

Título: La necesidad de renegociar por acuerdo de partes los contratos públicos en curso de ejecución afectados por la emergencia pública originada por la enfermedad COVID-19

Autor: Micciarelli, Ana Belén

Publicado en: RDA 2021-133, 08/02/2021, 154

Cita: TR LALEY AR/DOC/4072/2020

Sumario: I. La pandemia originada por la enfermedad COVID-19.— II. La declaración de emergencia por la enfermedad COVID-19 en Argentina.— III. El impacto de la declaración de emergencia por la enfermedad COVID-19 en la contratación pública nacional.— IV. El encuadre del COVID-19 respecto a los contratos públicos.— V. La afectación en la ecuación económico-financiera de los contratos.— VI. Legislación provincial.— VII. Conclusión.

I. La pandemia originada por la enfermedad COVID-19

El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud (en adelante "OMS") calificó como pandemia a la enfermedad infecciosa COVID-19, originada por un nuevo brote de coronavirus, reconociendo así su propagación mundial (1). El inicio de la enfermedad se remota a Wuhan (China) en diciembre 2019, siendo posteriormente propagada por todos los países del mundo. En Argentina, el primer caso de COVID-19 se confirmó el 03/03/2020, tratándose de un caso importado (2).

La pandemia originada por la enfermedad COVID-19 impactó en todos los países del mundo, en una diversidad de materias, entre las que se incluye especialmente, y en lo que aquí interesa, la contratación pública.

II. La declaración de emergencia por la enfermedad COVID-19 en Argentina

En Argentina, en fecha 12/03/2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante "DNU") 260/20 mediante el que amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541 por el plazo de un [1] año desde su entrada en vigencia, es decir, hasta el 12/03/2021. La decisión fue aprobada por el Poder Legislativo el 13/05/2020 (Orden del Día 13/20), luego de contar con dictamen favorable de la Comisión Bicameral Permanente.

A través de la ley 27.541 el Poder Legislativo había declarado la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, hasta el 31/12/2020. Específicamente en el tít. X de la mencionada ley se dictaron disposiciones vinculadas a la emergencia pública en materia sanitaria.

Mediante el DNU 260/2020, el Poder Ejecutivo Nacional reconoció que la enfermedad COVID-19 ameritaba ampliar la emergencia pública en materia sanitaria, previamente declarada por el Poder Legislativo, lo que se traduce, a nuestro entender, en que calificó a esta nueva —y desconocida— enfermedad, y a sus consecuencias, como "emergencia pública" (3), lo que fue convalidado por el Poder Legislativo.

Ahora bien, cabe también poner de resalto que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante "CS"), tuvo oportunidad de expedirse con relación a la enfermedad COVID-19 en la causa "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza" del 24/04/2020. En esta oportunidad, y a nuestro entendimiento, la CS reconoció que la enfermedad COVID-19 en nuestro país, configuró una situación de "emergencia". En efecto, expresamente el Máximo Tribunal sostuvo que "en contextos de emergencia como el descripto, que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente".

El reconocimiento de la enfermedad COVID-19 como una situación de emergencia por parte de la CS, nos parece que es un importante precedente, considerando su histórica doctrina que establece que los "acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios" (4), a consecuencia de lo que se podrá esperar la convalidación de medidas excepcionales, que en condiciones normales no superarían el valladar constitucional.

III. El impacto de la declaración de emergencia por la enfermedad COVID-19 en la contratación pública nacional

Una vez declarada a nivel nacional la enfermedad COVID-19 como una situación de emergencia —sin perjuicio que varias provincias hicieron lo propio—, se han dictado diversas normas que alteraron el día a día de la sociedad y, también, la contratación pública.

En primer lugar, se dictaron diversas normas que regularon la "contratación de emergencia" para afrontar la pandemia por COVID-19, principalmente para adquirir insumos y equipamiento médico (5). Por otro lado, se dictaron normas que directa o indirectamente, impactaron sobre los contratos públicos en curso de ejecución, sobre lo que nos referiremos en el presente.

