

La situación de las obras públicas a raíz del Covid-19

Por MARIANO TATE
CASSAGNE ABOGADOS



Al preguntar a Charlie Duke, astronauta de la NASA, por qué fue exitosa la misión y el programa Apolo -que permitió al hombre llegar a la Luna y a EE.UU ganar la carrera espacial en plena Guerra Fría- contestó que el secreto fue la conjunción de varios factores, entre los que se destacaron, la combinación del talento de los equipos de los contratistas de la NASA que participaron en el proyecto, el trabajo en equipo, y la capacidad de la administración aeronáutica que estuvo dispuesta ‘a autorizar cambios para mejorar’[\[1\]](#).

Si bien la realidad Argentina actual y el estado de excepcionalidad que se vive, con motivo de la pandemia provocada por el nuevo coronavirus, dista mucho de la carrera espacial que llevó a EE.UU y la ex URSS competir con poner al primer hombre en la Luna, la revelación de Charlie Duke puede ser parte de la respuesta que el sector de la construcción y la obra pública espera de los distintos niveles de gobierno del país para enfrentar la difícil coyuntura que el sector atraviesa, y convertirse en una de las principales herramienta de cambio y transformación económica del país post Covid-19.

Parece lejano, pero solo hace pocos meses asumió un nuevo gobierno la administración del Estado Nacional y se inició una suerte de revisión de los contratos públicos que se estaban ejecutando en las distintas dependencias públicas, y en muchos casos, se puso en duda la continuidad de algunos, ya sea, por restricciones presupuestarias, o simplemente, porque los proyectos de ingeniería no resultaban compatibles con las prioridades trazadas por las políticas públicas de la nueva administración.

A ello se sumó que en diciembre de 2019, se declaró por **ley 27.541** la primera ‘emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal,

administrativa y previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social' que habría de durar hasta fines de diciembre de 2020.

Al disponerse recientemente la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19 (por el plazo de un año a partir del 12/03/2020, decreto 260/2020), esta situación extraordinaria encontró al sector de la construcción y la obra pública en una seria crisis, marcada por los males de la coyuntura macroeconómica y las restricciones fiscales que hacen imposible la obtención de financiación que posibilite su desarrollo. Cabe destacar que ninguna de las emergencias declaradas hasta aquí establece en una pauta en materia de contratos públicos y la última, solo atiende la contratación inmediata de bienes y servicios para hacer frente a la situación extraordinaria.

Es decir, al presentarse la nueva emergencia sanitaria, este sector de la economía ya estaba parcialmente paralizada, y numerosos contratos de desarrollo de infraestructuras públicas enfrentaban graves dificultades de ejecución, los que en muchos casos se traduce en el quiebre de la ecuación económica financiera, sin avizorar una perspectiva clara de adecuación.

Hace pocos días el gobierno nacional anunció la moratoria por un año de la deuda pública local invocando la emergencia, lo que condiciona y captales gravemente el mercado de capitales y la economía de todas las actividades que requieren financiación intensiva, como es el desarrollo de infraestructura.

Este contexto invita a reflexionar sobre las consecuencias de la pandemia y cómo los actos de gobierno, en sus distintos niveles, afectan el desarrollo de los contratos de obra pública, y aventurarse a preguntar sobre el futuro de la actividad, una vez que se distiendan las medidas extraordinarias, pues es posible que las consecuencias de la pandemia perduren durante un tiempo considerable.

El **decreto 279/2020**, mantiene desde el 20 de marzo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, a la fecha extendida hasta el 10 de mayo inclusive, para atender la situación epidemiológica. Durante la vigencia del “aislamiento” se dispuso que las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren, lo que implica la supresión ‘transitoria’ de las libertades de circulación y de trabajar de vastos sectores de la economía. Asimismo, por decisión administrativa se previó exceptuar del aislamiento obligatorio a una serie de actividades consideradas esenciales, entre las que se destaca al

personal afectado a la obra pública, luego ampliado a la venta de insumos y materiales de construcción y provisión de corralones y la obra privada de infraestructura energética.

