurada la causal de caso fortuito o fuerza mayor, entiendo que, por razones de transparencia, debe mencionarse por qué resulta conveniente tal decisión y por qué no pudo llevarse adelante un procedimiento de revisión o readecuación contractual que hiciera posible continuar la obra.

3)- Asimismo, deberá constar la acreditación de que existe interés público para rescindir por mutuo acuerdo, entendiendo al mismo como un legitimador por excelencia de las acciones que lleve adelante la Administración.

4)- A su vez, la rescisión por mutuo acuerdo importará que no existieron incumplimientos graves por parte del contratista, toda vez que, de haberse dado tal circunstancia, correspondería una rescisión por culpa del contratista, con la consecuente aplicación de multas y daños y perjuicios. Caso contrario, si se omitiera la sanción al contratista, acarrearía en principio, un perjuicio económico al Estado.

5)- En el expediente por medio del cual tramite la rescisión debería constar los informes técnicos elaborados por las áreas pertinentes donde consten la exposición de motivos e inconvenientes que se suscitaron en la ejecución de la obra que hubieran inspirado la rescisión por mutuo acuerdo.

6)- En la rescisión contractual, solamente se podrá contemplar indemnización por daño emergente. A modo de ejemplo, podría pactarse que la Administración debe abonar un determinado certificado a la contratista o bien, que la contratista deberá devolver a la Administración el proporcional de anticipo financiero que restare descontar de los certificados subsiguientes. Por fuera de lo que es “daño emergente” no debe pactarse ningún otro tipo de indemnización, excluyendo toda otra pretensión por valor o ganancia frustrada o pérdidas directas o indirectas, o daños y perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 14.812, Ley N° 15.165 y Decreto N° 304/2020.

7)- Siguiendo lo expuesto, las partes deberán dejar sentado que no tienen ningún otro concepto que reclamarse en virtud del acto rescisorio.

8)- Deberá instrumentarse por medio de un convenio o acta acuerdo de rescisión contractual o cualquier instrumento legal de dicha naturaleza que importe que la decisión ha sido producto de ambas voluntades, instrumento que previo a su suscripción deberá

haber sido dictaminado por los organismos de asesoramiento y control que correspondan de acuerdo con la jurisdicción en la cual se lleven adelante.

Por último, considero acertado destacar una vez más que el espíritu de las normas en contextos de emergencia apunta a paliar coyunturas difíciles que se susciten. Por esta razón habrá que prestar atención al momento en el cual se perfeccionó la contratación que se pretende rescindir con fundamento en la emergencia.

Si el contrato se perfeccionó previo a la sanción de la Ley N° 15.165, por aplicación del artículo 1 del Anexo VI del Decreto N° 304/2020 la rescisión –y por supuesto también una renegociación- podrá fundamentarse en el marco de la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos.

Si el contrato se hubiera perfeccionado con posterioridad a la sanción de dicha norma, pero sufrió desequilibrio con motivo de la pandemia del covid-19 y/o de la emergencia sanitaria, entiendo que es igualmente posible rescindirlo en el marco de dichas normas, en virtud de la interpretación integrada y concordante que las normas nos imponen.

19. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES EN MATERIA DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Los fallos que se citarán a continuación son aquellos emitidos por la Suprema Corte provincial que versen sobre distintos aspectos del contrato de obra pública sobre los cuales hemos ahondado en este capítulo, tales como renegociación, rescisión, y características de los contratos administrativos.

La búsqueda se ha efectuado sobre jurisprudencia emitida en los anteriores cinco años, y obedece a que es preciso analizar cómo resolvió la Corte, y fundamentalmente, qué criterios utilizó en sus fundamentos, teniendo presente el contexto de emergencia en materia de infraestructura que ya estaba vigente al momento del dictado de muchas sentencias que seguidamente se analizarán.

Previo a iniciar el recorrido se deberá tener en cuenta que no resulta una cuestión menor el hecho de que sean sentencias de la Suprema Corte, habida cuenta que ésta se constituye muchas veces en la instancia final de los litigios. Sentado ello, se deberá saber que los hechos que motivaron tales demandas datan de hace muchos años -es decir, que

al momento de suscitarse tales conflictos aún no estaban vigentes las emergencias que analizamos en este trabajo-.

Sin embargo, y conforme se ha enunciado, resulta insoslayable traer a consideración la doctrina más actual de la Suprema Corte en materia de contratos de obra pública, a fin de investigar más exhaustivamente el tema que nos convoca.

19.1 JURISPRUDENCIA S.C.B.A: SENTENCIAS ANALIZADAS

-Huayqui S.A. de Construcciones c/ Provincia de Buenos Aires (M.O.S.P) s/ Demanda contencioso-administrativa[48]

En el caso bajo análisis las partes se encontraban vinculadas por un contrato de obra pública tendiente a la ejecución del saneamiento de la cuenca del Arroyo Cordero. En ese marco, se aprobó por decreto una propuesta de renegociación y, posteriormente se revocó parcialmente dicho decreto original.

La actora pretende que se reestablezca el imperio del primer decreto en cuestión, y que, en consecuencia, se reconozca la utilización del índice de actualización correspondiente a febrero de 1985 para actualizar la suma reconocida por dicho decreto, con los respectivos reajustes.

En ese contexto, Huayqui S.A. (contratista) presentó ante el entonces Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, una propuesta integral en miras de culminar la ejecución de las tareas, a fin de poder dar continuidad y evitar la rescisión de la obra que se había encontrado paralizada.

En dicha propuesta se estructuraban las prestaciones a cargo de la Administración que consistían en el dictado de resoluciones para hacer lugar a reclamos por gastos improductivos y para pagos de honorarios por la autoría técnica del proyecto de la traza variante de la obra.

Conforme se hubiera mencionado, el decreto principal aceptó la propuesta de renegociación, pero al surgir diferencias en los pagos, se generaron reclamos

[48] SCBA; Causa B-52.154; "*Huayqui S.A. de Construcciones contra Provincia de Buenos Aires (M.O.S.P.). Demanda contencioso-administrativa*"; La Plata; 28-10-2015.

administrativos que culminaron en el dictado de otro decreto que vino a revocar parcialmente a aquel que había admitido la renegociación.

En defensa de la Provincia, la Fiscalía de Estado afirmó que no se encontraba obligada a aceptar la totalidad de la propuesta de renegociación, toda vez que ésta supone que las sugerencias pueden y deben ser analizadas y evaluadas por la otra parte, quien también goza de la facultad de fijar los alcances del eventual acuerdo; máxime cuando, como en el caso, se trataba de una relación contractual de derecho público en la cual la Administración goza de prerrogativas propias del régimen exorbitante necesarias para el desarrollo de sus cometidos públicos.

La Corte, a fin de resolver la cuestión, esgrime argumentos que vale la pena mencionar. Al respecto dejó sentado que "*se debe tener presente que, en el marco de la ejecución de un contrato administrativo, la cuestión debe resolverse al amparo de las normas acordadas por las partes (…) siendo en algunos supuestos a su vez aplicables por vía analógica las disposiciones del derecho privado (…) Y aún se ha expresado -para esta materia- que las pretensiones de las partes deben valorarse a la luz de lo pactado originariamente, pero considerando las incorporaciones introducidas de común acuerdo para sanear la conflictiva situación producida. Como ha afirmado el Tribunal, "el nuevo compromiso complementa el convenio primitivo, ya que ajusta las obligaciones a la realidad actual del contrato" (conf. causas B. 54.087, B. 55.175 y B. 56.706, cit.).*"[49]

A su vez afirmó que "*El suscribir un compromiso para lograr un acuerdo definitivo supone una transacción entre las partes dirigida a ajustar el desarreglo de las prestaciones contractuales (art. 1641, Cód. Civ.; conf. doct. C.S.J.N., Fallos 307:2216, Cons. 7°). Ello armoniza con la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos (C.S.J.N., Fallos 305:1011; 315:1299, entre otros), la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional (C.S.J.N., doctrina Fallos 319:2037, Cons. 15°; causa B. 55.901, "Empresa Tandil S.A.C.I.C.F."; B. 61.279, "Empresa Constructora Luis De Ángelis e hijos Sociedad de Hecho", sent. del 26-III-2014). Este Tribunal ha expresado que, tratándose de derechos disponibles, el sometimiento voluntario de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior (conf. doctrina causas B. 52.082, "I.B.M. Argentina S.A.", sent. del 15-X-1991; B. 55.729,*

[49] Punto V-2)-a); Causa B-52.154, *op. Cit*.

"Méndez", sent. del 14-IV-1998; L. 87.969, "Viejo", sent. del 8-VII-2008; B. 60.279, "Terzaghi", resol. del 16-XII-2009; B. 61.279, cit., entre otras)."[50]

Finalmente, y por los argumentos expuestos, el Máximo Tribunal rechaza la demanda, considerando que las partes se encontraban dentro de un acuerdo al cual voluntariamente se habían sometido y respecto del cual no habían efectuado reserva previa, y que la Administración no había anulado el primer decreto que reconocía la renegociación, sino que había revocado parcialmente el mismo mediante la modificación de una fórmula de liquidación de intereses, encontrándose actuando en el marco de sus facultades.

-Concivi S.A. c/ Municipalidad de La Matanza s/ Demanda contencioso-administrativa[51]

La empresa Concivi S.A promovió demanda contra la Municipalidad de La Matanza a fin de anular el decreto por medio del cual se rescindió por culpa de la contratista el contrato de obra pública que unía a las partes, solicitando se obligue a la demandada al pago de los certificados de obra pendientes a valor actualizado.

La Corte efectúa un análisis respecto de la motivación de tal decreto, aduciendo que constan como antecedentes informes técnicos y legales correspondientes, como así también la previa intervención del particular en el procedimiento administrativo.

Asimismo, realiza una valoración respecto al encuadre de la rescisión en tanto por las constancias probatorias que surgen del expediente, dan cuenta del incumplimiento en cuanto a obligaciones de cuidado, vigilancia y de conservación de la obra a cargo de la contratista, por lo cual encuadraría dentro de la causal de rescisión del artículo 60 inciso a) de la Ley N° 6021 (rescisión por grave negligencia o por contravención de las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato).

En palabras de la Suprema Corte: "*De allí que resulte legítima la rescisión del contrato dispuesta por el municipio si se ejercitó dentro del marco de los principios de*

[50] Punto V-2)-c); Causa B-52.154, *op. Cit.*
[51] SCBA, Causa B-55300; "Concivi S.A. c/ Municipalidad de La Matanza s/ Demanda contencioso administrativa"; La Plata; 27-4-2016.

legalidad y razonabilidad, habiendo definido correctamente no sólo los hechos sino también la correlativa sanción, esto es, habiendo mediado una calificación cabal del incumplimiento y un procedimiento que respete el trámite de audiencia del interesado previstos en el caso por el correspondiente pliego de bases y condiciones (doct. causas B. 51.738, "Juan Caldera y Cía. S.R.L.", sent. del 5-IX-1995 y B. 53.956, "Transportes y Construcciones Sociedad Anónima", sent. del 1-IV-1997; B. 62.123, ya citada). En el mismo sentido, recientemente ha dicho esta Corte que la rescisión de un contrato administrativo resulta ajustada a derecho: a) si de las constancias administrativas surgen informes técnicos y dictámenes legales fundados en los antecedentes de la causa; y b) si tal medida fue adoptada como culminación de un procedimiento, sin defectos de forma, en el cual tomó participación el contratista (conf. causa B. 58.903, "Jotafi Computación Interactiva S.A.", sent. del 18-VI-2014)."[52] (El subrayado es propio).

Respecto al reclamo que realiza la actora con relación al pago de certificados pendientes, sostiene el Tribunal que no corresponde hacer lugar a los mismos, toda vez que estando pendiente de determinación los gastos y daños que ocasionaron los incumplimientos, no resulta con claridad que la actora sea titular de tales acreencias.

-Municipalidad de Berazategui c/ Coviares S.A. s/ incumplimiento de contrato- daños y perjuicios. Demanda contencioso-administrativa[53]

El conflicto se suscita a raíz de un convenio celebrado en 1995 entre el Municipio y la empresa contratista para la ejecución de una obra, cuya ejecución estaba supeditada a la aprobación del proyecto por parte del Órgano de Control de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, OCRABA). A raíz de dicho convenio, el Municipio -parte actora en estas actuaciones- demanda a la empresa por incumplimiento contractual, solicitando se la obligue a ejecutar los trabajos restantes a costa de un tercero y se fije una indemnización por daños y perjuicios.

La Corte entendió que la indemnización por daños y perjuicios no resultaba procedente dado que no se tuvo por probado el incumplimiento contractual. En efecto, la

[52] Punto II. 4 de la votación; SCBA, Causa B-55.300.
[53] SCBA, Causa B-66.654, "*Municipalidad de Berazategui c/ Coviares S.A. s/ incumplimiento de contrato- daños y perjuicios. Demanda contencioso-administrativa*", La Plata, 17/10/2018.

omisión de OCRABA de omitir dar aprobación al proyecto, constituyó una falta de autorización expresa.

Asimismo, en virtud del tiempo transcurrido entre los hechos y la sentencia, la empresa contratista demandada se encontraba en concurso de acreedores, por lo que no cuenta con competencia y/o titularidad jurídica suficiente para llevar adelante la ejecución del faltante de obra.

En el presente caso, la Corte brinda pautas sobre interpretación de contratos administrativos, en tanto reconoce que "*En el mismo sentido, es doctrina reiterada de esta Suprema Corte que, si la previsión contractual ha sido concebida en términos precisos, no cabe prescindir de ello y debe aplicarse estrictamente en el sentido que resulta de su propio contenido. Por ello, en aplicación de una disposición tan clara como la cláusula tercera del convenio celebrado entre las partes donde se estableció el requisito obligatorio de la aprobación previa del proyecto a construir por parte del organismo de control interjurisdiccional, se despeja cualquier duda sobre el hecho de que la pretensión actoral carece de fundamento jurídico sobre el cual apoyarse para exigir el pago de suma alguna por tal concepto (cfr. causa B. 65.011, "Taiven S.A.", sent. de 29-III-2017). Resulta claro en este punto, pues, que, si las partes se sujetaron a un régimen jurídico, las cuestiones deben resolverse con prescindencia de disposiciones de otra naturaleza (doctr. B. 55.901, "Empresa Tandil SACICF", sent. de 17-III-2010; B. 55.300, "Concivi S.A.", sent. de 27-IV-2016; B. 48.762, "D´Anbar S.A.", sent. de 16-VIII-2017).*"[54] (El subrayado es propio).