Cabe poner de resalto que algunas jurisdicciones se encontraron más afectadas que otras, puesto que con el transcurso del tiempo en algunas localidades se flexibilizaron las medidas dispuestas para contener el contagio de COVID-19, en virtud de la reducción de los casos por la mencionada enfermedad que se fueron registrando (6).

A continuación, repasaremos cómo diversas normas nacionales que se dictaron para mitigar los efectos de la enfermedad COVID-19, impactaron en la contratación pública en curso de ejecución nacional, sea obra pública, servicios públicos, concesiones viales u otros contratos como suministro, bienes y servicios (7).

1. Contratos de obra pública: El DNU 297/2020 (BO 20/03/2020) estableció el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (en adelante "ASPO") para que para todas las personas que habiten en el país o se encuentren en él en forma temporaria, permanezcan en sus residencias, pudiendo solamente realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, por un plazo que fue sucesivamente prorrogado (8). Asimismo, se dispuso que las personas alcanzadas por la norma debían abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, a la vez que no podían desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, a efectos de prevenir la circulación y el contagio del nuevo coronavirus, bajo control y sanción de las infracciones (incluyendo retención preventiva).

A su vez, se establecieron diversas excepciones, entre las que se encontró el "personal afectado a obra pública". No se dictaron mayores precisiones al respecto ni se reglamentó la mencionada excepción.

Sin embargo, la continuidad de la ejecución de la obra pública se encontró sujeta a diversos impedimentos de hecho, entre los que corresponde destacar: la prohibición de circular de las personas, que incluyó a los empleados afectados a la obra pública, y la tardía aparición de autorizaciones para circular; falta de stock de bienes esenciales a la construcción por cierre temporal y/o disminución en el ritmo de producción de las empresas; falta de comunicación entre comitente y contratista a efectos de coordinar y articular la continuidad de los trabajos; disminución de personal administrativo y falta de respuesta ante peticiones del contratista; existencia de normas provinciales y/o municipales que impidieron el ingreso de individuos a su territorio; entre otros.

Todo lo expuesto evidencia que a pesar de estar expresamente exceptuada la obra pública del ASPO, difícilmente pudo continuar ejecutándose con normalidad, por lo menos al principio, encontrándose en muchos casos suspendida de hecho.

2. Servicios públicos y actividades esenciales: Los servicios públicos y otras actividades esenciales estuvieron exceptuadas del ASPO, como ser: telecomunicaciones; servicios postales y distribución de paquetería; recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; transporte público de pasajeros, transporte de mercadería, petróleo, combustible y GLP; transporte y distribución de energía eléctrica y gas, entre otros (9).

En estos casos, además, de presentarse las complejidades ya reseñadas en el apartado anterior, el propio Estado Nacional —y ya en su carácter de concedente y/o permisionario— dictó normas que afectaron a los contratistas privados, licenciatarios o permisionarios de algunos de los servicios mencionados, quienes sufrieron alteraciones en las condiciones de la prestación del servicio a su cargo que repercutieron, o a futuro lo harán, en las ecuaciones económico financieras de las respectivas concesiones, licencias o permisos.

A modo de ejemplo podemos mencionar que se estableció que las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas, no podrían disponer la suspensión o el corte de los servicios a determinados usuarios considerados más vulnerables (10).

3. Concesiones viales: En el caso de concesiones viales, también el Estado Nacional en su carácter de concedente, dictó normas que afectaron a los concesionarios y, en consecuencia, el equilibrio de las prestaciones de esos contratos. Así, se suspendió el cobro de peajes desde fines de marzo 2020 hasta fines de mayo de ese año.

En efecto, la Dirección Nacional de Vialidad (en adelante "DNV") a través de la RESOL-2020-98-APN-DNV#MOP (BO 20/03/2020), posteriormente prorrogada, ordenó la suspensión del cobro de las tarifas de diversos peajes, que afectaron así el equilibrio de las prestaciones.