En consecuencia, el Estado Nacional no dispuso la suspensión de la obra pública. La construcción privada, en cambio, no corrió hasta el momento con la misma suerte (salvo la solución puntual vinculada a la infraestructura energética). Esta medida adoptada por el gobierno nacional no ha sido uniforme en todo el país, pues en algunas provincias se dispusieron suspensiones de actividades más generales que también incluirían a la construcción y la obra pública local.

Muy posiblemente la previsión nacional de exceptuar a la obra pública tuvo por objeto, no solo evitar perjuicios en el desarrollo de la infraestructura pública, sino por sobre todo, evitar una declaración generalizada de suspensión de obras, pues ello hubiera representado un costo significativo para el presupuesto público, en tanto habría debido reconocer sin más, los gastos improductivos y otros costos directos que se generan a partir de la situación extraordinaria declarada.

Pese a la permisión expresa que admitiría seguir adelante en plena cuarentena con la ejecución de los contratos, lo cierto es que muchas obras se encuentran paralizadas de hecho, pues previo a la declaración de emergencia sanitaria ya estaban en crisis en su cadena de pagos y financiación, y por atrasos de pago por parte del Estado, lo que se agravó recientemente, o se enfrentan a restricciones materiales para su ejecución a partir de la situación generada, a partir de la declaración de la suspensión general de las actividades económicas.

En efecto, se presentan para las empresas del sector numerosas dificultades y restricciones materiales para seguir con cierta normalidad la ejecución de las obras, tales como, problemas logísticos, de provisión de insumos, de recursos humanos y financieros vinculados estrictamente con la decisión del Estado de suspender la actividad económica en general, además de las adecuaciones que se imponen en la incorporación de distintas metodologías de trabajo dispuestas para cumplir con las necesidades sanitarias.

En definitiva, si bien el Estado Nacional dispuso la continuidad de las obras, deberá analizarse en particular la incidencia de esta situación extraordinaria en los procesos productivos y el mayor costo que implique para las empresas mantener cierta continuidad de los trabajos o, con posterioridad, recuperar la reducción del ritmo de obra, si no fue paralizada en los hechos.

Por otra parte, dejando de lado algunas teorías, existe cierto consenso que reconoce el origen natural de la pandemia que obligó al Estado a tomar decisiones extraordinarias motivadas por un hecho imprevisible y de consecuencias inimaginables, que agrava aún más la frágil posición económica y financiera en que ya estaba inmersa el país.

Ello abre en lo inmediato interrogantes que generan mucha incertidumbre para los distintos actores del sector. Puntalmente, cómo se verán afectados los contratos en curso de ejecución, ante las mayores restricciones presupuestarias y la reasignación de recursos que resultará de las nuevas prioridades que el gobierno prevea, pues ello aparejará importantes efectos en el desarrollo de infraestructura. Así como también, cuál será la metodología y estrategia que adopte el Estado Nacional para superar esta difícil coyuntura.

Esta situación extraordinaria obligará presumiblemente que las distintas dependencias Contratantes dispongan soluciones particulares para cada contrato en ejecución, con aplicación de las instituciones previstas en el régimen de la Ley de Obras Públicas, o eventualmente, bajo el paraguas de una posible declaración de emergencia de los contratos públicos, lo que determinará toda una suerte de 'sacrificios' que deberá realizar el sector para continuar ejecutando magramente aquellos proyectos que el Estado decida preservar.

Recientemente un asesor del gobierno declaró públicamente que la situación de pandemia justificaba razonablemente rescindir, modificar o reconducir muchos contratos para servir el nuevo interés público del Estado a partir de la situación de pandemia, con la mera invocación de la causal de fuerza mayor de carácter natural desatado. Esta declaración podría dejar traslucir también que muchos contratos ya arrastraban previamente situaciones de incumplimiento del Estado. Ciertamente debe evitarse caer en la tentación de rescindir ciertos contratos invocando dicha causal, en vez de reconocer los incumplimientos anteriores.