Seguidamente afirma que "*Como tiene dicho esta Suprema Corte, en el campo de los contratos administrativos, el carácter imperativo, no disponible, de las formalidades y contenidos materiales impuestos por normas jurídico-públicas descarta la vigencia irrestricta de la autonomía de la voluntad de los contrayentes (cfr. causa C. 117.643, "Juárez", sent. de 4-III-2015). Las vicisitudes relacionadas con la falta de intervención del OCRABA, pues, importaron la alteración de las bases mismas del negocio, conocidas y presupuestas por las partes, y explicitadas detalladamente en el contenido mismo del contrato, todo lo cual tiene un impacto directo en la distribución de los riesgos del*

[54] Punto IV.5. Votación del Dr. Genoud (adherida por los demás magistrados); SCBA; Causa B-66.654; *op cit.*

acuerdo y, en definitiva, de las obligaciones de cada uno de los contrayentes (cfr. arg. Causa B. 66.998, "Covema S.A", sent. de 26-X-2016)."[55] (El subrayado es propio).

En el caso, se rechaza la demanda interpuesta por la Municipalidad de Berazategui considerando que no hubo incumplimiento contractual por la contraparte, toda vez que la ejecución del contrato se encontraba sujeta a la aprobación de un órgano externo y la misma no había sido otorgada.

-Iedidut S.A. Empresa Constructora contra Provincia de Buenos Aires sobre Demanda contencioso-administrativa[56]

En este caso, se promovió acción contra la Provincia a fin de anular resoluciones ministeriales que rechazaron el pago reclamado correspondiente a trabajos adicionales de obra pública ordenados y ejecutados.

En dicho contexto, regía el Decreto N° 3726/89 el cual posibilitaba reconocimiento de variaciones de precios a fin de paliar la hiperinflación acaecida en esos años. Por lo cual en esta sentencia se analiza si la adhesión a ese régimen, sumado a la renuncia de la parte actora a realizar reclamos judiciales respecto del contrato de obra pública rescindido por mutuo acuerdo, habilitarían la procedencia de la demanda.

A fin de entender en la cuestión la Corte expresó "(…) *no es un hecho controvertido que el decreto 3.726/89 fue suscripto con la finalidad deliberada de morigerar los efectos nocivos en materia económico-financiera derivados de la crisis hiperinflacionaria que padeció nuestro país durante el año 1989, la cual por ser de público y notorio conocimiento me exime de brindar mayores precisiones. Es decir que, el objeto del convenio así expresado es, concretamente, evitar daños derivados de la hiperinflación por entonces ocurridos a la empresa contratista, en un modo que resulte asimismo conveniente para los intereses fiscales. Con este mismo talante, este Tribunal autorizó en sucesivos pronunciamientos la revisión del dispositivo de la mecánica de ajuste de los contratos administrativos en el marco de la aplicación del decreto 3.726/89, y en tal sentido se detalló que el contrato de obra pública importa el cumplimiento de obligaciones recíprocas de las partes, donde las prestaciones deben ser equivalentes, con*

[55] Ibidem
[56] SCBA, Causa B-55.776; "Iedidut S.A. Empresa Constructora c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso-administrativa"; La Plata; 17-10-2018.

lo cual los sacrificios y ventajas de cada contratante deben presentar una adecuada proporción (…)."[57]

En el Acta convenio suscripto a fin de rescindir la obra por mutuo acuerdo, la contratista había aceptado el balance final de obra, dejando sentado que no tenía pagos pendientes que reclamar al comitente. La Corte interpreta que los pagos actualmente reclamados por trabajos adicionales no obedecer a circunstancias sobrevinientes que ocurrieron con posterioridad, sino que tienen relación y derivan de la obligación originariamente contraída -y luego rescindida-, por lo cual amerita el rechazo de la pretensión.

-Bostal, Alejandro Eduardo y otros contra Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso-administrativa[58]

Este caso se inicia a instancias de tres profesionales que reclaman el pago de sumas de dinero adeudadas por la realización del proyecto de obras de refacción y ampliación de trece escuelas de la ciudad de Bahía Blanca, bajo jurisdicción provincial.

La parte actora alega que desde la Dirección de Infraestructura Escolar dependiente de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia se los contrató a fin de realizar el proyecto sobre dichas escuelas, tratándose de una contratación directa, la cual no consta de acto administrativo ni de los pasos adecuados acordes a tal procedimiento administrativo.

En lo que respecta a la ausencia de gestión de trámite o de falta de acto administrativo, resulta para la Corte una cuestión trascendental, en tanto considera que "*La sujeción de la Administración Púbica al principio de legalidad determina que toda la actuación estatal se encuentre acorde con normas atributivas de competencia orgánica con sustento en las cuales se dictan los actos pertinentes; específicamente -para el caso- las disposiciones reglamentarias que encausan el procedimiento de selección del contratista, razón por la cual la validez y eficacia de los contratos en que interviene la Administración se supeditan al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por*

[57] Punto II.1 de la votación del Dr. Pettigiani; SCBA, Causa B-55.776*; op. Cit*.
[58] SCBA; Causa B-62954; "Bostal, Alejandro Eduardo y otros contra Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa"; La Plata; 21/11/2018.

las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación y, en suma, la ejecución del gasto público."[59]

Seguidamente también hace hincapié en que, de acuerdo con la normativa vigente, la regla indica que el proyecto para la ejecución de obras corresponde a las dependencias de la propia Administración, pudiendo sólo excepcionalmente contratarse a terceros para la confección de este cuando se trate de cuestiones complejas o que requieran determinada especialización.

Sumado a ello, también recuerda que la contratación debe ser por licitación pública través de un respectivo pliego de bases y condiciones, y solo podría recurrirse a contratación directa frente a casos excepcionalísimos y de estricta interpretación, todo ello siempre mediante el acto administrativo pertinente.

Por lo expuesto, el Tribunal considera que no ha podido demostrarse el vínculo contractual, como así tampoco que hubiera existido un beneficio para la Administración que redunde en un enriquecimiento sin causa.

A su vez, la Corte recuerda su doctrina en tanto sostiene que toda alteración de las condiciones de ejecución por circunstancias sobrevinientes, e incluso imputables a organismos administrativos, que ocasionaren un gasto no desconocido, cuyo cumplimiento resulta imperativo para los profesionales, debe ser indemnizada. Sin embargo, en este caso la actora pretendería plantear una imprevisión contractual, la cual la Corte considera que no es procedente, en tanto estos trabajos encomendados se encontraban ya plasmados en los antecedentes constitutivos de la contratación, razón por la cual la contratista ya los conocía.

Para reforzar la idea el Tribunal esgrime que "*(…) resulta claro que, si bien los términos de las especificaciones técnicas particulares no abundan en detalles respecto del tópico de marras, el modelo constructivo general y las pautas básicas que incluyeron los pliegos de bases y condiciones permitían sobradamente entender cuál era el sistema de construcción requerido, más para una empresa que se encuentra de manera habitual en el rubro y que se supone está acostumbrada a la realización de este tipo de obras y contrataciones con el Estado. Tal como apunta la demandada, en efecto, de poseer algún tipo de duda al respecto, la actora debió evacuar su consulta* ***de manera previa*** *por los*

[59] Punto II.1 del Voto del Dr. de Lázzari; SCBA, Causa B-62954; *op. Cit*.

carriles procedimentales específicamente previstos para este caso en la normativa que rigió la licitación pública y la adjudicación final de la obra. (…) Al no obrar de ese modo y adherir a los términos contractuales que luego impugnó, la actora no observó la conducta debida, por lo cual no cabe excluirlo de la carga de soportar los daños de su imprevisión (cfr. arts. 512, 902 y 929 del -por entonces vigente- Cód. Civ.; asimismo, CSJN, Fallos: 314:491 y 319:2037, cit.). Ello armoniza con la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos (cfr. causas B. 65.011, "Taivén S.A.", sent. de 29-III-2017; B. 64.44, "Automatizaciones del Sur S.A.", sent. de 4-V-2016; B. 53.706, "Electromecánicos Asociados S.R.L.", sent. de 11-XI-2015, e.o.), la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional." (El subrayado es propio).[60]

En atención a ello, y teniendo presente el principio de buena fe que rige los contratos, así como la necesidad de obrar con previsión en la contratación administrativa, la Suprema Corte rechaza la demanda planteada.

19.2 JURISPRUDENCIA S.C.B.A: CONCLUSIONES

De las sentencias analizadas se pueden extraer ciertos lineamientos aplicables a este trabajo que complementan y refuerzan los temas que se han analizado hasta el momento, los cuales se enunciarán a continuación.

-La renegociación resulta un camino útil frente a circunstancias que alteren las condiciones originarias del contrato celebrado, y se realiza en miras a mantener la continuidad contractual, que resulta indispensable para satisfacer los cometidos públicos.

-En el procedimiento de renegociación debe primar, al igual que en todo tipo de contratación, el principio de la buena fe contractual, lo que deriva en que las partes queden sometidas y ajustadas a las cláusulas que ellas mismas pactaron, no pudiendo eludir su cumplimiento.

-La rescisión contractual -unilateral- resulta legítima si obedece a los principios de legalidad y razonabilidad, esto es, si puede encuadrar dentro de los parámetros legales

[60] Punto III.1 de la votación del Dr. Pettigiani; SCBA, Causa B-55.776*; op. Cit.*

o contractuales que establecen las causales rescisorias, y si constan los informes técnicos y legales pertinentes que se constituyan como antecedentes que motiven tal decisión, resultando un plus que el contratista hubiera tomado intervención en el procedimiento que culmina con el dictado del acto administrativo rescisorio.

-La rescisión contractual -por mutuo acuerdo- opera como un camino viable para cuidar los intereses económicos de ambas partes, en contextos de dificultades financieras, tales como la hiperinflación, en el fallo analizado, a efectos de paliar el desequilibrio económico de la relación contractual. Sin embargo, implica también que las partes realicen un balance final de obra, a fin de evitar reclamar con posterioridad aquellos hechos que se conocían al momento de suscribir una rescisión por mutuo acuerdo.

-El contrato administrativo celebrado respetando normas de derecho público, implica sujetarse a lo pactado, y si de los términos del contrato surge alguna condición previamente conocida que pudiera alterarlo, las partes deben distribuir el riesgo de dichas cargas.

20. COMISIÓN BICAMERAL DE SEGUIMIENTO, FISCALIZACION Y CONTROL PARA LA EMERGENCIA

La Ley N° 15.165 dispone en su artículo 28 la Creación de una Comisión Bicameral de Seguimiento, Fiscalización y Control para la Emergencia en el ámbito de la Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.

Funciona como una comisión veedora y de control de la emergencia provincial, teniendo facultades también para llevar adelante recomendaciones.

La Comisión debe ser informada por el Poder Ejecutivo respecto de las medidas que se toman en el contexto de emergencia, mediante la presentación de informes que sistematicen tal información.

Por tal motivo se analizarán aquellos informes que se hubieran emitido con posterioridad a la emergencia sanitaria, a fin de detectar aspectos vinculados a las obras en relación con la pandemia del covid-19.

20.1. Segundo Informe para la Comisión Bicameral- abril del 2020

El Informe presentado en abril del 2020, da cuenta de que se estaba ante el inicio de la emergencia sanitaria y, frente a ello, se plasmaba el plan de acción a seguir orientado principalmente a reforzar el sistema sanitario, adquiriendo los insumos necesarios y ejecutando las obras tendientes a tal fin.

De la lectura del informe surge que se planificaron obras de infraestructura en hospitales para dotar de capacidad de atención a los centros de salud[61], así como también se definió la priorización de aquellas obras destinadas a garantizar el acceso a los servicios básicos a la población, tales como obras hidráulicas, de electricidad y de provisión de agua potable.[62]

A su vez, se consideraron de carácter ininterrumpible las obras de infraestructura escolar, por lo cual se aseguró la continuidad de la ejecución de estas, y la apertura de nuevos procedimientos de contratación, aunque las escuelas permanecieran cerradas y no se dictaren clases presenciales durante el 2020.[63]

En la misma línea de continuidad de las obras, se estableció en el informe que se reanudaron obras que se encontraban paralizadas[64], ya sea para ampliación de obra existente o construcción de nuevos centros de salud.

20.2. Tercer informe para la Comisión Bicameral- julio de 2020

El informe mantiene una estructura similar al anterior, plasmando datos más pormenorizados referentes a las obras que se ejecutaron y las que restan sobre infraestructura hospitalaria.[65]

Por su parte, entre las medidas implementadas a cargo del Organismo Provincial para la Integración Social y Urbana se destacó que "*En coordinación con el Ministerio de Infraestructura se reactivaron obras que se encontraban suspendidas por falta de*

[61] Conf. Punto 3 del título "Ministerio de Salud" del "Segundo Informe", al que se puede acceder a través de https://www.gba.gob.ar/segundoinformebicameral Fecha de consulta 15/3/2021.
[62] Conf. Punto 2 del título "Organismo Provincial de Integración Social y Urbana (OPISU) del "Segundo Informe", *op. cit*.
[63] Conf. Punto 4 del título "Dirección General de Cultura y Educación" del "Segundo Informe", *op. Cit*.
[64] Conf. Punto 1 del título "Subsecretaría de Obras Públicas" del "Segundo Informe, *op. Cit*.
[65] Conf. Punto 4 del título "Ministerio de Salud" del "Tercer Informe", al que se puede acceder a través de https://www.gba.gob.ar/tercerinformebicameral Fecha de consulta 15/3/2021.

pago desde agosto de 2019. En este marco se trabajó para el rediseño de proyectos que presentaban dificultades para la ejecución, así como en nuevas obras que buscan abordar el déficit de infraestructura en barrios populares."[66]

Asimismo, también se contempla en el referido informe la reactivación de obras de infraestructura escolar que se encontraban suspendidas o paralizadas, como así también la reanudación de obras de vivienda que habían sido paralizadas con motivo del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

20.3. Cuarto informe para la Comisión Bicameral- octubre de 2020

En el presente informe se detallan también las obras de infraestructura sanitaria impulsadas para hacer frente a la emergencia sanitaria, disponiendo en este sentido que "*Se evaluaron, además, las obras que se encontraban sin terminar y habían sido solicitadas. A partir de dichos datos se realizó un listado de necesidades priorizadas con criterios de porcentajes de obra realizada, característica de criticidad del servicio y ubicación de la misma sin otra alternativa cercana. Ello permitió coordinar con el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos la negociación con las empresas para retomar y culminar las obras en cuestión.*"[67]

De los informes citados surge el impacto que ha tenido la emergencia sanitaria en las obras públicas, tanto en la necesidad de priorizar aquellas que urgían en el primer momento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, como así también da cuenta de las estrategias que debieron utilizarse a fin de reactivar aquellas que estaban neutralizadas por falta de pago o bien, que habían suspendido su ejecución en virtud del aislamiento.

[66] Conf. Punto 2 del título "Organismo Provincial de integración Social y Urbana" del "Tercer Informe", *op. Cit*.
[67] Conf. Punto 2 del título "Ministerio de Salud" del "Cuarto Informe", al que se puede acceder a través de https://www.gba.gob.ar/cuartoinformebicameral Fecha de consulta 15/3/2021.

20.4. Quinto informe para la Comisión Bicameral- diciembre de 2020

El quinto informe dirigido a la Comisión brinda datos acerca de las obras de infraestructura sanitaria, al mismo tiempo que enumera los Planes bonaerenses creados a efectos de poner en marcha las obras necesarias para el desarrollo.