4. Para el resto de los contratos públicos de suministro, provisión de bienes y/o servicios, a partir del DNU 297/2020, en muchos casos se produjo una suspensión de hecho, pues se encontraron inhabilitados a continuar el contrato en condiciones de normalidad, por los diversos motivos ya expuestos en apartados anteriores. En otros casos, si bien pudieron continuar, se encontraron afectados a través de las medidas establecidas por las

autoridades nacionales.

IV. El encuadre del COVID-19 respecto a los contratos públicos

Cada categoría de contratos precedentemente referidos, obra pública, servicio público, suministro, concesiones de obra, etc., poseen su propio régimen (11). De allí que a efectos de analizar el encuadre legal y tratamiento que corresponde otorgar a la enfermedad COVID-19, se debe estudiar cada régimen particular, y la afectación contractual concreta producida.

Sin embargo, es cierto que existen diversos institutos clásicos de la teoría general de los contratos que se encuentran presentes en todos los regímenes, sin perjuicio de contener regulaciones específicas en cada uno de ellos, que deben ser analizados en cada caso con detenimiento para determinar en cuál de ellos encuadra el COVID-19 y sus efectos.

Entre las clásicas figuras mencionadas se encuentra la "fuerza mayor" (12), originada por hechos ajenos a las partes, inevitables e imprevisibles que imposibilitan el cumplimiento en forma definitiva o transitoria de las obligaciones, y exime de responsabilidad a las partes en caso de que no pueda cumplir sus obligaciones. El alcance del instituto "fuerza mayor" y los requisitos para su configuración deben ser analizados en cada régimen contractual en particular (13).

Por otro lado, la normativa dictada como consecuencia de la enfermedad COVID-19, podría dar lugar a "hecho del príncipe", instituto que se configura cuando un órgano estatal perteneciente a la misma esfera u orden jurídico que el que intervino en la celebración del contrato, dicta un acto de alcance general, imprevisible o irresistible, que influye en el contrato por vía refleja o incidental (14). Así la normativa dictada por las autoridades nacionales para enfrentar la enfermedad COVID-19, que afectó en la normal ejecución de los contratos, podría configurar un supuesto de hecho del príncipe (15).

En caso de que el Estado haya dejado de cumplir sus obligaciones en virtud de la enfermedad COVID-19, el particular también podría articular la excepción de incumplimiento contractual, que permite a los contratistas dejar de cumplir sus obligaciones, si el Estado deja de cumplir las suyas, siempre que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración le ocasione el contratista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato (16).

Incluso, los particulares podrían suspender su propio cumplimiento, en ejercicio del derecho a la "tutela preventiva" previsto en el art. 1032, Cód. Civ. y Com., que establece que una parte puede suspender si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia (17).

Ahora bien, por otro lado, en caso de que la prestación a cargo del contratista se tornare excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, se habría configurado un supuesto de "imprevisión", y sería posible exigir la recomposición del contrato, o la rescisión (18). En este caso, la Procuración del Tesoro de la Nación tuvo oportunidad de sostener que no corresponde otorgar una compensación integral, sino solamente una ayuda que distribuye el alea económica del contrato (19).

Para determinar dentro de qué instituto de la teoría clásica del derecho se debe encuadrar a la enfermedad COVID-19 y sus efectos, o a las normas dictadas en consecuencia, se debe analizar con detenimiento el régimen aplicable y la afectación concreta producida.

V. La afectación en la ecuación económico-financiera de los contratos

Las situaciones reseñadas en el apart. III provocaron que varios contratos públicos en curso de ejecución sufrieron una alteración en su ecuación económico-financiera (en adelante "EEF"), en perjuicio de los contratistas particulares; mientras que, en otros contratos, si bien aún no se produjo la alteración en su EEF, se han producido hechos perjudiciales para el contratista, que deberán ser tenidos en consideración, a futuro, al momento de analizar una eventual ruptura de la EEF.

El principio del equilibrio económico financiero del contrato se presenta como un derecho del contratista al mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones, que posee fundamento constitucional en la propiedad (art. 17, CN) (20) y en la igualdad de las cargas públicas (art. 16, CN) (21).