Vale aclarar que en la gran mayoría de los casos, la emergencia sanitaria motivada en un hecho de fuerza mayor e imprevisto (cuyas notas esenciales se presentan, esto es la imprevisibilidad, ajenidad e inevitabilidad) no puede ser utilizada por parte del Estado como justificativo de la rescisión de contratos, pues la situación de fuerza mayor quizás traiga aparejada una dificultad sobreviniente que no frustra en principio el fin del contrato ni impide su consecución si se realizan las adecuaciones contractuales pertinentes.

La ley de obra pública confiere al contratista el derecho a rescindir el contrato en casos de fuerza mayor o caso fortuito pero solo si se ve

imposibilitado del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin aplicación de multas ni sanciones en su contra, y debiendo liquidarse a su favor los trabajos realizados, gastos improductivos y materiales acopiados[2].

Cualquiera sea la estrategia que adopte el Estado, posee las herramientas legales para promover la recomposición del equilibrio económico de los contratos, pues de otro modo no podrá garantizarse su continuidad, en la medida que se exija a los contratistas cumplir en tiempo y forma con obligaciones de imposible cumplimiento, o de una onerosidad sobreviniente que altere en forma sustancial la ecuación económica de sus contratos. Ello demandará que los administradores de los contratos tengan la flexibilidad suficiente para admitir modificaciones en las condiciones contractuales que permitan hacer frente a una situación macroeconómica de consecuencias imprevisibles, siempre respetando el principio de igualdad, la transparencia de los procedimientos, el respeto a la intangibilidad de la ecuación económica financiera y no desnaturalización del objeto y fin que se tuvo en miras al contratar.

Es también una oportunidad para que la Administración revalore a sus contratistas como “colaboradores del Estado” en la persecución de los fines públicos y deje de lado prácticas regresivas en la ejecución de los contratos, tales como, demoras indefinidas en reconocer redeterminaciones de precios y abonar certificados, entre otros perjuicios habituales, pues esta tragedia económica no admite otra financiación para el desarrollo de las obras que los propios flujos de fondo que los proyectos tengan previstos.

Es importante comprender que no se trata de una decisión discrecional de la Administración. Los contratistas, además del derecho de rescisión en caso de no poder cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor derivadas directamente del COVID 19 o de hechos del príncipe que a su vez generen fuerza mayor, cuentan con el derecho a readecuar el contrato si se presenta una onerosidad sobreviniente ajena a su responsabilidad (por aplicación de la teoría del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato construida por la jurisprudencia en base al respeto de los derechos constitucionales de propiedad e igualdad, o por aplicación de la teoría de la imprevisión dispuesta en el Régimen General de Contrataciones[3], o por aplicación analógica del Código Civil y Comercial a los contratos públicos[4]).

Ello en modo alguno desconoce la facultad de la Administración de rescindir los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso deberá motivarse el acto que así lo decida, y evitarse en todo momento utilizar esta herramienta para un fin distinto.

En la medida que se transita esta situación extraordinaria quedan todavía por delante muchos desafíos y se abre una oportunidad para la nueva administración de abandonar malos hábitos que permitan la continuidad de los contratos y su adecuación al nuevo contexto, puntualmente económico.

Ello exigirá un alto grado de compromiso y adaptación de las diferentes estructuras del Estado en la gestión pública de los contratos en la medida que se pretenda que el desarrollo de infraestructura sea una herramienta de crecimiento de la economía una vez superada esta situación extraordinaria. Solo así será factible hacer un descenso más seguro en la corteza lunar.

CASSAGNE ABOGADOS

[Ver Perfil](#)



[1] Diario La Nación, Charlie Duke: "Llegamos al mínimo de combustible, la tensión era realmente alta", 12 julio de 2019.

[2] Art. 53 y 54 de la Ley 13.064.

[3] Art. 13, inciso a), del Decreto 1023/01.

[4] Art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación