

# **REDETERMINACIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**

RODOLFO BARRA\*

Cuando preparaba este tema me di cuenta, llegué a la conclusión, de que era, quizás inútil o de no gran utilidad, dedicarse al comentario de las normas concretas, que existieron en el pasado, que rigen hoy –y hasta con alguna imaginación– las que pueden llegar a existir en el futuro, siempre sobre metodologías de renegociación del contrato o de redeterminación de precios, según se trate. Es que si lo consideramos sólo dentro de esos estrictos límites, en definitiva no sería más que una variante de lo que puede regir en la relación entre las partes contratantes, que pactan en algún momento y bajo ciertas condiciones modificar las prestaciones que habían definido en el pacto original, en algún caso atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 1198 del Código Civil, pero en otros aún sin llegar a una situación de tal extremo.

\* Abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina. Máster en Derecho Administrativo Profundizado por la Universidad de Buenos Aires y Doctor de Ciencia Jurídica por la Universidad Católica Argentina.

En la actividad académica es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Nacional de La Matanza. Ha participado de numerosas conferencias en el país y en el extranjero. Ha sido Director Académico y Profesor en el Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

Es autor de diez libros de derecho administrativo y publicó un centenar de artículos doctrinarios en diversas revistas especializadas.

En el campo profesional, se ha desempeñado como Secretario de Obras Públicas de la Nación, donde participó en la redacción de la Ley de Reforma del Estado y su reglamentación, así como la reglamentación relativa a la concesión de servicios públicos en la República Argentina. Ha sido Secretario del Interior, en cuyo carácter presidió la Comisión de Reforma Institucional. Ha sido Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde fue vicepresidente a cargo de la presidencia del tribunal. Fue Convencional constituyente para la reforma de la Constitución de la Nación, Ministro de Justicia de la Nación, Presidente del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos y Presidente de la Auditoría General de la Nación.

En los contratos administrativos, donde uno de los cocontratantes es un sujeto perteneciente al sector público, en el sentido definido por el Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera, las normas en cuestión estarían dándole a estos sujetos del sector público la competencia para realizar la readecuación contractual, su procedimiento y alcances, pero no encontramos aquí la *sustancia del problema*.

Entonces creo que la utilidad de esta exposición residirá en discutir esa cuestión sustancial. Sobre el punto tengo que insistir en lo que vengo sosteniendo desde hace más de treinta años: el núcleo de la cuestión consiste en que *el contrato administrativo tiene sustantividad propia*, diversa de la que identifica al contrato privado.

Cuando contemplamos desde esta perspectiva la realidad y funcionalidad económica del contrato, comparando ambas especies, el punto de partida del análisis tiende a advertirse en el origen de los bienes que se adjudican a través del mecanismo contractual, en un caso el contrato público, o la otra hipótesis, el contrato privado. En el caso del contrato público, los bienes son de origen comunitario, en el caso del contrato privado, son de origen individual, aunque relativamente comunitario –porque en definitiva todo lo que hacemos de alguna manera es *gracias a, o debido a, o para*, la comunidad, es decir, siempre guardará alguna relación con la comunidad– pero no en un grado absoluto.

Por supuesto que estas afirmaciones tendrían que ser demostradas, ya sea desde el punto de vista de la filosofía, o de la historia, de la sociología, o, incluso, de la antropología. Nada de esto podemos hacer ahora, así que me limito a decirlo de una manera dogmática.

Los *bienes de origen absolutamente comunitario*, se ponen en juego en diversos tipos de relaciones, algunas de ellas las podemos llamar *relaciones globales*, por ejemplo el ambiente en el que nos movemos, que también es una realidad comunitaria. Pero ahora nos interesan sólo las que podemos llamar *relaciones individualizadas*, que pueden entablarse entre distintas categorías de sujetos, esto es *públicos* (pertenecientes al sector público del ordenamiento) o *privados* (pertenecientes al sector privado del ordenamiento).

Tomemos las relaciones individualizadas entre un sujeto público y un sujeto privado. ¿Qué es uno y qué es otro? La más simple distinción –de base positiva, aunque podría hacerse por razón de la naturaleza misma del sujeto– la podemos hacer por exclusión: sujeto “perteneciente al sector público”, es el que así lo define la Ley de Administración Financiera, mientras que “sujeto perteneciente al sector privado” es todo aquel que no está identificado como tal en la Ley de Administración Financiera. Los sujetos que pertenecen al sector público usan fondos públicos, fondos que son “bienes absolutamente comunitarios”; los sujetos pertenecientes al sector privado usan su propio dinero, se trata de “bienes absolutamente privados”.

Desde un punto de vista casi *rawlsiano*, la sociedad puede ser estudiada como un juego de adjudicaciones de bienes; algunas serán adjudicaciones consensuadas,

otras adjudicaciones impuestas, que se producen cuando hay conflictos que se solucionan con una decisión final de autoridad competente.