Dentro de los múltiples perjuicios sufridos por los contratistas particulares, podemos mencionar que, en el caso de las obras públicas, se produjo una parálisis o retraso en el cronograma de ejecución de trabajos, que generaron gastos improductivos a cargo de las empresas, a la vez que perjudicaron el curso de contrataciones ya programadas, en tanto las obras se extendieron el tiempo. Además, a partir de la suspensión o retraso en las obras, los contratistas tuvieron que hacerse cargo de gastos de mantenimiento y custodia de obra, depósito y

guarda de bienes stockeados, a la vez que tuvieron que mantener equipamiento en la obra, lo que impidió destinarlo a nuevas obras. Para el reinicio de las actividades debieron confeccionar e implementar protocolos sanitarios asumiendo sus costos.

Luego también cabe poner de resalto que las empresas debieron licenciar a las personas en situación de riesgo (22), manteniendo el pago de los salarios, a la vez que tuvieron que hacerse cargo del transporte de empleados (23), sumado a la prohibición de efectuar despidos (24), medida que obligó a mantener íntegramente todo el personal ya contratado.

En el caso específico de servicios públicos y concesiones viales, se dictaron normas que modificaron los títulos de concesión y/o permisos, así como los Marcos Regulatorios, que impidieron modificar tarifa y/u obligaron a mantener el servicio a pesar de falta de pago por el usuario (25).

Las medidas mencionadas provocaron una alteración en la EEF de diversos contratos públicos, en perjuicio de los contratistas particulares, concesionarios, licenciatarios o permisionarios que, a nuestro entender, genera una situación generalizada que no puede ser atendida en forma suficiente ni eficiente bajo ninguno de los institutos clásicos reseñados en el apartado anterior, por lo que, salvo que existen previsiones contractuales específicas que aborden la situación y establezcan cómo se deberá proceder, resulta exigible se dicten normas genéricas y específicas que permitan la renegociación contractual, con acuerdo de partes, con la finalidad de restablecer el equilibrio de la EEF. Si bien la Administración Pública en su carácter de comitente, y tal como fue reconocido por la PTN, posee facultades propias para renegociar los contratos que se celebra, como consecuencia de su condición de Jefe de la Administración General del país prevista en el art. 99, inc. 1° de la CN (26) consideramos que la crisis generalizada amerita se dicten normas generales que contengan parámetros claros y genéricos para todos los casos, estableciendo las posibles variantes y/o modificaciones a los contratos afectados para que se posible restablecer el equilibrio de la EEF afectada (ejemplo aumento de ítems, modificación de plazos, forma de pago, etc.) (27), así como también sus límites, dejando a cargo de organismos especializados e independientes la renegociación, que deberán crearse a tal efecto. Ahora bien, también se debe entender que las normas que dispongan la renegociación deberán contener plazos que se deben considerar vinculantes para el Estado Nacional, de modo que el compromiso de revisar los contratos para arribar al equilibrio de la EEF sea finalmente cumplido dentro de un plazo razonable (28).

La renegociación, que permita restablecer el equilibrio de la EEF y en consecuencia los derechos del contratista, que se sustente en normas claras y genéricas aplicables a todo el universo de contratos, con las distinciones que en cada caso corresponda, también resulta ser la solución adecuada considerando la crítica situación económica en que se encuentra el Estado Nacional, que se mantendrá por varios años, pudiendo acordarse alternativas a la contraprestación originariamente pactada. Incluso, la necesidad de destinar recursos para enfrentar la pandemia determinó que el presidente de la Nación habilite al Jefe de Gabinete a redistribuir recursos (29).

Coincidimos con quienes sostienen que la rescisión de los contratos —sin perjuicio de ser una facultad de la comitente estatal— tampoco resulta una solución adecuada frente a la crisis producida por COVID-19, y sería una medida perjudicial para los contratistas particulares, sus trabajadores, el propio Estado y la sociedad, puesto que además, de perderse fuentes de trabajo y frenarse el desarrollo de infraestructura y/o mejora de bienes y servicios, se debería convocar, a futuro, una nueva licitación, que requerirá nuevos costos y tiempo (30). Tampoco consideramos que la facultad del comitente estatal previsto en los regímenes contractuales que le permite modificar los contratos resulta pertinente para arribar al restablecimiento del equilibrio contractual afectado (31).

Todo esto, evidencia que es necesario el dictado de normas generales, claras, eficaces y suficientes, que permitan la renegociación de los contratos afectados, y permitan a los particulares reestablecer el equilibrio de la EEF, que les permita continuar la ejecución contractual, cumpliéndose así finalidad de la contratación y en consecuencia, cubriéndose las necesidades públicas que motivaron la contratación, todo lo que resguarda el interés público, lo que, además, permitirá preservar las fuentes de trabajo (32). Para ello, es necesario que las normas generales que ordenen la renegociación no sean restrictivas de los derechos de los particulares, sino que permita el debido resguardo de la totalidad de sus derechos. Consideramos que incluso la CS, al sostener que el COVID-19 configuró una situación de emergencia (33), validará soluciones innovadoras y superadoras, siempre que los derechos del particular no sean desconocidos (34).

Además, la necesidad de renegociar los contratos públicos afectados no solamente se evidencia como necesario para el debido resguardo de los derechos del contratista particular, sino que también es exigencia de principios y fundamentos básicos de la contratación pública, como ser: el fin público perseguido en cada contratado público, y las necesidades públicas que vienen a cumplir (35); el principio de continuidad de los

contratos (36); principio de conservación del contrato; el principio pacta sunt servanda; el trato justo y equitativo que corresponde otorgar a los inversionistas; el respeto de tratados de protección de inversiones; la oferta más conveniente para la contratación que arribó al contrato público suscripto; el contratista es un colaborador de la administración (37), entre otros.

A su vez, la renegociación esperada deberá llevarse a cabo respetando principios básicos de la contratación tales como la igualdad licitatoria (38) y el fin de la contratación, y se deberá efectuar mediante organismos especializados e independientes.

A nivel nacional a la fecha aún no se dictó normativa alguna que contemple cómo seguirán las contrataciones en curso de ejecución y, menos aún, que dispongan su renegociación. Esto genera una situación de extrema incertidumbre que debe ser atendida. Sin embargo, esperamos que, en caso de dictarse normas que permitan la renegociación de contratos públicos, no se repitan los mismos errores cometidos años atrás, al dictarse normas que pretendieron la renegociación de contratos, que culminaron en renegociaciones que nunca terminaron, o lo hicieron quince [15] años después, dando lugar incluso a incumplimientos del Estado que pueden ser reclamados en instancias arbitrales internacionales con los perjuicios que eso representa para el erario público (39).

Las autoridades deben tener presente que los contratistas públicos poseen derecho constitucional al mantenimiento de su EEF por lo que, en caso de que no se proceda al restablecimiento del equilibrio de la EEF de cada contrato afectada, los contratistas podrán solicitar su reconocimiento en el Poder Judicial u organismos de solución de controversias pactado, lo que sin duda representará perjuicios aún mayores para el erario público.

VI. Legislación provincial

Si bien a nivel nacional aún no se han dictado normas que tiendan a renegociar los contratos públicos en curso de ejecución afectados, sí existen precedentes en la legislación local que abordaron esta situación, y dictaron pautas para llevar a cabo la renegociación. Incluso, existen provincias que, antes de la emergencia por COVID-19, habían dictado normas para renegociar contratos públicos ante la emergencia económica que, en muchas locales, se declaró a fines del 2019.

VI.1. Situación antes del COVID-19

Emergencia pública antes del COVID 19	
Provincia	Principales regulaciones
La Pampa [ley 3145 (B.O. 12/4/19)]	<p>Contratos alcanzados: obra pública. Aplica a contratos en curso de ejecución cuyo avance de obra al 30/4/18 sea menor al 70%, y para los suscriptos luego de esa fecha siempre y cuando su precio base sea anterior a septiembre de 2018.</p> <p>Ámbito de aplicación subjetivo: PE, entidades autárquicas y descentralizadas.</p> <p>Permite: modificaciones en condiciones de financiamiento, otorgamiento anticipo financiero hasta el 20% del monto de obra faltante, nuevos plazos y condiciones para el acopio, nuevos plazos de obra, planes de trabajo y curvas de inversión.</p>
Río Negro [ley 5429]	<p>Declaración emergencia: emergencia pública en materia económica, financiera y fiscal del sector público provincial, desde el 27/12/19 al 31/12/20.</p> <p>Contratos alcanzados: obra pública, servicios, suministros, concesión pública, consultoría y/o cualquier otro tipo.</p> <p>Ámbito de aplicación subjetivo: PE.</p> <p>Permite: rescindir, prorrogar o renegociar los contratos, incluyendo los cánones establecidos.</p>

VI.2. Situación después de la aparición del COVID-19

Emergencia pública después del COVID 19	
Provincia	Principales regulaciones

<p>Mendoza [decs. 359/20 (B.O. 13/3/20) y 401/20 (B.O. 21/3/20)]</p>	<p>Declaración emergencia: materia sanitaria, social, administrativa, económica y financiera, desde 13/3/20 al 13/3/21. Contratos alcanzados: totalidad de contrataciones (bienes, servicios, obra pública, etc.) excepto los celebradas con Instituciones Multilaterales de Crédito, empleo público, contratos de adhesión, Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo. Permite: renegociar contratos por acuerdo de partes. Si no hay acuerdo permite reprogramar cláusulas y resolver contratos. También reorganizar, optimizar o modificar las condiciones originales de contrataciones vigentes para atender la emergencia.</p>
<p>Santa Fe [ley 13.977 (B.O. 31/3/20), dec. 415/20]</p>	<p>Declaración emergencia: materia social, alimentaria y sanitaria, de las contrataciones públicas, financiera y de seguridad. Contratos alcanzados: totalidad de contrataciones (bienes, servicios, obra pública, etc.) excepto empleo público, caja chica, celebrados con estados extranjeros, etc. Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo. Excepto empresas del Estado provincial con actividad comercial, cuando se realicen en cumplimiento de su objeto social. Permite: renegociación por acuerdo de partes, que se sostenga en un equilibrio entre optimización de recursos públicos e intereses particulares. En caso de que no haya acuerdo, habilita reprogramación de plazos y rescisión de contratos de suministro, obra, locación de servicios y consultoría. También habilita la emisión de títulos de deuda y cheques de pago diferido para atender la renegociación.</p>
<p>La Pampa [dec. 522/20 (B.O. 13/3/20), ley 3214 (B.O. 27/3/20) y ley 3218 (B.O. 3/4/20)]</p>	<p>Declaración emergencia: adhiere a emergencia sanitaria declarada por Estado Nacional. Contratos alcanzados: obra pública. Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo. Permite: suspender, interrumpir o ampliar plazos, ampliar o reducir obra y/o trabajos adicionales, complementarios o imprevistos, sea en obras públicas en ejecución, o las que aún no iniciaron, pero poseen contratos de obra formalizados. Reconoce que las consecuencias de la emergencia pueden imposibilitar ejecución en tiempo y forma de las obligaciones contractuales.</p>
<p>Tierra del Fuego [ley 1312 (B.O. 02/6/20)]</p>	<p>Declaración emergencia: materia económica, fiscal, financiera y social, hasta el 31/12/20. Contratos alcanzados: obra pública, prestación de servicios y provisión de bienes. Excluye concesiones de servicios públicos esenciales. Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo. Permite: readecuar y/o renegociar contratos adjudicados o en curso de ejecución, que generen obligaciones para el Estado al 02/6/20.</p>
<p>Ciudad Autónoma de Buenos Aires [ley 6301 (B.O. 12/5/20), dec. 210/20 (B.O. 15/5/20)]</p>	<p>Declaración emergencia: materia económica y financiera hasta el 31/12/20. Contratos alcanzados: bienes, servicios, suministros, obra pública, concesiones y permisos, celebrados con</p>

	<p>anterioridad a la ley 6301. Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo —incluyendo sus organismos descentralizados, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, SA con participación estatal mayoritaria—, Legislativo y Judicial, Comunas. Permite: suspender, resolver, revocar, rescindir, o modificar las condiciones esenciales de las contrataciones, plazo, 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 caso de producirse alguno de los supuestos mencionados, reconoce derecho al Contratista a gastos incurridos y probados, concluida la emergencia.</p>
<p>Buenos Aires [ley 15.165, decs. 304/20 y 515/20]</p>	<p>Declaración emergencia: materia social, económica, productiva, y energética, prestación de servicios y la ejecución de los contratos. Contratos alcanzados: obra pública, bienes y servicios. Ámbito de aplicación subjetivo: Poder Ejecutivo, incluyendo sus entidades descentralizadas, autónomos y autárquicas. Permite: El impacto producido en la EEF debe ser superior al 10%. Incluye (i) adecuación plazos, (ii) en el caso de bienes y servicios, adecuación de prestaciones y/o montos contratados, modificaciones hasta 35%, (iii) en el caso de obras, modificaciones obligatorias, más ítems (100%) o reducciones (35%). Inicio de oficio o a pedido de parte. En caso de acuerdo, renuncia contratista gastos generales.</p>

VI.3. Reflexiones respecto a la normativa provincial

Notamos que la mayoría de las provincias han dictado normas que habilitan la renegociación de los contratos luego de declarar la emergencia, en distintas materias, en su jurisdicción. Mientras que la mayoría lo hicieron tras declarar la emergencia en diversas materias, entre las que se incluye la financiera y económica (como es el caso de Río Negro, Mendoza, Tierra del Fuego, Ciudad de Buenos Aires, provincia de Buenos Aires), otras lo hicieron solo han declarado la emergencia sanitaria posterior a la pandemia por COVID-19 (Santa Fe, La Pampa).

La mayoría de las normas reseñadas no ha cumplido los parámetros de claridad y suficiencia que entendemos amerita el dictado de normas generales que dispongan la renegociación de los contratos afectados, limitándose solamente a mencionar que se habilita la renegociación de contratos, sin dar pautas detalladas de cómo deberá operar, ni qué organismos deberán intervenir. En este último caso, solamente la Ciudad de Buenos Aires dispuso expresamente que se deberá dar intervención a la Procuración General de la Ciudad. Sin embargo, ninguna de las normas citadas mencionó intervención de organismos especializados ni independientes, ni estipuló plazos vinculantes para concluir la renegociación.

Una de las pocas provincias que otorgó mayores previsiones a los requisitos exigidos para que sea procedente solicitar la renegociación fue la provincia de Buenos Aires —aunque no convalidemos los mismos— exigiendo que se deberá acreditar un impacto en la EEF superior al 10%, mientras que, sostenemos, cualquier afectación de la EEF que quiebre el equilibrio contractual debería permitir la renegociación en aras a la recomposición del contrato. La norma establece con claridad que la renegociación podrá incluir adecuación de plazos, y modificaciones que impliquen ampliaciones o reducciones. Resulta cuestionable que se exija que, en caso de avanzar con la renegociación, se debe renunciar a los gastos generales ocasionados, especialmente en el caso de la obra pública, en donde los gastos improductivos operados durante la suspensión de hecho de estas en virtud de las medidas dictadas para mitigar la pandemia originada por COVID-19, son realmente elevados.

Otra provincia que también estableció pautas claras que podrá incluir la renegociación fue La Pampa. En efecto, estableció que se podrá otorgar anticipo financiero del 20% respecto al monto faltante de obra, a la vez que se podrán adecuar plazos de obra, planes de trabajo y curvas de inversión. La norma limitó los contratos que podrán requerir la renegociación, estableciendo que serán los de obra pública cuyo avance sea menor al 70% de la misma y se hayan celebrado dentro del límite temporal allí establecido.