Bajo esa línea sostiene que "*En cuanto a la lucha contra el COVID-19, se finalizaron las 125 obras de infraestructura sanitaria que se encontraban paralizadas al inicio de la gestión (hospitales, guardias, centros de atención primaria de la salud)*"[68]

En referencia a los Planes, menciona el "Plan Bonaerense de Infraestructura y Obra Pública", contemplando obras de diversa naturaleza y el "Fondo de Infraestructura Municipal", a la vez que se continuaron realizando obras en escuelas mediante el "Programa Especial de Emergencia Educativa", contemplando obras finalizadas y en ejecución. Asimismo, menciona el Plan Bonaerense de Suelo, Vivienda y Hábitat destinado a construcción de nuevas viviendas y a reactivación de obras de vivienda paralizadas.

20.5. Sexto informe para la Comisión Bicameral- marzo de 2021

El sexto informe que se presenta ante la Comisión busca elaborar un balance del primer año de gestión y pandemia. Bajo el mismo lineamiento que los Informes anteriores, brinda datos de las obras ejecutadas y en proceso de contratación, brinda datos presupuestarios y de programas bajo los cuales se implementan.

Un aspecto para destacar que no se encuentra en los informes anteriores es que plantea en forma directa una relación estrecha entre la pandemia y las emergencias existentes anteriormente que se prorrogaron, y aquellas emergencias nuevas declaradas en la Provincia.

El informe da cuenta de que la pandemia ha resultado un motivo para la constitución de tales emergencias, en tanto afirma que *"Luego de la aprobación por unanimidad por parte de ambas cámaras, la nueva gestión comenzó su mandato bajo las emergencias en materia económica, productiva, social, energética, administrativa y tecnológica, en seguridad pública, política y salud penitenciaria y en infraestructura y servicios públicos. Estas emergencias, de acuerdo a la normativa vigente, han sido*

[68] Conf. Presentación del Quinto Informe, al que se puede acceder a través de https://www.gba.gob.ar/quintoinformebicameral Fecha de consulta: 18/5/2021.

prorrogadas para que se mantengan a lo largo del año 2021, en virtud de la difícil situación que vive la provincia en el contexto de pandemia.''[69]

21. REFLEXIONES FINALES

Hemos visto de qué manera la emergencia sanitaria originó en nuestro país la irrupción de un nuevo ordenamiento jurídico, el cual regula en distintos aspectos las contrataciones públicas en el actual contexto de excepcionalidad.

Ocurre que, con motivo de la emergencia sanitaria, deviene urgente e imprescindible la contratación de bienes, servicios y obras públicas que coadyuven a atender las consecuencias de la pandemia.

Si se pretendiera hacer un recuento detallado de la normativa vigente en materia de covid-19 resultaría inabarcable, en tanto desde marzo del 2020 en adelante se han dictado numerosos decretos, decisiones administrativas, resoluciones, disposiciones, y todo tipo de normativa emanada de las distintas reparticiones de la Administración.

Sumado a ello, también cada provincia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios tienen también normas dictadas en el ámbito de sus competencias para aplicar a sus jurisdicciones.

En tal lineamiento, se ha hecho mención del régimen imperante en la órbita nacional, como así también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entendiendo que la comparación entre estos sistemas nos puede orientar hacia una mejor comprensión de la situación de la Provincia.

A su vez, se abarcó en detalle el análisis de las normas de emergencia de la Provincia de Buenos Aires que repercutan en los contratos públicos en general y en el contrato de obra pública en particular.

Debe destacarse que ya la norma general o "base" reguladora de las obras públicas (Ley N° 6021 en Provincia de Buenos Aires), contenía disposiciones referentes al procedimiento de selección del contratista e incluso, prevén los supuestos de excepción

[69] Conf. Punto 3 de la Presentación del Sexto Informe, al que se puede acceder a través de https://www.gba.gob.ar/static/jefatura/Informes_bicamerales/Sexto_Informe_para_la_Comision_Bicameral.pdf Fecha de consulta: 18/5/2021.

mediante los cuales es posible dejar de lado el procedimiento de licitación pública y optar por otro más apropiado para las circunstancias de urgencia.

Más allá de esto, el propio Decreto N° 132/2020 de emergencia sanitaria facultó al Ministerio de Salud a disponer las medidas necesarias para cubrir eficientemente la prestación del servicio de salud, facultándolo a resolver la contratación de personal temporario, en el marco de la emergencia declarada por la Ley N° 15.165.

Al mismo tiempo estableció que todos los procedimientos de contratación de bienes y de servicios, propiciados y llevados a cabo por los Ministerios de Salud y de Desarrollo de la Comunidad, deberán tramitar con especial y prioritario despacho.

Sin embargo, las obras públicas no han tenido en el ámbito de la Provincia la sanción de una ley especial de emergencia que prevea sus efectos y consecuencias ocasionadas por la emergencia sanitaria. No obstante ello, se ha puesto de manifiesto en este capítulo cómo ambas emergencias están estrechamente vinculadas y, en caso de ser necesaria la contratación de una obra tendiente a dar respuesta a la pandemia, se podrá igualmente contratar a través de un mecanismo de excepción previsto o bien, por la propia Ley N° 6021, o bien, por la Ley N° 14.812.

Consideración similar merece el procedimiento de renegociación y rescisión de dichos Contratos, el cual fue oportunamente tratado, en tanto muchos contratos se podrían ver afectados por la pandemia y por las medidas de aislamiento que se han tomado en tal coyuntura.

Tal como se desarrolló Ut. Supra, la última prórroga de la Ley N° 14.812 y de la Ley N° 15.165 estuvo dada por el Decreto N° 1176/2020, el cual menciona en sus considerandos que hay una situación de emergencia y crisis que aún subsiste y, parte de esa crisis actual está relacionada con la pandemia.

La vinculación entre las emergencias descriptas resulta evidente, y frente a la sobreabundancia normativa en la materia, será preciso trabajar sobre los principios rectores de las contrataciones públicas, los cuales se constituyen siempre en un norte a seguir, y serán los que en definitiva orienten hacia la solución más conveniente y transparente aún en situaciones de emergencias, razón por la cual será trabajo en el próximo capitulo.

PARTE II: LOS PRINCIPIOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

SUMARIO. 1) Introducción 2) La consagración de los principios en los Tratados Internacionales. 3) El principio de razonabilidad. 4) El principio de concurrencia. 5) El principio de igualdad. 6) El principio de publicidad. 7) El principio de seguridad jurídica. 8) La recepción de los principios en la normativa provincial. 9) Los principios en la ejecución del contrato de obra pública. 10) Mecanismos para resguardar los principios en la emergencia sanitaria. 11) Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha analizado a la emergencia como el instituto por excelencia utilizado en nuestro país para hacer frente a circunstancias extraordinarias. Aún en épocas difíciles, en las cuales se requieran medidas que restrinjan derechos individuales, deben respetarse determinados requisitos constitucionales: de legalidad, de temporalidad y de razonabilidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2 establece que "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*".

El Derecho reconoce y da vital importancia a los principios y valores jurídicos, los cuales podrán surgir de forma explícita, de la literalidad de la norma, o bien, en forma implícita, en un espectro de mayor indeterminación y abstracción, pero encontrándose igualmente vigentes.

Los principios constituyen criterios fundamentales que el derecho, en sus diversas expresiones, nos otorga y de los cuales se nutre para dotar de un sentido de justicia a las normas. Son soportes primarios y reglas generales que sustentan el ordenamiento jurídico aplicable.

"*Se trata de auténticos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos*

normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración".[70] Lo fundamental será que dicho ordenamiento siempre sea interpretado bajo estricto respeto de estos.

En el Derecho Administrativo hablamos a menudo de los principios que debe respetar el procedimiento administrativo, tales como juridicidad, oficialidad, verdad material, informalismo en favor del administrado, debido procedimiento, celeridad, sencillez, economía y eficiencia. Tales principios deberán estar presentes en todos los trámites que obren en las actuaciones de la Administración.

Junto con ellos, también debemos mencionar a los principios propios y específicos de las contrataciones estatales, tales como el de concurrencia, publicidad e igualdad, los cuales serán objeto de este capítulo.

La mención de estos principios no se configura como excluyente de otros que puedan surgir de las normas o de la naturaleza contractual, sino que se plantean de este modo para otorgar cierta delimitación en el análisis, teniendo en cuenta que son los principios comunes a toda contratación, en tanto su respeto dotará al contrato de transparencia propia.

En el campo de las contrataciones estatales, configurada legalmente una situación de emergencia, se deberá poner el foco aún más en el respeto por los principios de las contrataciones públicas. Si bien una norma sancionada en tal sentido puede modificar o alterar el sistema imperante, no podrá jamás alterar la esencia de dichos principios o valores jurídicos rectores.

Como bien afirma Dromi "*A raíz de preservar las relaciones contractuales ante las situaciones caóticas y dar respuesta a las realidades económica, financiera, administrativa y social, se necesita una actualización y jerarquización de los valores, una cierta axiología administrativa a ser tenida en cuenta de modo especial en la emergencia. Estos valores son la razonabilidad, la buena fe, la transparencia, la equidad y la solidaridad, siempre bajo el alcance del control administrativo*"[71]

Sin perjuicio de que, en general, los sistemas de contrataciones presentan deficiencias aún durante períodos fuera de un contexto de emergencia, es en este tipo de

[70] Delpiazzo, Carlos E.; "*Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa*" en "Anuario de Derecho Administrativo"; Fundación de Cultura Universitaria; 2006.
[71] Dromi, Roberto; *Licitación Pública*; Ciudad Argentina; 5ta Edición actualizada; Buenos Aires; 2017.

situaciones donde más aún puede haber una tendencia a la manipulación de información, el uso de presupuestos extraordinarios de forma indebida o el seguimiento de procedimientos de forma deficiente. Cuando estas circunstancias ocurren y no atienden a las finalidades originales que se tuvieron en mira al prever las excepciones, se vulneran los derechos de la ciudadanía.

En este tramo investigativo, nos dedicaremos a estudiar los principios imperantes en la obra pública de la Provincia de Buenos Aires, atendiendo a la manera en que las normas de emergencia estudiadas precedentemente los han receptado.

De esta manera se hará un abordaje teórico y práctico de la cuestión, para estudiar las consecuencias derivadas del covid-19 a la luz de tales principios.

2. LA CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El contrato de obra pública, al igual que todo tipo de contratación que impulse el Estado, se encuentra sujeto a aquellos principios rectores derivados de normas supranacionales, las cuales es preciso mencionar porque inspiran y obligan al derecho local a adaptarse a los lineamientos que proponen.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) han sido aprobadas por la República Argentina a través de las Leyes N° 26.097 y N° 24.759, respectivamente.

Otorgan un marco para establecer los parámetros de actuación estatal transparente, a fin de prevenir y erradicar prácticas corruptas mediante la cooperación internacional y el compromiso de los Estados Parte de llevar adelante las medidas necesarias para el cumplimiento de tales fines en sus respectivas jurisdicciones.

En ese contexto, es que resultan instrumentos insoslayables a la hora de hablar de contratación pública, en tanto fijan reglas rectoras que deberán aplicarse y mantenerse aún en contextos de emergencia.

La CNUCC fija como medida preventiva, la obligación de cada Estado Parte de formular o mantener aquellas políticas que promuevan la participación de la sociedad y que reflejen los principios de imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y de los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

En virtud de ello, en su artículo 9 inciso 1) establece que cada Estado Parte, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, deberán abordar:

- La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones y adjudicación, a fin de que los potenciales licitadores dispongan de tiempo suficiente para preparar sus ofertas.

- La formulación previa de las condiciones de participación, que incluyan criterios de selección y de adjudicación, y las reglas de licitación, así como su publicación.

- La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.

- Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos.

- Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Por su parte, la CICC también establece como medida preventiva contra la corrupción la necesidad de la adopción por parte de los Estados, de políticas y medidas para crear, mantener y fortalecer "*Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas*."[72]

[72] Artículo III inciso 5) Convención Interamericana contra la Corrupción

3. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Nuestra Constitución Nacional en sus artículos 14 y 28 fijan el principio de razonabilidad, en tanto dispone la facultad de reglamentación de los derechos individuales, siempre y cuando no se altere la sustancia de tales derechos.

De este modo, se entiende que las reglamentaciones, tanto legislativas respecto de los derechos y garantías constitucionales, como del Poder Ejecutivo a través de los decretos reglamentarios de las leyes, deberán ser razonables, fijándole limitaciones que sean adecuadas al espíritu, a la finalidad y a la letra de las normas y de los derechos que reglamenten.

Siguiendo a Estela Sacristán[73], la razonabilidad opera como límite a la discrecionalidad del legislador en sentido amplio y, de ello deriva que también podría operar como un requisito para las políticas públicas, esto es, exigir razonabilidad en todo acto emanado de órganos estatales.

Bajo este argumento, recalca en la importancia del control judicial de esta razonabilidad y realiza un recorrido por criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableciendo diferentes sentidos -operaciones mentales- que se le puede dar al control de la razonabilidad, entre ellos: proteger el contenido esencial del derecho, otorgar una protección o garantía mínima, evaluar costos y beneficios, hacer un balance, restringir con miras a un interés público o bien, excluir la ilegalidad o irrazonabilidad. Quiere decir que la prueba de razonabilidad en el control judicial trasunta a varias categorías y dependerá su evaluación del caso concreto pero con ponderación de tales extremos.

En contextos de emergencia se suma un elemento adicional, dado que se requiere que los medios elegidos para superar la emergencia sean proporcionados al fin que se persiga. Ni la emergencia, ni las medidas que en su consecuencia se disponen, se encuentran por encima de la Constitución. Para garantizar ello será imprescindible la intervención del órgano legislativo de gobierno como así también el control judicial que eventualmente se lleve a cabo en una instancia posterior.

[73] Cfr. Sacristán, Estela B.; "*Control de razonabilidad en Argentina (en especial, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*" en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública"; Rap; Buenos Aires; 2019; N° 485.

Ricardo Haro efectúa una doble distinción respecto de la interpretación de la razonabilidad, y en este sentido afirma "*Podemos destacar un aspecto objetivo de la razonabilidad, que surge notablemente del mero contraste de la norma y el hecho, de su simple cotejo. Mientras que el aspecto subjetivo de la razonabilidad es cuando ésta resulta como conclusión de un proceso de interpretación, fruto de ponderaciones y meritaciones que realiza el Juez, inspirado en los valores o principios que informen su conciencia jurídica y atendiendo a las circunstancias que connotan los hechos*".[74]

Asimismo, afirma Sabsay que "*Los derechos son límites a la actividad estatal. Pero ellos, a su vez, pueden ser objeto de restricciones por la ley que los reglamenta; claro que estos deben ser razonables. El Legislativo no debe extralimitarse so pretexto de reglamentación. Ello lleva a la aparición de casos dudosos. Así surge el principio de proporcionalidad. La tensión entre medios y fines exige para su interpretación de un examen de proporcionalidad. El principio de razonabilidad impone que exista una proporcionalidad entre medios y fines que permitan alcanzar a estos últimos. Este principio implica que el medio elegido para alcanzar un fin determinado debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin y que por ende no lo deberá contradecir en ninguna circunstancia, pues en tal caso estaría alterando la esencia del derecho que se pretende proteger. En efecto, se debe velar para que exista "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder. Así surge del artículo 28 de la Constitución Nacional donde dice que "los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", donde alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad, así como también la ausencia del valor justicia que debe actuar como guía en el establecimiento de este vínculo de proporcionalidad."*[75]

Dar tratamiento al principio de razonabilidad importará, dado que su respeto será determinante de la legitimidad del accionar del Estado, constituyéndose, por un lado, en un parámetro válido para ejercicio del control de constitucionalidad y por el otro, como una necesidad imperiosa de motivación de las normas y/o actos administrativos dictados en contextos de emergencia.

[74] Haro, Ricardo; *La razonabilidad y las funciones de control*; Ius et Praxis [online]. 2001, vol.7, n.2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200008

[75] Sabsay, Daniel A.; *El impacto de la pandemia sobre los derechos y las instituciones*; Temas de Derecho Administrativo; Erreius; Buenos Aires; 2020.

Cuando se refiere a motivación, se debe pensar en mucho más que "motivos", dado que la primera implica exteriorización de los segundos, de ahí la importancia y la obligación -como elemento esencial de todo acto administrativo- de encontrarse debidamente motivado. Los motivos, o las razones, deberán ser siempre exteriorizados, susceptibles de ser controlados, fundamentalmente y con mayor refuerzo cuando nos encontramos frente a facultades mayormente discrecionales, todo ello bajo pena de caer en la arbitrariedad.

Por supuesto que la exteriorización de motivos no será *per se* garantía de razonabilidad, pero sí creo pertinente aseverar que no es posible pensar en un acto razonable si no se encuentra motivado, por lo que no resulta preciso escindirlos, en tanto a uno se lo entiende como requisito o presupuesto del otro.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que "*Empero, el principio de razonabilidad marca el límite al que se halla sometido para su validez constitucional el ejercicio de la potestad pública y reclama la existencia de circunstancias justificantes, fin público, adecuación a él del medio utilizado para su obtención y ausencia de inequidad manifiesta (conf. doctr. causas I. 2026, "Busada", sent. De 10-V-2000; I. 2110, "Iriarte Mandoz", sent. de 6-X-2004; I. 2260, "F.E.B.", sent. De 27-II-2008; I. 2175, "Torregrosa Lastra", Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires I-74078-17- sent. de 15-XII-2010; I. 2522, "Mendivid", sent. de 21-IX-2011; I. 2445, "Lunghi", sent. de 2-X-2012; I. 2888, "Chicote"; sent. de 12-VI-2013; entre muchas otras). Así, las limitaciones a los derechos han de basarse en la razón y no ser arbitrarias ni caprichosas, vale decir, que deberán estar impuestas por la necesidad y proporcionadas al fin propuesto (doctr. causas I.3353, "Valentín", sent. de 30-XI-2011 e I. 3552, "Salvemini", sent. de 21-XII-2012)*"[76]

En nuestro campo de análisis, será preciso hacer una mención a la forma en que tratan las normas descriptas al principio de razonabilidad, pero el objetivo central consistirá en evaluar y, eventualmente, fijar parámetros para que los procedimientos administrativos pertinentes que deban llevarse a cabo a la hora de contratar una obra pública en la Provincia respeten este principio.

[76] SCBA, Causa I-74078*, "Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales contra Municipalidad de General Alvarado sobre Inconstitucionalidad Ordenanza 220/15*", La Plata, 19/09/2018.

Al respecto, corresponde citar lo dispuesto por la Ley Nacional N° 25.188, Ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública, aplicable a todos los funcionarios y empleados del Estado, la cual nos brinda pautas de actuación a seguir en procedimientos de contrataciones.

En su artículo 2 fija los deberes y pautas de comportamiento a adoptarse mencionando en su inciso h) "*Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad*".

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires podemos citar la Ley N° 13.981 de Contrataciones del Estado, la cual establece en su artículo 3 que "*Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones de la totalidad del Sector Público Provincial y de los Poderes Legislativo y Judicial, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas y los objetivos de la Ley N° 13.767 y modificatorias, serán los de razonabilidad, publicidad, concurrencia, libre competencia, igualdad, economía y transparencia. Los principios expuestos servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse*."

Debe tenerse en cuenta que la citada Ley establece expresamente dentro de los contratos no comprendidos a los contratos de obra pública. Sin embargo, creo pertinente citar la recepción de los principios de las contrataciones en el ámbito provincial.

La ley de emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, originariamente sancionada como Ley N° 14.812, la cual ha sido modificada y prorrogada a través de la Ley N° 15.165 y reglamentada por el Decreto N° 304/2020, vigentes todas ellas en la actualidad en virtud del Decreto N° 1176/20, han receptado algunos parámetros sobre el principio de razonabilidad, los cuales se enumeran a continuación.

-La Ley N° 14.812 dispone en sus fundamentos que "*Tal declaración tiene por finalidad resolver una situación de índole coyuntural en la materia señalada a la que se debe dar urgente respuesta, brindar primordial atención y destinar los recursos pertinentes. Esto, a fin de acercar a los habitantes de la Provincia las soluciones que demandan, dando cumplimiento al mandato constitucional de promover el bienestar general. La necesidad de realizar con la mayor premura posible obras de infraestructura*

y servicios públicos (saneamiento, viales, hídricas, edilicias, etcétera) resulta de toda evidencia. Esta situación crítica justifica la adopción de un conjunto de medidas tendientes a agilizar los procedimientos administrativos que confluyen a dar respuesta a la misma."

-La Ley N° 15.165 también realiza un desarrollo del principio de razonabilidad en sus fundamentos, disponiendo que la norma cumple con los estándares jurisprudenciales en materia de emergencia toda vez que existe una situación de emergencia definida por el legislador, tiene por finalidad proteger intereses generales, las medidas son razonables y tienen limitación de plazo de vigencia. Finalmente da cierre a los fundamentos exponiendo que "*Es evidente, por otra parte, que las medidas que se proponen obedecen a un propósito de justicia, resultando razonables las restricciones que eventualmente, pudieran imponerse, en función de la entidad de la crisis que busca superarse*".

-El Decreto N° 1176/2020 por medio del cual se efectuó la última prórroga de la Ley de emergencia N° 14.812 manifiesta que subsisten las causales que motivaron dicha emergencia, sumado a la pandemia por covid-19, por lo cual deviene imprescindible mantener las medidas oportunamente tomadas para afrontar la emergencia.

-El Decreto N° 132/2020 a través del cual se declaró originariamente la emergencia sanitaria en la Provincia se fundamentó principalmente en la situación epidemiológica vigente y en el consecuente riesgo de rápida propagación y contagio, lo cual motivó la adopción de medidas tales como la suspensión de cualquier tipo de evento o aglomeración que impliquen concurrencia de personas, así como la instrucción a diferentes Reparticiones a realizar contrataciones y adoptar medidas para mitigar las consecuencias de la pandemia.

-La Ley N° 15.174 reviste en este acápite sumo interés dado que, si bien la primera emergencia sanitaria en la Provincia a causa del covid-19 fue declarada mediante Decreto del Poder Ejecutivo Provincial, la presente ley viene a ratificar dicho decreto, dando cumplimiento al principio de razonabilidad. Ello resulta así por no poder prescindir de la intervención del órgano deliberativo de gobierno en circunstancias como estas, en virtud de que toda declaración de emergencia conlleva una potencial adopción de medidas que restrinjan o afecten derechos individuales. En los fundamentos de dicha Ley se indica: "*En el presente proyecto de ley, se somete a consideración de los legisladores y legisladoras un conjunto de normas dictadas en el contexto de la emergencia antes*

detallada, a efectos de su consideración y eventual ratificación, contemplando, al mismo tiempo, un marco normativo de actuación, por parte del Poder Ejecutivo, mientras permanezca vigente la emergencia declarada, en atención a la urgencia e inmediatez que demanda la adopción de las medidas previstas para superar el estado excepcional. Asimismo, además de las medidas referenciadas, a efectos de evitar la propagación del nuevo coronavirus y ejercer adecuadamente las funciones a cargo del Poder Ejecutivo, deviene necesario atender las consecuencias económicas y sociales que se manifiestan en este contexto, teniendo presente el agravamiento de la situación que justificara oportunamente la declaración de emergencia social, económica, productiva y energética y de los contratos del sector público, mediante la Ley № 15.165."[77]

Las normas sancionadas a raíz de la emergencia han realizado una fundamentación tendiente a demostrar que la adopción de las medidas propiciadas eran las razonables en atención a los contextos que se desarrollaban.

Sin embargo, además de ser necesaria la motivación en la sanción de leyes o en los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo también resultará fundamental sentar algunas pautas para que todos los actos administrativos que se dicten relativos a las obras públicas en el ámbito provincial cumplan con el principio de la razonabilidad.

En este sentido, al momento de contratar una obra pública mediante un procedimiento de excepción, no alcanzará solamente con mencionar las normas de emergencia, sino que además deberá haber un encuadre aún mayor que acredite que esa obra pública es indispensable contratarla de dicho modo, de manera tal que la urgencia no permita admitir demoras en el procedimiento de contratación.

Todo ello implica que debe existir una relación lógica y proporcionada entre los antecedentes y el resultado, entre el objeto del contrato y el fin público que se busca, circunstancia que dotará de mayor seguridad jurídica a la relación contractual encuadrándola en motivación, proporcionalidad y causalidad.

Aun debiéndose contratar una obra pública que permita dar respuesta parcial a los efectos adversos de la pandemia, se deberá garantizar que el procedimiento se desarrolle en forma igualmente transparente y que el acto de contratación y/o adjudicación no deje

[77] "Fundamentos", Ley N° 15.174 disponible en https://normas.gba.gob.ar/documentos/ByzPY6Ue.html

dudas de que dicho modo de contratación es el que resulta más razonable con relación a los tiempos, costos y urgencia de la obra.

4. EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA

El principio de concurrencia resulta propio de la esencia de la contratación estatal, su importancia radica en tanto es un principio que responde a la idea de procedimiento de selección, en tanto busca promover la mayor participación posible de oferentes, a fin de obtener la oferta más conveniente.

De este modo constituye una doble garantía, por un lado, para el particular dado que acerca su voluntad de ser contraparte de la Administración en una relación contractual y, por otro lado, también es un principio que busca dejar a resguardo el interés público que existe cuando se requiere contratar una obra pública.

La Ley N° 6021 de Obras Públicas de la Provincia, además de establecer a la licitación pública como el procedimiento de selección por excelencia para ser utilizado en la contratación de las obras, contiene en su articulado previsiones que dan cuenta de que se ha receptado claramente el principio de concurrencia de oferentes.

En efecto, se regulan cuestiones tales como la creación y funcionamiento del Registro de Licitadores, con pautas para la inscripción, y eliminación de dicho Registro. Asimismo, se establecen requisitos que deben cumplir quienes concurran a la Licitación, y criterios para dar prioridad a determinados oferentes en la adjudicación.

Esto quiere decir que siempre habrá que tener en miras que el principio rector es el de la participación de los particulares en los procedimientos de selección, situación que excluiría utilizar indiscriminadamente el instituto de la contratación directa, siendo preferible optar por otro procedimiento.

También implica que se deberá confeccionar los Pliegos de una forma tal que no implique excluir deliberadamente a la mayoría de los oferentes a través de la fijación de reglas, requisitos o condiciones extremadamente severos, salvo que por la naturaleza de la obra sea indispensable que los cumplan.

En tal sentido, también implica que entre la publicación del llamado a licitación y la apertura de las ofertas debe existir un tiempo prudencial a fin de que puedan preparar la documentación que se requiera, en lugar de plazos sumamente acotados que desincentiven la presentación.

Asimismo, al momento de apertura de las ofertas, deberá estarse atento a las omisiones en que pudieran haber incurrido, a fin de evaluar la gravedad de estas y, en caso de ser mínimas, evitar rechazar de lleno la oferta, optando por la posibilidad de subsanación.

Sin embargo, también la propia Ley N° 6021 establece los casos en que es posible apartarse de la licitación pública y contratar la obra por medio de licitación privada, concurso de precios, obra por administración o contratación directa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de dicha Ley y su Decreto Reglamentario.

Si bien en tales supuestos el principio de concurrencia se ve afectado, se debe interpretar que los supuestos que enunciados en la Ley son taxativos, el mismo principio obliga a interpretarlo de esa forma.

En ese orden de ideas, es que resulta preciso poner el foco en las normas de emergencia que analizamos, en tanto ellas sí dan mayor margen de discrecionalidad a la Administración contratar mediante el mecanismo de selección que crea pertinente según el caso.

Tanto la Ley N° 14.812 como la Ley N° 15.165 se limitaban a disponer que se podía contratar por cualquiera de los medios de excepción contemplados en las distintas normas provinciales aplicables.

Recién a través del Decreto N° 304/2020 es que se efectúa una regulación un poco mayor de la forma en que deben llevarse a cabo a través del Anexo I denominado “Procedimiento de Contrataciones de Bienes y Servicios”.

Más allá de su denominación, debe interpretarse que dicho Procedimiento resulta igualmente aplicable a las obras públicas, en tanto el propio Decreto N° 304/2020 establece que constituye una reglamentación de artículo 2 de la Ley N° 14.812.

El artículo 3 del Procedimiento establece que "*En todos los casos será obligatoria la publicación de anuncios por un (1) día como mínimo en el Boletín Oficial y en la página web de la jurisdicción o, en su defecto, en el de la provincia de Buenos Aires, con una anticipación no menor a dos (2) días de la fecha de apertura de ofertas. Asimismo, se cursará, en igual plazo, notificación a las cámaras empresariales que hayan adherido al presente régimen e invitación a cotizar a por lo menos tres (3) proveedores del rubro objeto de la contratación inscriptos en el Registro de Proveedores y Licitaciones. Sin perjuicio de ello, serán de aplicación las normas que regulan todo procedimiento de selección en general y la Contratación Directa por Urgencia o Emergencia en particular, normas complementarias y reglamentarias, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente*."

De tal lectura es preciso concluir que, si bien en contexto de emergencia es posible contratar en forma directa, esto debería ser lo más excepcional posible, debiendo en todo caso optarse por una compulsa abreviada, invitando al menos a un reducido número de proveedores, a fin de garantizar cierta concurrencia.

Asimismo, merece también hacer mención nuevamente del Dictamen de Asesoría General de Gobierno analizado *Ut. Supra*, respecto a una consulta efectuada por el Municipio de Puan referente a si resultaba jurídicamente viable establecer una restricción en el Pliego que limitara la concurrencia de oferentes a aquellos que tuvieran domicilio en el mencionado distrito. Luego de hacer una ponderación respecto al contexto de pandemia y la posibilidad de riesgo sanitario de invitar a proveedores de otros distritos, bajo una evaluación de razonabilidad, Asesoría consideró que, en virtud de tal contexto, esa limitación era válida.

Como vemos, la vigencia del principio de concurrencia debe mantenerse aún en contexto de emergencia sanitaria, aunque, de acuerdo con la situación excepcional, podrá constituirse cierta limitación a tal principio si resulta debidamente fundamentado.

5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio importa dispensar a todos los oferentes el mismo trato durante el procedimiento, es decir, no otorgar ningún tipo de ventaja o privilegio a un interesado particular.

Persistirá a lo largo de todo el procedimiento de contratación e incluso, durante la ejecución del contrato, y se relaciona íntimamente con la libre concurrencia y la competitividad, que llevarán a decidir cuál resulta ser la oferta más conveniente.

En virtud de este valor, deberá hacerse la publicación correspondiente o bien, enviarse invitaciones al mismo tiempo. En sentido similar, si la oferta de uno resulta rechazada por algún motivo, deberá seguirse el mismo criterio para analizar y eventualmente también rechazar la oferta de otros por la misma razón.

La importancia de este principio no solo consiste en evitar connivencias entre un particular y la Administración, en detrimento de los demás interesados, sino que además busca que exista un criterio de justicia para con los demás que se hubieran abstenido de presentarse al llamado por no cumplir las condiciones requeridas.

Derivado de ello, resulta también preciso destacar que no se podrán modificar abruptamente las cláusulas de los pliegos una vez presentadas las ofertas, así como tampoco se deberían modificar las cláusulas contractuales una vez adjudicada la obra, de forma tal que se alteren sustancialmente los elementos principales y la naturaleza del contrato.

En este sentido la aplicación del principio de igualdad de la contratación rige también en la etapa de ejecución del contrato. La igualdad va más allá del procedimiento de selección y surte efectos también durante la ejecución del contrato, imposibilitando conceder ventajas al adjudicatario que alteren lo establecido en el pliego y en el contrato, pudiendo existir la posibilidad de que los terceros interesados aleguen que se afecta ese principio.

A fin de fundamentar tal afirmación, es menester tener presente la consulta realizada por el Municipio de General Pueyrredón al Honorable Tribunal de Cuentas, referente al fracaso de un procedimiento licitatorio.

En dicho caso, la consulta consistía en si resultaba posible llevar adelante una contratación directa por tal motivo y, en ese caso, si podía modificarse el Pliego de Bases y Condiciones para llevar adelante la adjudicación en forma directa.

El Tribunal, en respuesta a ello, sostuvo que "*En otro orden se estima que, en caso de no verificarse proponentes u ofertas convenientes en el marco de un proceso*

licitatorio, no resulta posible modificar el pliego de bases y condiciones propuesto en la licitación. Ello así por cuanto, de modificarse se estaría frente a supuestos distintos a los contemplados por los eventuales oferentes al momento de evaluar la conveniencia de presentarse a la compulsa, afectando los principios que rigen la licitación (publicidad, igualdad, transparencia y concurrencia). En efecto, cabe recordar que doctrinariamente se ha sostenido "...Todo comportamiento o toda decisión de la Administración Pública efectuado o dispuesto en beneficio de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuado o realizado en beneficio de los otros licitadores u oferentes, quiebra la igualdad que debe regir en la Licitación..." (conforme Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A (2° edición actualizada, Pág. 205). Vale decir, entonces, que de modificarse el pliego de bases y condiciones correspondería un nuevo llamado a licitación."[78]

6. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

El principio que nos ocupa es sumamente relevante porque deriva de la transparencia de los actos de gobierno, propio del sistema republicano de gobierno. Existe una obligación de los poderes públicos de dar a conocer sus actuaciones.

Las contrataciones, por su naturaleza, por su interrelación con los privados y por el manejo de fondos públicos, no escapan a ello y resultará fundamental tener acceso a la información de la contratación, sustentado ello en normas vigentes que rigen la obra pública, como así también en aquellas que velan por el acceso a la información pública y por la ética en el ejercicio de la función pública.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha afirmado que "*La publicidad es un principio que rige la contratación pública (causa B. 60.168, "EBIC S.A.", sent. del 12-X-2005) que posee raíz constitucional y que deriva de la propia forma republicana de gobierno (arts. 1 Const. nacional y 1 y 3 de la Const. provincial). Mediante el mismo, no sólo se permite la afluencia de interesados, con lo cual se potencia la concurrencia y mejora la contratación del Estado, sino que, además, se asegura la corrección en el procedimiento, pues estando a la vista la actuación de los funcionarios intervinientes, los conduce a extremar el celo en la rectitud de sus actos para evitar la responsabilidad de*

[78] HTC, N° U.I. 26649*, Consulta de Municipalidad de General Pueyrredón*, Expte. 4049-2116-2015-0-1, 16/12/2015, Disponible para su consulta realizando búsqueda en https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina

que su obrar negligente, o aún doloso, les pueda deparar (Comadira, Julio, "Licitación Pública", 2da. Ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 110).(…) El incumplimiento de las referidas formalidades conlleva un vicio en la contratación y consecuentemente la comisión de una clara infracción por parte de la autoridad encargada de su cumplimiento. Ello por cuanto dentro de una contratación pública, las formalidades resultan verdaderas garantías para los intereses en juego, tanto públicos de la Administración como los privados de los proponentes (C.S.J.N. "Stamei", sent. del 17-XI-1987 y Fallos 316:3157)."[79]

La publicidad y difusión será presupuesto necesario para garantizar la libre concurrencia, como así también la igualdad de trato en el procedimiento.

Al respecto también corresponde citar la consulta efectuada por el Municipio de Quilmes al Tribunal de Cuentas[80] respecto de la posibilidad de implementar una nueva modalidad de recepción de ofertas respecto de los pedidos de cotizaciones de compras directas y concursos de precios, concretamente se consultaba si podían recibirse las mismas a través de archivos electrónicos y, al momento de resultar adjudicatario, presentarla en original.

En respuesta a tal consulta, el Tribunal considera que es viable recibir las ofertas de ese modo, entendiendo que el sistema es superador y agilizaría los tiempos administrativos; considerando que debe, al final del proceso, incorporarse el documento firmado en original por el proveedor. Destaca que tal propuesta no significa un cambio o implementación de nuevos formularios del sistema de Compras, sino una mejora a fin de transparentar la gestión.

Finalmente, el Tribunal dispone "*Por último, a efectos de coadyuvar con la finalidad de incorporar nuevos oferentes a la compulsa, lograr una mayor transparencia en el procedimiento y garantizar el derecho de acceso a la información pública, resultaría conveniente que los ciudadanos puedan consultar los pedidos de cotizaciones solicitados, en la página web oficial del Municipio*".

De lo expuesto es posible concluir que, si bien en los supuestos de contrataciones directas o procedimientos más abreviados (concurso de precios) los principios se ven

[79] SCBA, Causa B 72438, *Tellechea, Horacio c/ Concejo Deliberante de Necochea s/ Conflicto art. 196, Constitución de la Provincia*, Buenos Aires, 03/09/2014, RSD-208-14.
[80] HTC, Disponible para su búsqueda en https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina, Voces "*Compras directas*" N° U.I. 27194, Expte. 4091-7235-2016.

ciertamente morigerados, ello no implica desconocerlos, sino que, por el contrario, se deben impulsar mecanismos por medios digitales que permitan lograr publicidad, concurrencia y acceso a la información por parte de la ciudadanía.

7. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica constituye un valor fundamental en los Estados democráticos, tendiente a generar confianza y previsibilidad, derivado de la existencia de un ordenamiento jurídico estable y perdurable, que no sufre alteraciones constantes o sustanciales.

Como resultado de ello, los ciudadanos saben a qué atenerse, en virtud de la vigencia de normas válidas, que determinarán de antemano las consecuencias jurídicas que acaecerán producto de las acciones y de las relaciones que lleven adelante, ya sea con el Estado o con otros particulares.

El principio de seguridad jurídica otorga siempre un marco de confianza en el cual se basarán dichas relaciones y, en el caso que estudiamos, será trascendental a la hora de ser parte en una contratación pública.

Como hemos analizado precedentemente, en contextos de emergencias múltiples y prolongadas, el ordenamiento jurídico se transforma de manera tal que busca modificar -al menos durante un determinado tiempo- ciertas reglas preestablecidas.

El ordenamiento jurídico está hecho para ser mantenerse, ser perdurable y regir en una cierta normalidad, pero cuando ese estado se modifica el derecho se debe también adaptarse. "*Las soluciones para la legalidad de la permanencia se tornan injustas e inseguras al enfrentarse con la imperiosidad de la crisis y la emergencia. La seguridad jurídica, que en situaciones ordinarias descansa en la estabilidad del derecho y en el acogimiento estricto a normas y pactos, debe ceder en parte, precisamente para poder subsistir*".[81]

Las nuevas normas de emergencia tienen por finalidad dar una rápida respuesta o solución frente a lo que se considera una situación crítica o de excepción. Sin embargo,

[81] Dromi, Roberto; op. Cit.

más allá de la finalidad que tengan dichas normas, lo cierto es que el ordenamiento jurídico pasa a convertirse en abundante y abrumador.

Esta situación no resulta simple de tratar en tanto, por un lado, los esfuerzos están puestos en lograr soluciones eficientes y veloces y, por el otro, la constante producción de normas y de actos administrativos genera en los particulares un estado de incertidumbre o desconcierto tal que puede resultar desmotivador para elegir ser parte en una relación contractual con el Estado.

En la Provincia de Buenos Aires, como se ha visto, ya se habían dictado leyes de emergencia previamente a la declaración de pandemia, tales como la Ley N° 14.812, luego ampliada y prorrogada por la Ley N° 15.165 y Decreto N° 1176/20. Esta última establecía que las normas que se dictaren en su consecuencia debían interpretarse y aplicarse como un marco normativo único y común de la emergencia provincial, especialmente respecto de contratación de obras, bienes y servicios.

Esta previsión apuntaba en cierto modo a querer lograr una integración normativa de las diferentes emergencias que ya se encontraban vigentes. Posteriormente, se dictó la declaración de emergencia en materia sanitaria provincial en virtud del covid-19, que se integraría también al marco normativo único y común mencionado, por ser normativa complementaria.

Hasta aquí quedaban ciertas dudas respecto a qué marco normativo se debe aplicar a las obras públicas en contexto de crisis sanitaria, ya sea ir por los mecanismos de urgencia que están previstos para la contratación de éstas en los términos de la Ley N° 6021, o bien, aplicar de lleno la normativa referente a contratación, modificación, renegociación y rescisión que se ha dispuesto por las normas complementarias.

A su vez, el particular cocontratante de la Administración deberá saber que ciertos elementos esenciales del contrato podrán modificarse, si así resulta más conveniente, siempre que no exista una real ruptura del equilibrio contractual. Si tal circunstancia ya podría darse en contextos de normalidad, amén de las prerrogativas exorbitantes del Estado, mucho más aún puede acaecer en contextos de emergencia, donde el ordenamiento jurídico coopera para que ello ocurra.

Frente a esto, será necesario en lo sucesivo en los Pliegos de Bases y Condiciones establecer las normas que se aplicarán a cada contratación, como así también el orden de prelación normativa para saber cuál prevalecerá. En sentido concordante, será preciso

determinar con una etiqueta o nombre común aquellas obras públicas que se contraten para hacer frente en forma directa a la pandemia.

8. LA RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA NORMATIVA PROVINCIAL

En esta parte se enunciarán aquellos principios que se encuentran positivizados en las normas provinciales, ya sea por expresa mención en el articulado o en la parte considerativa de las normas.

-**Ley N° 13.981** de Contrataciones del Estado Provincial: Establece en su artículo 3, que los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones de la totalidad del Sector Público Provincial y de los Poderes Legislativo y Judicial, serán los de razonabilidad, publicidad, concurrencia, libre competencia, igualdad, economía y transparencia. Dichos principios servirán también para resolver cuestiones interpretativas.

-**Decreto N° 59/2019** Reglamentario de la Ley N° 13.981: Enumera y define en su Anexo I a los principios de las contrataciones, disponiendo en su artículo 3:

"*Se entiende como contenido normal de los principios generales aplicables a las contrataciones:*
Principio de Razonabilidad: Refiere a la estrecha vinculación entre el objeto de la contratación y el interés público comprometido. El principio de razonabilidad implica, en lo sustancial la adecuación entre medios utilizados y fines perseguidos.
Principio de Publicidad y Difusión: La publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia suscitando en cada caso la máxima competencia posible.
Principio de Concurrencia: La concurrencia a los procesos licitatorios del Estado Provincial es libre. Todo oferente de bienes y/o servicios que cumpla con los requerimientos normativos y quiera contratar con las entidades y jurisdicciones, debe poder hacerlo.
Principio de Igualdad: Todo oferente de bienes y/o servicios debe participar en los procesos de Compras y Contrataciones públicos en las mismas condiciones que los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones previstas por las leyes.

Principio de Libre Competencia: Se asegura la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, debiendo las regulaciones fomentar la pluralidad y la mayor participación de oferentes potenciales.

Principio de Economía: Son de aplicación en las etapas de los procesos de selección y en las resoluciones que en ellos recaigan, los criterios de simplicidad, austeridad, concentración, eficiencia y ahorro en el uso de los recursos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias.

Principio de Transparencia: Todas las etapas de la contratación se desarrollarán en un contexto de transparencia, basado en la publicidad y difusión de las actuaciones, en la utilización de tecnologías informáticas que permitan facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad. La instrumentación e implementación de los principios enumerados se basará en la armonía y equilibrio de sus alcances, sin orden de prioridad entre ellos."

Las normas citadas precedentemente no tienen aplicación directa sobre el contrato de obra pública. Sin embargo, en virtud de cómo han receptado y positivizado los principios de las contrataciones, es que resulta acertado traerlas a consideración en este capítulo.

-**Ley N° 15.165** de declaración del estado de emergencia social, económica, productiva, y energética en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y de prórroga de las emergencias en materia de seguridad pública, política y salud penitenciaria, infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, administrativa y tecnológica: Establece en el artículo 2 en su parte pertinente que "*Las Leyes 14806, 14812 y 14815, sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias, junto con la presente Ley y las normas que se dicten en consecuencia, deberán interpretarse y aplicarse como un marco normativo único y común de la emergencia provincial, en especial en materia de contratación de obras, bienes y servicios. A tales fines, los entes incluidos en la declaración de emergencia, los Ministerios, Secretarías, órganos con rango equivalente, órganos de la Constitución y entidades autárquicas, en el marco de sus competencias, además de lo dispuesto en el Capítulo II y normas complementarias de la presente y lo previsto en las leyes anteriormente citadas, podrán utilizar las normas de excepción previstas en el Decreto Ley 7764/71 y modificatorias -de Contabilidad- y en las Leyes 10397 y modificatorias -Código Fiscal-, Ley 13981 -Ley de Compras y Contrataciones- y/o las que en el futuro las reemplacen, y sus respectivos Decretos Reglamentarios;*

pudiendo además eximirse del cumplimiento de las prescripciones del Decreto-Ley 7543/69 -Orgánica de Fiscalía de Estado-, artículos 34 a 41 de la Ley 15164 y modificatoria -Asesoría General de Gobierno-. Decreto-Ley 9.853/82 -del Consejo de Obras Públicas- en la legislación vigente, de acuerdo con las prescripciones que surgen de las Leyes 14806. 14812 y 14815, y la presente Ley; todo ello, teniendo presente los principios de regularidad financiera, legalidad, economía, transparencia, publicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos."

-**Decreto N° 304/2020** reglamentario de la Ley N° 15.165: En su Anexo I artículo 3 contempla el principio de publicidad, conforme se hubiera analizado *Ut. Supra*. Asimismo, en el Anexo B integrante de dicho Anexo I se prevé que deberá fundamentarse el por qué se lleva adelante una contratación por emergencia en el marco de tal norma, razón por la cual también se ha contemplado en forma implícita el principio de razonabilidad.

9. LOS PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Hasta el momento se han analizado los principios en la contratación de la obra pública, resultando también necesario hacer mención respecto de aquellos principios que rigen la ejecución del contrato de obra pública y que inspiran cambios en el curso del mismo.

Teniendo presente que algunos de estos temas se han tratado en la Parte I de este trabajo (en puntos N° 16, 17 y 18), serán sistematizados brevemente bajo este título.

-El principio de la buena fe

Instituido como principio general del Derecho en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 961 de dicho plexo normativo establece "*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*".

De este modo, la buena fe contractual estará presente a lo largo de toda la vida del contrato administrativo. Desde el momento de la contratación, e incluso con anterioridad, desde la confección del proyecto de obra, nos encontramos con este principio.

En este sentido, creo pertinente citar a Botassi en cuanto afirma que "*La circunstancia de que sea el Estado quien redacte las especificaciones técnicas de la futura obra hace que en caso de existir defectos o errores sus consecuencias no puedan serle atribuidas al cocontratante particular, excepto el caso de tratarse de vicios evidentes que éste no hubiera podido ignorar actuando con un mínimo de diligencia y buena fe. Es en tal sentido que el artículo 5° de la Ley de Obras Públicas 6021 dispone que "la responsabilidad del proyecto y de los estudios que le han servido de base, recae sobre el organismo que los realizó"; y la Suprema Corte de Buenos Aires tiene decidido que "ante la buena fe del contratista, el error u oscuridad de los documentos contractuales no puede perjudicar a aquél, sino en todo caso a quien lo redactó", agregando que la buena fe de la contratista debe presumirse, ya que ello constituye un principio jurídico general, aunque susceptible de prueba en contrario*"[82]

La buena fe en los contratos administrativos se basa en la confianza legítima que debe existir entre las partes contratantes, en el sentido que no debe haber excesos o abusos, ni por parte de las reparticiones estatales haciendo uso de sus facultades exorbitantes, ni por parte del particular cocontratante en intentos de simular como circunstancias imprevistas aquellas que surgen directa o indirectamente del contrato celebrado y que debiera haber conocido o previsto, teniendo en cuenta la capacidad técnica que debe tener para llevar adelante la obra.

-La mutabilidad, flexibilización o *ius variandi*

En primer lugar, la mutabilidad no será tomada como un "principio" bajo el sentido y alcance que nos hemos planteado al inicio de este trabajo, en tanto no se constituye como un pilar rector de los contratos administrativos. Bien podría un contrato de obra pública ejecutarse íntegramente sin necesidad de recurrir a modificaciones.

[82] Botassi, Carlos; *El contrato de Obra Pública en la Provincia de Buenos Aires*; Contratos Administrativos; Revista de Derecho Público; Cita RC D 3041/2012.

Sin embargo, corresponde hacer alusión al mismo en tanto es una característica típica de los contratos de obra pública en contextos de emergencia y frente a ello, se deben fijar ciertas pautas para delinear su justa interpretación.

Encontramos como ejemplos de mutabilidad la potestad de llevar adelante modificaciones de ítems de obra, planes de trabajo, ampliaciones o neutralizaciones de plazos y demás modificaciones contractuales, siendo algunas de ellas obligatorias para el contratista, y otras que pueden consensuarse entre ambas partes.

El fundamento radica en las facultades exorbitantes de la Administración, tal como la potestad de dirección y control de la obra, y la satisfacción del interés público quedando el contratista en una situación de desigualdad jurídica.

Se ha puesto el foco en el capítulo anterior en cómo las normas de emergencia han otorgado facultades más discrecionales, en comparación con la Ley N° 6021 a fin de poder impulsar modificaciones o renegociaciones de contratos de obra pública en ejecución.

En este contexto resultará central que todo ejercicio del *ius variandi* importe que la obra se pueda ajustar, evitando que se desnaturalice el objeto contractual, de modo tal que la renegociación o modificación no se constituyan como excusa para cambiar lo sustancial del objeto de la obra, situación que ameritaría tener que llevar adelante otro procedimiento de contratación.

La Suprema Corte provincial se ha pronunciado de este modo afirmando que "*En tal sentido pienso que no cabe la modificación de cláusulas del contrato de Obras Públicas que fuera determinada en base a uno de los principios rectores de la licitación pública, cual es el de la igualdad entre los oferentes. Por ello si se adjudica la obra debe evitarse la introducción de alteraciones sustanciales. Lo contrario implicaría dejar de lado el derecho de los demás licitantes para hacer presupuestos sobre dichas enmiendas (conf. doctr. causa B. 49.717, "Delco", sent. del 28-XI-1989).* (…) *El tribunal, de manera reiterada ha señalado que en el contrato de obra pública se deben respetar todas las bases técnicas y legales establecidas como normas del acuerdo de voluntades. Entre estas últimas se incluye la vigencia de un sistema previsto para medir las variaciones de precios habidos entre la oferta y la ejecución o cumplimiento, el cual no puede sustituirse*

sin comprometer los principios básicos, sustanciales e inmutables del procedimiento de selección (B. 51.320, "Vial Gas", sent. del 11-VIII-1992).”[83]

El ejercicio del *ius variandi*, ejercido muchas veces unilateralmente, no deberá obedecer a un capricho de la Administración, sino que deberá ser acorde al principio de juridicidad, en tanto deberá adecuarse el contrato en el marco de la norma aplicable, y también se observará el principio de razonabilidad, en razón de que esa modificación contractual resulte el medio idóneo para lograr una finalidad pública.

-Principio de equivalencia de las prestaciones

Se ha esgrimido que debe existir un equilibrio contractual de modo tal que una parte no obtenga un beneficio en detrimento de otra, no debiendo soportarse riesgos excesivos que no hubieran podido preverse.

Para hacer frente a ello, se han analizado remedios jurídicos para hacer frente a los contratos que se han desbalanceado por consecuencias ajenas a las partes, y corresponde también hacer mención a la doctrina del Honorable Tribunal de Cuentas esbozada a raíz de la consulta que le efectuara el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires respecto a una ampliación de una contratación, en donde la contratista solicitaba reajuste de precio en virtud del fenómeno inflacionario y la variación del dólar.[84]

En respuesta a ello el Tribunal de Cuentas dejó sentado que “*En este orden, el cambio significativo y abrupto de las circunstancias económicas generales constituye un claro ejemplo al respecto. Es por ello que la invariabilidad de los precios debe entenderse en tiempos de estabilidad, y que por imperio de la figura de la imprevisión contractual puede resultar aplicable como excepción a la firmeza del precio, pudiendo resultar admisible adecuar los valores del contrato con el objeto de que no se produzca el enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra. Esta posibilidad puede ser alegada por la empresa contratista cuando lo considere necesario y para que corresponda su procedencia deberá estar debidamente acreditada. En este caso, el proveedor tendrá que probar fehacientemente que la ecuación económica contractual ha*

[83] SCBA, Causa B-52.359; “*Di Giácomo y Consalvo S.A. c/Municipalidad de Olavarría. s/Demanda contencioso-administrativa*”; La Plata; 14/11/2007.
[84] HTC; N° U.I. 30912; 05/02/2020; Disponible para su búsqueda en https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina con Voces “Contrato de servicio ampliación”

quedado desbalanceada, haciendo ello imposible la continuidad del contrato celebrado. Resulta necesario aclarar, que, en este caso en particular, y ante el supuesto que por aplicación de la imprevisión resulte una readecuación de precios del contrato traído en consulta, la tarea de este Organismo se limitara a analizar la razonabilidad de los parámetros que hubieran sido tenidos en cuenta para efectuar la misma". (El subrayado es propio).

El equilibrio económico-financiero del contrato de obra pública deberá estar siempre vigente. En situaciones de normalidad podrá existir el reconocimiento de mayores costos, por aumentos previsibles de mercado e incrementos en los costos de ejecución, mientras que la teoría de la imprevisión en la obra pública opera en circunstancias de anormalidad o excepcionalidad imprevisible.[85] El denominador común de las distintas formas de reajuste o adecuación del monto contractual será mantener o recomponer la ecuación económica del contrato para garantizar su continuidad.

10.MECANISMOS PARA RESGUARDAR LOS PRINCIPIOS EN LA EMERGENCIA SANITARIA

La aparición del covid-19 ha generado un fuerte impacto en la vida social, teniendo consecuencias de tipo económicas y también en los contratos del Estado, puntualmente en la obra pública.

Hemos visto que, en el ámbito nacional y provincial, el ordenamiento jurídico actual es diverso y sobreabundante, y considero necesario destacar que no existe hasta el momento, a nivel provincial, una norma que regule las obras públicas en contexto de emergencia sanitaria.

Lo que sí podemos hacer actualmente es una relación normativa entre la ley de base rectora de las obras públicas (Ley N° 6021) y las actuales leyes de emergencia en infraestructura y de emergencia sanitaria. Todo ello, a fin de poder pensar y evaluar las consecuencias que genera la pandemia en las obras públicas.

Por tal motivo, es que resultó fundamental hacer un análisis de los principios de las contrataciones, dado que constituirán parámetros rectores a la hora de evaluar la

[85] cfr. Gordillo, Agustín; "*Mayores costos, imprevisión, indexación*" en "Contratos Administrativos, Régimen de Pago y Actualización"; A.A.D.A; Astrea, 1982.

juridicidad del accionar estatal en todos los procedimientos y actos administrativos que refieran a la obra pública.

El respeto por la transparencia en tales procedimientos serán una garantía para los particulares, en tanto estos también tienen un derecho o interés legítimo en participar de las contrataciones de las obras públicas.

Sumado a ello, en el caso de las obras públicas, los particulares son los destinatarios principales de ellas, y la realización, el mantenimiento y la conservación de tales obras resulta siempre financiada con fondos públicos, justamente porque su finalidad apunta a satisfacer una utilidad general.

Bajo este panorama, en las contrataciones de emergencia, aun cuando se genere un sistema de excepciones para su consecución, los objetivos sociales deben siempre primar y deben llevarse adelante enmarcados en las exigencias del Estado constitucional de derecho.

De ahí se deriva la importancia del principio de razonabilidad, en tanto las normas de emergencia de infraestructura y sanitaria producen, por un lado, una ampliación de las potestades exorbitantes estatales y, por el otro, una restricción de derechos de los particulares.

Miriam M. Ivanega[86] sostiene que, en dicho contexto hay dos preocupaciones claves: el desvío de los fines de la contratación de emergencia y que lo excepcional y transitorio termine por configurarse en permanente.

Frente a tales posibilidades, es que se requiere que se activen los mecanismos de control pertinentes a fin de prevenir y sancionar cualquier irregularidad. La citada autora menciona como herramientas el control de eficacia y eficiencia.

La eficacia implica que los objetivos y las metas propuestas puedan ser alcanzados, razón por la cual estos deben ser factibles, realizables, y precisos. En relación con dicha eficacia es que se ha forjado el principio general de buena administración, el cual implica que la Administración deberá estar al servicio del ciudadano, evitando

[86] Ivanega, Miriam; *Transparencia y control de las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria* en "Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana", Dir.: Muratorio, Jorge; La Ley; Buenos Aires; 2020.

excesivos formalismos o dilaciones innecesarias que constituyan un obstáculo para resolver o tomar las medidas necesarias para lograr el bien común.

El principio de buena administración se erige, de esta manera, como un límite al ejercicio de potestades discrecionales que muchas veces quedan por fuera del control judicial.

Por su parte, la eficiencia se entiende como el principio que se refiere a la idoneidad de los medios empleados para dar cumplimiento a los objetivos propuestos. La Dra. Ivanega sostiene que la eficiencia en las contrataciones públicas debe medirse, por un lado, verificando si la contratación es el medio necesario para cumplir con un determinado fin y, por otro lado, si el procedimiento de contratación es el apto para cumplir con el objetivo que se pretende.

Será en este punto donde podrán activarse los mecanismos de control por parte de los órganos que a continuación se detallan:

-Honorable Tribunal de Cuentas: Es el órgano a cargo de realizar auditorías de regularidad y/o legalidad. Puede brindar asistencia jurídica a instancias de consultas que le efectúen los municipios. Sin embargo, el Tribunal no ha implementado medidas específicas de control sobre el accionar de las áreas de gobierno respecto de los gastos realizados en el marco de la emergencia sanitaria.

-Asesoría General de Gobierno: El Decreto-Ley N° 8019/73 establece las competencias, composición y organización de dicho organismo, el cual tiene, entre sus funciones, la de asesorar jurídicamente al Poder Ejecutivo. El Decreto N° 304/2020 establece que cuando la contratación supere un determinado monto se deberá dar intervención simultánea en forma previa a la adjudicación a Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia y Fiscalía de Estado. Asimismo, Asesoría también tiene intervención en procedimientos de renegociación de contratos de obra pública.

-Contaduría General de la Provincia: Es otro organismo creado al efecto de lograr la mayor eficiencia en el control del gasto público, teniendo como funciones principales las de asesoramiento, control, registro e información acerca de la gestión económica y financiera de la hacienda pública provincial.

-Fiscalía de Estado: Además de ejercer la representación y defensa de la Provincia en juicio, tiene facultad de intervenir en actuaciones administrativas para garantizar la legalidad de la decisión gubernamental previo al dictado de los actos.

-Comisión Bicameral de Seguimiento, Fiscalización y Control para la Emergencia en el marco de la Ley N° 14.812 y N° 15.165: Se trata de la Comisión creada a fin de ejercer un control respecto a la implementación de las medidas y procedimientos que autoriza la emergencia provincial en el marco de la Ley N° 15.165. En el caso que nos ocupa, las obras públicas, se debe prestar atención a los Informes que se emiten dirigidos a dicha Comisión, a través de los cuales se proporciona información, a fin de que pueda realizar observaciones respecto de las contrataciones, obras y acciones ejecutadas en el marco de la emergencia.

-Control judicial: Por último, judicializada una cuestión será dirimida en los Tribunales, los cuales pueden efectuar un análisis de la legalidad y la razonabilidad de las medidas tomadas, aunque cuando se trate de analizar facultades mayormente discrecionales de la Administración, fundamentalmente en lo que concierne a la discrecionalidad técnica o a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, el control judicial sobre estos aspectos podría verse un poco más cercado.

En palabras de Tomás Hutchinson "*Los jueces poseen la atribución de controlar plenamente ya sea tanto la existencia de las circunstancias fácticas, que hacen a la necesidad y urgencia, como el trámite de su dictado y la razonabilidad de las medidas adoptadas. Ante la mayor cantidad y calidad de cometidos del poder, funciones e instrumentos restrictivos de los derechos individuales debe adoptarse la siguiente premisa: a semejante incremento de poder necesariamente debe corresponder un fortalecimiento de los medios de control, ya que no puede conjugarse un sistema republicano si hay poder sin control*".[87]

De allí recalco una vez más la importancia que tendrán los organismos administrativos de asesoramiento, consulta y control, a fin de que la Administración tome medidas y dicte actos que se encuentren siempre ajustados a derecho.

[87] Hutchinson, Tomás; *La emergencia y el Estado de Derecho*; Revista de Derecho Público; Rubinzal Culzoni; 2002.

En tal sentido, es que el Decreto Reglamentario N° 59/2019 estableció a la Contaduría General de la Provincia de Buenos Aires como la autoridad de aplicación de la Ley de Compras.

Sumado a ello, y tal como se anticipó, el artículo 5 del Anexo I del Decreto N° 304/2020 determina que cuando el monto de la contratación fuera igual o superior a cinco millones de pesos -equivalente a cien mil unidades de contratación- se dará intervención previa a la adjudicación, en forma simultánea, a la Asesoría General de Gobierno, a la Contaduría General y al Fiscal del Estado para que se expidan en el plazo de cinco días.

Aquellas contrataciones en las cuales el monto sea menor, únicamente deberán contar con la vista de la Fiscalía del Estado previo al dictado del acto de adjudicación, y la intervención de la Contaduría antes de la notificación de la orden de compra o suscripción del contrato.

Luego de la suscripción del contrato y su ejecución se dará cuenta a la Asesoría General. Por último, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires será el órgano a cargo de realizar auditorías de regularidad y/o legalidad.

En tal sentido, será necesaria la adecuada intervención de los organismos mencionados, quienes podrán, a través de sus consultas, informes y dictámenes llevar a cabo un control integral de la legalidad y la razonabilidad de las medidas, a fin de velar por la correcta aplicación de las normas de emergencia, cuidando que no se desvirtúen sus finalidades, y que no se desconozcan los principios básicos y propios que imperan en los sistemas de contratación que pretendan constituirse en verdaderos procedimientos transparentes.

Los sistemas descriptos dan cuenta de los mecanismos de control al que quedan sujetas las contrataciones de obra pública en contexto de emergencia. Desde una clasificación enfocada de acuerdo con el órgano de control, la misma puede ser administrativa (Asesoría de Gobierno, Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas y Contaduría de la Provincia), legislativa (Comisión Bicameral) o jurisdiccional.

Se ha puesto el énfasis en la importancia del control que pueden -y deben- desarrollar los organismos administrativos, no por considerar que el control llevado adelante por los demás órganos no sea relevante, sino por una cuestión de temporalidad u oportunidad.

En efecto, la característica a resaltar del asesoramiento y el control de los órganos de naturaleza administrativa es que éste es realizado en forma previa o, cuanto menos, simultánea a los procedimientos, situación que podría advertir a tiempo falencias o irregularidades. No ocurre lo mismo con el control judicial ni con el control por parte de la Comisión Bicameral, los cuales operan a posterior, sobre actos ya consumados.

11. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del capítulo se han puesto de manifiesto la manera en la cual los principios rigen al contrato de obra pública desde su contratación y durante todo el curso de su ejecución.

En esta instancia me parece importante considerar la interrelación que entre ellos se da, en tal medida que un principio se refuerza y se nutre con otro, de modo que no es posible escindirlos, y todo ello ocurre porque han sido consagrados en miras de dotar de transparencia a la contratación.

La transparencia implicará que la Administración obre con absoluta rectitud y bajo estricto apego a las normas vigentes y, aun cuando las normas de emergencia habiliten a un actuar mayormente discrecional, igualmente la interpretación y la aplicación de estas deberá ser restrictiva, dando paso a que los principios analizados asistan con mayor fuerza.

Una contratación transparente implicará que los principios de igualdad, concurrencia y publicidad han sido debidamente respetados y en este punto, será también necesario que se publiquen en los sitios web de los organismos contratantes la información adecuada respecto de las contrataciones, no solo para que los potenciales oferentes puedan acceder, sino también -y fundamentalmente- a fin de que la ciudadanía en general pueda hacer un seguimiento y control de estas.

PARTE III: CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

SUMARIO. 1) Introducción 2) El impacto de la emergencia sanitaria del covid-19 en la obra pública provincial. 3) El respeto de los principios de las contrataciones de obra pública en la emergencia provincial. 4) La seguridad jurídica en contexto de emergencia. 5) Propuestas de fortalecimiento. 6) Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Habiendo realizado un análisis del impacto de la emergencia sanitaria en la obra pública en la Provincia de Buenos Aires, nos encontramos en la instancia final del recorrido investigativo, donde será imprescindible dar cuenta de la integración de los temas tratados, acreditar la concreción de los objetivos propuestos al principio del camino y poner a prueba la hipótesis inicialmente esgrimida, a la luz del problema jurídico que ha motivado este trabajo.

La pandemia del covid-19 ha motivado una emergencia sanitaria que influyó en todos los espacios, incluyendo la institucionalidad y el federalismo. Tal emergencia en la contratación de la obra pública provincial obliga a pensar sus bases, y evaluar hasta qué punto se pueden flexibilizar las mismas. Del mismo modo, abre la puerta a que se intensifiquen algunos institutos que ya se encontraban latentes.

En este punto, creo prudente señalar que aún no tenemos certeza de cuándo finalizará la crisis sanitaria. Sin embargo, y conforme surge de la experiencia dada, es probable que a futuro surjan otras emergencias que impacten igualmente sobre los contratos administrativos, razón por la cual esta etapa final de la investigación buscará sentar bases de interpretación y compatibilización a fin de brindar la mayor seguridad jurídica posible a escenarios actuales y eventuales escenarios futuros.

2. IMPACTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 EN LA OBRA PÚBLICA PROVINCIAL

La emergencia sanitaria declarada por la situación epidemiológica del covid-19 tuvo amplia repercusión en la obra pública provincial, de conformidad con lo analizado a lo largo de la investigación y que seguidamente se enunciará como corolario de la misma.

-Las emergencias en infraestructura y en materia sanitaria declaradas a nivel provincial confluyen y a nivel normativo se relacionan estrechamente. Tal vinculación surge del Decreto N° 132/2020 en tanto establece expresamente que se encuadra en la Ley N° 15.165, y del Decreto N° 1176/20 -última prórroga de emergencia en infraestructura- que alude como antecedente justificativo para tal emergencia, la crisis sanitaria por covid-19.

-La emergencia sanitaria actual motivó la inclusión de cláusulas en pliegos de contratación de obra pública tendientes a excluir a oferentes que residan en otros distritos, a fin de mitigar la propagación del coronavirus, cuidando el sistema sanitario local de distritos que no contaban con muchos casos.

-La emergencia sanitaria se constituyó como una causa motivadora para la creación de Programas Nacionales destinados a otorgar financiamiento a la Provincia de Buenos Aires y a los Municipios.

-El aislamiento social, preventivo y obligatorio originariamente decretado con fundamento en la situación epidemiológica ha producido paralización de algunas obras en la Provincia, conforme surge del análisis efectuado de los Informes para la Comisión Bicameral de Seguimiento, Fiscalización y Control de la Emergencia.

-En tal contexto, si bien el personal afectado a la obra pública se encontraba exceptuado de cumplir el ASPO, no se encontraban habilitados los comercios proveedores de materiales para la construcción, del mismo modo que aún quienes se encontraban exceptuados del ASPO debían tramitar certificados para circulación y se encontraban eximidas de concurrir a trabajar aquellas personas que se encontraran dentro de los denominados grupos de riesgo, circunstancias que considero que han tenido impacto en la demora y paralización de las obras.

-La suspensión de los plazos y procedimientos administrativos establecida en la Provincia a raíz del covid-19 excluía explícitamente la tramitación de las actuaciones relacionadas a la emergencia sanitaria, las cuales podían tramitar normalmente. En este punto, no quedaba claro la situación de las obras públicas. Sin embargo, de una interpretación armónica de las normas, teniendo presente que la obra pública se consideraba en el marco de la emergencia como una actividad esencial, es preciso interpretar que aquellas actuaciones administrativas vinculadas a la ejecución de estas también debían tener garantizada su normal tramitación.

-El covid-19 y su emergencia sanitaria encuadran dentro de la figura del caso fortuito o fuerza mayor, y en caso de que su irrupción hubiera desbalanceado o tornado imposible la ejecución del contrato, correspondería impulsar una renegociación o rescisión, respectivamente.

-Asimismo, el covid-19 también podría dar lugar a la teoría de la imprevisión si la parte afectada puede probar que la prestación a su cargo se tornó excesivamente onerosa. Por supuesto que no podrá establecerse una regla uniforme para todos los casos, en virtud de que, conforme el criterio de la Suprema Corte Provincial, en tanto la imprevisibilidad no es un criterio rígido, sino que debe valorarse de acuerdo a los tiempos y circunstancias.

-Cuando el cocontratante, con fundamento en la emergencia sanitaria, invoque fuerza mayor, teoría de la imprevisión o hecho del príncipe (por actos de la autoridad provincial como tal que terminan afectando su contrato), debe probar la forma en la cual esta situación le causa un desequilibrio contractual.

-En caso de ser el covid-19 el causante del desequilibrio económico-financiero del contrato, se deberá priorizar algún criterio de recomposición contractual, tal como una modificación o renegociación que permita la continuidad de la obra. Conforme se hubiera enunciado, el Decreto N° 304/2020 otorga amplias posibilidades de adaptación del contrato tendientes al cumplimiento.

-Se constituye como una prioridad la necesidad de dar continuidad a la ejecución de las obras públicas, conforme surge de la declaración de esencialidad que desde un primer momento tuvo el personal afectado a la obra pública, de los Programas creados desde el ámbito nacional para reactivar las obras, y del reciente sistema consagrado para acordar redeterminaciones de precios.

-Si no resultare posible la continuidad del contrato y el interés público así lo requiere, estará habilitada la rescisión contractual. En caso de que no hubiera incumplimientos graves del contratista, es decir aquellos de los cuales no puede eximirse, podrá la Administración impulsar la rescisión unilateral con fundamento en el caso fortuito o fuerza mayor que constituye la pandemia, de conformidad con las previsiones de la Ley N° 6021 y de la Ley N° 14.812 y N° 15.165.

-También el covid-19 podría ser motivador de una rescisión bilateral por mutuo acuerdo. En este caso, por supuesto que también debe estar presente el interés público y la inexistencia de incumplimientos por parte del contratista. La rescisión por mutuo acuerdo no surge explícitamente de las normas vigentes en la Provincia. Sin embargo, conforme se hubiera citado oportunamente, tiene recepción y admisión jurisprudencial, por lo cual, si las partes están de acuerdo y no se violentan normas públicas imperantes, corresponde reconocerlo como un camino legítimo.

3. EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE LAS CONTRATACIONES DE OBRA PÚBLICA EN LA EMERGENCIA PROVINCIAL

La presente investigación ha comenzado con la construcción de un concepto de emergencia que resultara funcional y aplicable a este trabajo. En ese camino, se afirmó que la emergencia está conformada, por un lado, por un acontecimiento de tipo excepcional, anormal, crítico o representativo de un riesgo y, por otro lado, por un régimen legal cuyo objeto consiste en mitigar de forma urgente las consecuencias de dicho acontecimiento, respetando los límites de temporalidad y proporcionalidad, y velando por el bienestar general.

La declaración de emergencia lleva en su génesis la idea de restricción de derechos individuales, y frente a eso existen límites que deben respetarse (legalidad, temporalidad y proporcionalidad).

En esa línea, hemos visto cómo la emergencia estudiada repercutió sobre institutos que también tienen límites propios -la contratación pública- y se fundamentan en principios que se podrán morigerar levemente, mas no desconocer.

De la indagación realizada, se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

-Los principios de las contrataciones públicas tienen expresa recepción en la normativa de emergencia analizada, en tanto el artículo 2 de la Ley N° 15.165 establece que deben tenerse presentes los principios de regularidad financiera, legalidad, economía, transparencia, publicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos.

-Las normas de emergencia cuentan con exhaustiva fundamentación, narrando antecedentes de hecho y de derecho, circunstancia que coadyuva a reforzar el principio de razonabilidad.

-Las emergencias vigentes han sido establecidas mediante ley en sentido formal. Respecto a la emergencia en infraestructura, así lo han hecho las Leyes N° 14.812 y N° 15.165. En el caso del Decreto N° 304/2020 se constituye como reglamentario de la Ley N° 15.165, y en el caso del Decreto N° 1176/20, es el último que actualmente prorroga dicha emergencia, pero se ha dictado en uso de las facultades conferidas por la citada Ley N° 15.165. Por su parte, la emergencia sanitaria originariamente establecida por Decreto N° 132/2020, resultó posteriormente ratificada por la Ley N°15.174, por lo que el principio de legalidad quedó cumplimentado.

-La necesidad de llevar adelante la fundamentación y encuadre de la emergencia, conforme obliga el Anexo I del Decreto N° 304/2020, también implica respeto por el principio de razonabilidad, dado que será la forma de acreditar que es indispensable contratar una obra pública de dicho modo, de manera tal que la urgencia del caso no puede admitir demoras en el procedimiento de contratación.

-El principio de publicidad en la contratación de las obras públicas tiene expresa recepción en la Ley de Obras N° 6021 y, también en la normativa de emergencia, en el artículo 3 de la Ley N° 14.812 y en el artículo 3 del Anexo I del Decreto N° 304/2020. En todos los casos resulta imprescindible la publicación por internet, ya sea en los sitios oficiales de las reparticiones contratantes o en su defecto, en el de la Provincia de Buenos Aires.

-La publicidad en materia de contrataciones por medios digitales resulta acorde a los tiempos que transcurren y al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, circunstancia que sirve de base para la transparencia, conforme hubiera dictaminado el Honorable Tribunal de Cuentas en los dictámenes analizados.

-Los principios de igualdad y concurrencia importan la regla para la Ley N° 6021, en tanto instituye a la licitación como la regla en el procedimiento de contratación. Sin embargo, si bien por razones de urgencia entablarse contrataciones directas, a partir del Decreto N° 304/2020, en el Anexo I se establece que mínimamente se debe invitar a cotizar a tres proveedores, lo que implica que la contratación directa debe ser siempre utilizada de modo restrictivo y excepcional.