Detengámonos en las adjudicaciones consensuadas, con relación a los bienes que son absolutamente comunitarios, y que por lo tanto están en el *ámbito de disposición de un sujeto público*. Advirtamos que si son absolutamente comunitarios no podrían estar en el ámbito de disposición de un sujeto privado, entendiendo el término “disposición” en su sentido jurídico: el poder decidir el uso y destino del bien. Por supuesto que en un régimen democrático, ese poder de decisión es de naturaleza representativa, pero el “órgano” (constitucional, legal y siempre con imputación subjetiva) decisor es un dato organizativo que actúa, dentro de su competencia por sí mismo aunque para la organización.

Aquellas adjudicaciones de los bienes absolutamente comunitarios, que realizan los sujetos pertenecientes al sector público, son *distributivas*, es decir, tienen en cuenta también la realidad comunitaria, tienen en cuenta el valor del individuo-sujeto del sector privado, “parte” en la relación, en su calidad de, a la vez, “parte” comunitaria; en cambio las adjudicaciones de los bienes que son individuales, sólo relativamente comunitarios, y que por lo tanto son de disposición de un sujeto privado, que se vincula con otro sujeto privado, tienen un sistema de adjudicación de mero intercambio, no de distribución. La adjudicación por distribución no sólo busca el intercambio sino el reparto, o mejor, el intercambio en el reparto; la adjudicación por conmutación busca el mero intercambio conmutativo.

Todo contrato supone un intercambio de bienes, una adjudicación mutua consensuada. Pero mientras los contratos entre sujetos privados intercambian, por conmutación, bienes privados, los contratos públicos, o sea aquellos que vinculan a un sujeto del sector público con un sujeto del sector privado, realizan una adjudicación distributiva de bienes públicos. La distribución es una relación de comparación, por eso no es sólo un intercambio, porque la distribución sólo puede realizarse por comparación entre las partes, no hay una igualdad estricta entre el sujeto A de la relación jurídica y el sujeto B de la misma relación. El fenómeno de la distribución es que, el que distribuye, no actúa sólo *con referencia a*, en el caso, su cocontratante. No busca sólo “igualar” voluntariamente los bienes intercambiados, sino realizar una igualación proporcional entre distintos sujetos privados, en la medida en que estos sean *comparables* con el que participa de la relación jurídica concreta.

El contrato administrativo es el ejemplo perfecto de este caso, porque en él, además de los “sujetos comparables *virtuales*”, presentes en el conjunto de la comunidad, hay “sujetos comparables *reales*”. El contrato administrativo, el contrato público, realiza una adjudicación al sujeto privado “más conveniente”. Tal calidad de “más conveniente” indica una relación de comparación, entre los que han participado en el proceso de selección del contratista particular. Allí, cuando se emite el acto administrativo final, que se llama “adjudicación” –y que precisamente es eso, la decisión sobre la adjudicación del bien que la Administración comprometerá en el con-

trato; sobre el núcleo de la realidad económica del contrato— allí, decíamos, se establece una ecuación de comparación, precisamente la que se formaliza en la mentada “ecuación económico financiera” del contrato. Pero esta no sólo indica lo que el sujeto público paga o lo que debe cobrar, sino que en realidad expresa una relación comparativa entre las pretensiones y calidades de todos los que han sido oferentes.

La adjudicación contractual —la que transforma a un determinado oferente en *adjudicatario*— fija una realidad económica, objetiva, al momento de la adjudicación, (seguramente a un tiempo previo, hacerlo en el momento de la adjudicación es un poco difícil). Allí se definió la participación de este sujeto adjudicatario, en la riqueza, en el bien comunitario: el sujeto privado está “participando” de los bienes comunitarios, y en ese momento recibiendo el fruto de una distribución, una adjudicación por distribución. Esta, además del precio del contrato, consiste básicamente en la oportunidad de realizar esa particular industria a la que se refiere el contrato, percibiendo, en el caso de una obra pública, por ejemplo, los fondos públicos que están destinados para financiar esa particular industria.

Durante la etapa de ejecución contractual —estamos pensando en los contratos de larga duración, para los contratos que se ejecutan instantáneamente, el argumento no tiene mucha utilidad— pueden producirse cambios en aquella situación objetiva, no interesan que sean sobrevinientes o realmente imprevisibles. Hemos visto que el oferente debe presentar su oferta considerando los valores objetivos, de un momento dado, seguramente inicial, del proceso de selección. Sin embargo pueden haber anuncios, supongamos, de aumentos salariales futuros. También pueden presentarse las denominadas *dificultades materiales imprevistas*, por ejemplo con relación a la calidad de los suelos. Estos no son acontecimientos absolutamente imprevisibles; en el ejemplo de los suelos, ni siquiera es “sobreviviente”, es un fenómeno que existe, quizás, desde hace millones de años. Pero no es esto lo que interesa, sino el dato objetivo del momento en el que se decide la adjudicación, si ese dato objetivo varía en perjuicio del que resultó adjudicatario, entonces su oferta se convierte en *más barata*, y por tanto *mucho “más conveniente”* que la que se consideró al momento del acto de adjudicación; es decir expresará una relación diferente a la que tuvo con los restantes oferentes, una relación de comparación diversa. Si es al revés, si la variación es en perjuicio de la Administración comitente, la oferta del contratista se convertirá en *más cara*, y por tanto en *menos “más conveniente”*, en cualquier caso se romperá la relación de comparación original.

Estos principios valen para el contrato de obra pública, para el contrato de suministro, para las concesiones de obras y concesiones de servicios públicos, valen para cualquier contrato administrativo que al desarrollarse un tiempo prolongado, está sujeto a estas particularidades. ¿Por qué tiene que ser distinto del derecho privado? Porque en este caso hay un acuerdo que interesa sólo a las partes y si se produce un hecho extraordinario, sobreviviente, que justifique la invocación de la “teoría de la imprevisión”, y que altera de una manera fuertemente inequitativa, la relación de

intercambio entre las partes, como lo considera el Artículo 1198 del Código Civil, y si el beneficiado por esta situación extraordinaria no quiere mejorar la situación de la víctima –hacerla mejorar sólo un poco, en una medida equitativa, no ponerla en la posición que estaba antes– entonces la víctima puede demandar judicialmente la rescisión del contrato, podrá decir: “ya perdí mucho, no sigo con esto, no puedo someterme a una situación ciertamente ruinosa”.

En el caso de los contratos públicos, en cambio, no se trata mejorar la situación de inequidad, es colocar a las partes en una situación equivalente a aquella de la *relación de comparación original*, porque si no en ese juego de participaciones comparativas en el bien que es absolutamente comunitario, el contratista, por ejemplo, estará entregando a la comunidad mayor riqueza a la que se había comprometido. Pensemos en el caso de una autopista construida mediante una concesión de obra pública: si se quiebra la ecuación económica en perjuicio del concesionario, va a tener mucha más riqueza incorporada en beneficio de la comunidad (porque la pagó más barata) que la originalmente considerada, y por lo tanto será el concesionario el que soportará el esfuerzo de una manera desproporcionada, un esfuerzo al que no se comprometió cuando presentó su oferta y resultó de la comparación de ofertas, lo mismo en la situación contraria.

Por supuesto que estos principios hay que ubicarlos en los contextos económicosociales del momento; el gobierno es responsable de llevar ordenadamente la vida comunitaria y así realizar el bien común, y pueden ocurrir –en nuestro país ocurren con demasiada frecuencia, lamentablemente– situaciones de emergencia que justifiquen excepciones a tales principios. Son supuestos que deben ser tratados de acuerdo con la doctrina constitucional de la emergencia, desarrollada por la Corte Suprema en el caso “Peralta”. Así, situaciones que justifiquen un no reconocimiento pleno, sobre todo la posibilidad de que el reconocimiento se prolongue en el tiempo, se traslade en el tiempo. Pero lo que no puede haber es una eliminación de la sustancia del derecho, sea la víctima el comitente estatal, cosa que es menos frecuente, sea el comitente privado.

Pensando en el comitente privado, yo creo que estamos ante una especie de responsabilidad objetiva de la Administración, su propia actividad jurídica sufre alteraciones; alteraciones que no son de responsabilidad del contratista y precisamente para mantener la igualdad proporcional de las cargas públicas, ese hecho, que es un hecho comunitario, o sea que también afecta a toda la comunidad, el comitente público está obligado a responder por él, no en el sentido de que haya una culpa en su conducta (es una responsabilidad objetiva) sino por el cambio de las circunstancias objetivas, que han alterado de esta manera la vida del contrato.

Las metodologías para la recomposición del contrato –es decir, volverlo a la adjudicación comparativa original– pueden ser varias, diversas. Durante aproximadamente cincuenta años, tuvimos un sistema *indexatorio*, basado en índices de medición de las variables económicas. En realidad a partir de la Ley N° 12.910, para los

contratos de obra pública, se había creado un sistema de variaciones de costos, efectivamente ocurridos; después fue modificándose por razones prácticas, a sistemas de actualización por aplicación de índices.

Esto fue prohibido por la Ley de Convertibilidad. Para el contrato de obra pública, se estableció, sin embargo, un sistema denominado de *recomposición de precios*, con un umbral de perjuicio, que es temporal y porcentual. Superado ese umbral comienza a ser exigible la modificación.

Hoy todavía las relaciones contractuales públicas sufren por la situación que estalló con la crisis de 2001. Todos conocemos las grandes dificultades existentes para reestablecer la relación de comparación alterada por aquellos. Estamos aún en el medio del proceso; su solución seguramente será una cuestión de tiempo y de buena fe de las partes.