-Los principios son las bases de las contrataciones públicas y no pueden dejarse de lado, ni siquiera en contextos de emergencia. Aún frente a circunstancias que ameriten la toma rápida de decisiones, se deben tomar todas las precauciones que estén al alcance a fin de garantizar y demostrar que la contratación fue realizada en forma transparente.

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CONTEXTO DE EMERGENCIA

Se ha afirmado que la sobreabundancia normativa tiene como contracara la inseguridad jurídica. Ocurre que, contrariamente a lo que se pretende, la excesiva previsión normativa puede generar incertidumbre. La pandemia, ha sido un gran ejemplo de ello.

En un principio, la autoridad nacional fue la encargada de declarar la emergencia sanitaria nacional y el consecuente aislamiento social, preventivo y obligatorio, situación que en principio parece lógico, en tanto una pandemia tiene alcances y extensión en todo el mundo y por supuesto, en todo el territorio nacional, independientemente de la situación individual de cada una de las jurisdicciones.

Sin embargo, por supuesto que eso no implica dejar de lado el federalismo ni las autonomías provinciales (y municipales), razón que hizo que cada unidad territorial dicte también sus propias normas.

En este punto, hemos señalado y advertido cómo repercutió la emergencia sanitaria en las contrataciones de las obras públicas a nivel nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En nuestro campo espacial delimitado, la Provincia de Buenos Aires, ya existía una ley de obras públicas de base que contemplaba supuestos de contratación de excepción para casos urgentes, sin embargo, observamos emergencias que parecieran regular aquellas situaciones que igualmente podrían enmarcarse en la ley de base.

Ocurre que, las autoridades suelen recurrir a la emergencia para ampliar un poco más sus potestades, y tener mayores herramientas a la hora de desplegar su actuación frente a casos que se consideran excepcionales.

En efecto, al momento de irrumpir la pandemia en nuestro país ya nos encontrábamos con la emergencia en materia de infraestructura vigente en la Provincia.

Posteriormente, al declararse la emergencia sanitaria nos obligó a reflexionar de qué manera repercutían sobre la contratación de la obra pública.

A fin de clarificar la cuestión se expondrán las conclusiones que refuercen la idea de que es posible lograr seguridad jurídica en nuestra materia.

-El artículo 1 *in fine* de la Ley N° 15165 establece que "*Los términos de la presente Ley se aplicarán a toda disposición que se dicte con posterioridad, siempre que se haga referencia expresa a la emergencia que se declara*", y conforme se hubiera citado Ut. Supra, el artículo 2 dispone que *"Las Leyes 14806, 14812 y 14815, sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias, junto con la presente Ley y las normas que se dicten en consecuencia, deberán interpretarse y aplicarse como un marco normativo único y común de la emergencia provincial, en especial en materia de contratación de obras, bienes y servicios."*

-No quedan dudas de que la emergencia sanitaria establecida por medio del Decreto N° 132/2020 se ha dictado haciendo expresa mención de la Ley N° 15.165. En este punto, recobra fuerza la idea de que toda la emergencia provincial se debe tomar como concordante, a fin de poder dar paso a la tramitación de procedimientos administrativos rápidos y dotados de legalidad.

-Destaco una vez más el detalle del Decreto reglamentario N° 304/2020, el cual contempla anexos que rigen el procedimiento de contratación, renegociación y rescisión de contratos de obra pública, circunstancia no menor dado que otorga ciertas pautas que limitan la actuación estatal, aún en contextos de emergencia que suponen mayor discrecionalidad.

-En el contexto actual, entiendo prudente afirmar que se podrán impulsar contrataciones, renegociaciones o rescisiones con fundamento exclusivo en las normas de emergencia mientras dure su vigencia, siempre que la tramitación en cuestión guarde relación con los hechos que motivan las emergencias.

-La Ley N° 6021 seguirá igualmente vigente, no se debe perder de vista que las normas de emergencia son siempre transitorias, y brindan potestades para ejercer mientras se mantenga su vigencia, potestades que deberán ejercerse en forma cuidada e inspiradas en los principios que surjan de la norma de base.

5. PROPUESTAS DE FORTALECIMIENTO

Con la convicción de que todo sistema puede mejorar, que las normas son instrumentos perfectibles y que los contratos deben contar con la mayor previsión posible, considero prudente acercar propuestas de fortalecimiento a la emergencia provincial.

-Llevar adelante una unificación de las normas de emergencia en materia de infraestructura. Hemos visto como inicialmente fue declarada por la Ley N° 14.812 y luego modificada, ampliada y prorrogada por sucesivas normas y decretos reglamentarios que, si bien con buen criterio han decidido tomarlos como un marco único y común, al seguir todas ellas igualmente vigentes, puede ser difícil determinar *a priori* en qué extensión se aplica cada una. Por supuesto que la más especial prevalecerá sobre la más general, y la posterior sobre la anterior, pero estimo que podría optarse por un modo más eficaz de sistematización normativa.

-Asimismo, siempre que se trate de una norma de emergencia considero pertinente que incluya una descripción y explicación de los principios aplicables, más allá de la mera enunciación, circunstancia que obstaría a quien pretenda desatenderlos.

-Por su parte, estimo que debería haber fácil accesibilidad a la información relativa a las contrataciones de obras públicas provinciales en contexto de emergencia, encontrándose actualmente mucha de esta información repartida en los sitios web de los distintos organismos, lo que dificulta el control ciudadano.

-En la misma línea, existiendo una Comisión Bicameral de Seguimiento, Fiscalización y Control para la Emergencia, entiendo que sería fortalecedor del sistema vigente, tener acceso a las observaciones o recomendaciones que dicha Comisión efectúe luego de darse a conocer los Informes que envía el Poder Ejecutivo.

6. REFLEXIONES FINALES

El problema jurídico que motivó la investigación consistió en desentrañar la emergencia provincial que repercute en el contrato de obra pública, situación ya dada por la emergencia en infraestructura, y que cobró características particulares a raíz de la emergencia sanitaria, generando un ordenamiento jurídico complejo en donde convivía la ley de base N° 6021 y las normas de emergencia analizadas.

La hipótesis planteada sostenía que las normas de emergencia habían "alterado" el régimen aplicable a la obra pública definido por la Ley N° 6021, resultando imprescindible encontrar criterios que permitan compatibilizar e interpretar las normas en sentido concordante, a la luz de los principios de las contrataciones.

El Diccionario de la Real Academia Española define "alterar", en su primera acepción, como "*Cambiar la esencia o forma de algo*". La esencia de las contrataciones de obra pública no cambió, porque está ceñida de los principios que la rigen que permanecen vigentes, permanentes e invariables pese a las circunstancias excepcionales.

Pero sí, siguiendo nuestra definición inicial, la emergencia ha cambiado las formas de la contratación, de la modificación y de la rescisión de los contratos de obra pública, en virtud de que las normas de emergencia han habilitado otros mecanismos de actuación distintos de los vigentes de acuerdo con la Ley N° 6021. En ese marco, se entiende que la hipótesis inicialmente sostenida ha quedado verificada, de acuerdo con el sustento que constituye la investigación emprendida.

En sociedades como la nuestra, es habitual -lamentablemente- encontrarnos frente a situaciones de emergencia de amplio alcance y sostenidas en el tiempo, frente a ello, cobra radical importancia aferrarnos a parámetros justos e inspiradores de los institutos jurídicos, que permitan coordinar los distintos ordenamientos que los rigen, a fin de que no se desvirtúe su finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

1) DOCTRINA:

-BALBIN, Carlos F.; *Manual de Derecho Administrativo*; La Ley; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2015.

-BALBÍN, Carlos F.; *Curso de Derecho Administrativo;* La Ley; Buenos Aires; 2007.

-BARRA, Rodolfo C.; *Contrato de obra pública*; Abaco; Buenos Aires; 1984.

-BARRA, Rodolfo C.; *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas;* Revista RAP; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2020.

-BARRAZA, Javier I. y SCHAFRIK, Fabiana H.; *Actualidad en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional;* La Ley 1998-F, 1051.

-BARRAZA, Javier I.; *El control de la actividad financiera del Estado*; Temas de Derecho Administrativo; Erreius; Buenos Aires; 2018.

-BOTASSI, Carlos; *El contrato de Obra Pública en la Provincia de Buenos Aires*; Contratos Administrativos; Revista de Derecho Público; Cita RC D 3041/2012.

-BIGLIERI, Alberto y CARBALLO, Federico; *La contratación pública en la emergencia sanitaria*; Thomson Reuters; Buenos Aires; 2020.

-CASSAGNE, Juan C.; y RIVERO YSERN, Enrique; *La contratación pública*; Hammurabi; Buenos Aires; 2007.

-CASSAGNE, Juan C.; *Sobre la contratación pública*; La Ley; Buenos Aires; 2013.

-COMADIRA, Julio R.; *La Licitación Pública. Nociones – Principios – Cuestiones*; Lexis Nexis; Buenos Aires; 2006.

-CRIVELLI, Julio C. y PALUMBO, Luis C.; *La emergencia económica y los contratos públicos a propósito de la pandemia covid-19* en *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas*: Dir.: BARRA, Rodolfo; Revista RAP; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2020.

-DELPIAZZO, Carlos E.; "*Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa*" en "Anuario de Derecho Administrativo"; Fundación de Cultura Universitaria; 2006.

-DROMI, Roberto; *Licitación Pública*; Ciudad Argentina; 5° Edición actualizada; Buenos Aires; 2017

-DROMI, Roberto; *Renovación axiológica y normativa de la licitación pública*; Revista de Derecho Público- Contratistas del Estado; Rubinzal Culzoni; 2006.

-FRICK, Pablo; Efectos del covid-19 sobre los contratos civiles y comerciales; Albremática; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2020.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*; Revista de Administración Pública N° 2; 1950.

-GELLI, María A., *Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía*, Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, 2004.

-GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*; Fundación de Derecho Administrativo; Buenos Aires; 2017.

-GORDILLO, Agustín; "*Mayores costos, imprevisión, indexación*" en "Contratos Administrativos, Régimen de Pago y Actualización"; A.A.D.A; Astrea, 1982.

-HARO, Ricardo; *La razonabilidad y las funciones de control*; Ius et Praxis, vol.7, n.2; 2001.

-HUTCHINSON, Tomás*; La emergencia y el Estado de Derecho*; Revista de Derecho Público- La Emergencia Económica; 2002.

-IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan; *Discrecionalidad y motivación (Algunos aspectos teórico-generales)*; Revista Vasca de Administración Pública N°64; 2002.

-IVANEGA, Miriam; "*Transparencia y control de las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria"* en "*Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*", Dir.: Muratorio, Jorge; La Ley; Buenos Aires; 2020.

-MAIRAL, Héctor; *La licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*; Depalma; Buenos Aires; 1975.

-MATA, Ismael; *Renegociación de contratos públicos*; Ensayos de Derecho Administrativo, Revista RAP; 2011.

-MERTEHIKIAN, Eduardo; *Estudios sobre contratación pública*; Editorial Ciencias de la Administración; Buenos Aires; 1996.

-MORENO MOLINA, José A.; *Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina*; Derecho y Sociedad; N° 44, 2015.

-PÉREZ HUALDE, Alejandro; *Reflexiones sobre renegociación de contratos de servicios públicos*; Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira; Jornadas Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires; RAP; 2007.

-REJTMAN FARAH, Mario; *Contrataciones públicas transparentes: un desafío de la emergencia*; La Ley, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad; Buenos Aires; 2004.

-RENNELLA, María P.; *Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor* en "Cuestiones de Contratos Administrativos"; 1ra Ed Revista RAP; Buenos Aires; 2007.

-SABSAY, Daniel A.; *El impacto de la pandemia sobre los derechos y las instituciones; Temas de Derecho Administrativo*; Erreius; Buenos Aires; 2020.

- SACRISTÁN, Estela B.; *Control de razonabilidad en Argentina (en especial, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*; en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública; RAP N° 485; Buenos Aires; 2019.

-SILVA TAMAYO, Gustavo E.; *La pandemia del COVID-19 como causal de fuerza mayor extintiva en las contrataciones administrativas*; en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica; Thomson Reuters; N° 130; Buenos Aires, 2020.

-TORRES BUTELER, Eduardo; *Algunos efectos del coronavirus en la obra pública nacional y de la Provincia de Córdoba*; en Derecho y Emergencia Sanitaria (Dir. Márquez José F. y Calderón Maximiliano R.); Advocatus; Córdoba; 2020.

2) OTRAS FUENTES:

2.1) NORMATIVA:

2.1.1) NORMATIVA SUPRANACIONAL:

-Resolución N° 1/2020 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

-Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

-Convención Interamericana contra la Corrupción.

2.1.2) NORMATIVA NACIONAL

-Código Civil y Comercial de la Nación.

-Ley N° 13.064.

-Decreto N° 1023/01.

-Decreto N° 260/2020.

-Decreto 287/2020.

-Decreto N° 297/2020.

-Decisión Administrativa N° 409/2020 de Jefatura de Gabinete de Ministros.

-Disposición N° 48/2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones.

-Resolución N° 5/2020 de la Oficina Anticorrupción.

-Resolución N° 40/2020 del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat.

-Resolución N° 99/2021 del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat.

-Resolución Conjunta N° 1/2021 del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio del Interior.

-Decreto N° 167/2021.

-Ley N° 25.188.

2.1.3) NORMATIVA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

-Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

-Ley N° 6021.

-Decreto Ley N° 6759/68.

-Ley N° 14.812.

-Ley N° 15.165.

-Decreto N° 304/2020.

-Decreto N° 132/2020.

-Decreto N° 771/2020.

-Decreto N° 1176/20.

-Decreto N° 106/2021.

-Ley N° 13.981.

-Resolución N° 189/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos.

2.1.4) NORMATIVA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES:

-Ley N° 2095.

-Decreto N° 74/2021.

-Decreto N° 1/2020.

-Resolución N° 294/2020 del Jefe de Gabinete y el Ministro de Hacienda y Finanzas.

-Ley N° 6246.

-Ley N° 6301.

2.2) JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

-Fallos: 323:1515.

-Fallos: 329:5976.

-Fallos: 136:161.

-Fallos: 172:21.

-Fallos: 313:1513.

-Fallos: 327:4495.

-Fallos: 329:5913.

2.3) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES:

-SCBA, Causa B-51.429.

-SCBA, Causa B-49.952.

-SCBA, Causa B-72.438.

-SCBA, Causa B- 53.462.

-SCBA, Causa B-52.154.

-SCBA, Causa B-55.300.

-SCBA, Causa B-66.654.

-SCBA, Causa B-55.776.

-SCBA; Causa B-62.954.

-SCBA, Causa I-74.078.

-SCBA, Causa B-52.359.

-SCBA; Causa B-64.119.

-SCBA; Causa I-2888.