La provincia de Santa Fe, con buen criterio, estableció que la renegociación se debe sostener en un equilibrio entre una optimización de recursos públicos e intereses particulares, aunque en la práctica, esto resultará válido si aquellos "intereses particulares" implican el restablecimiento del equilibrio de la EEF alterado.

La única normativa que expresamente contempla la necesidad de un acuerdo de partes fue la provincia de Mendoza. Sin embargo, nos quedan ciertas dudas acerca de la facultad de "reprogramar" cláusulas de los contratos en caso de que no haya acuerdo. Por su lado la provincia de Buenos Aires permite que el proceso de renegociación se inicie de oficio o a pedido de parte.

VII. Conclusión

La crisis generalizada a partir de la pandemia generada por el COVID-19, y las medidas dictadas por las autoridades nacionales para mitigar sus efectos, han producido graves perjuicios para los contratos públicos en cursos de ejecución, que no encuentran adecuada solución en ninguno de los institutos ordinarios de la normativa vigente, puesto que la extraordinaria situación producida, la afectación generalizada a todos los contratos, y la situación económica del Estado Nacional, demuestran que la única solución posible para afrontar esta situación es a través de la renegociación de los contratos públicos afectados, por acuerdo de partes, que permitan reestablecer el equilibrio de la EEF, en resguardo de los derechos constitucionales del contratista, modificando previsiones contractuales, respetando los principios básicos de la contratación pública, lo que, además, permitirá cumplir con la finalidad de la contratación y en consecuencia, atender las necesidades públicas en juego. Para que la renegociación sea valiosa, debe involucrar un procedimiento bilateral —tal como expresamente reconocen las normas de Mendoza y Santa Fe reseñadas, que exigen acuerdo de partes— y participativo en donde el contratista tenga una activa participación, y en donde se respeten, además, principios de transparencia que permitan a los ciudadanos su seguimiento y control, e intervengan organismos especializados e independientes. Ahora bien, para que la renegociación sea legítima, no deberá ser restrictiva de los derechos de los contratistas particulares, sino que deberá incluir mecanismos necesarios para arribar a un equilibrio de la EEF afectada.

(1) Página web oficial de la OMS: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public.q-a-coronaviruses> (última consulta: 05/09/2020).

(2) Página web oficial Ministerio de Salud de Nación: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/salud-confirma-el-primer-caso-de-coronavirus-en-el-pais>, (última consulta: 05/09/2020).

(3) Surge de los Considerandos del DNU 260/2020: "... en el marco de la declaración de emergencia pública en materia sanitaria declarada por el art. 1º de la ley 27.541, resulta procedente su ampliación respecto de las medidas a adoptar con relación al coronavirus COVID-19" (consid. 3º del DNU 260/2020).

(4) CS, Fallos 313:1513; 318:1887; 321:1984; 323:1566; 325:28; 327:4495; 330:855; 330:2074.

(5) Para ampliar se puede analizar el "Régimen de contrataciones de emergencia COVID-19" elaborado por la Sindicatura General de la Nación, la Secretaría de Empleo y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Oficina Anticorrupción, en junio 2020. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/contrataciones_de_emergencia_covid-19.pdf (última consulta: 05/09/2020).

(6) Mientras que el DNU 297/2020 estableció la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" para todo el país, con el correr del tiempo, a través del DNU 520/2020 y concordantes, se aprobó la medida de "distanciamiento social" en varias localidades.

(7) Las contrataciones públicas provinciales y municipales también se han visto afectadas, pero no serán analizadas en el presente.

(8) DNU 325/2020, 355/2020, ss. y cdtes.

(9) DNU 297/2020.

(10) DNU 311/2020 y cdtes.

(11) A nivel nacional, la obra pública se rige principalmente por la Ley Nacional 13.064 de Obra Pública (en adelante "LNOP") y concordantes, las concesiones de obra pública por la ley 17.520 y concordantes, los contratos de provisión de bienes, servicios y suministros se rigen por el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por dec. 1023/2020 (en adelante "RCAN"), y su dec. regl. 1030/2016 (en adelante "Reglamento del RCAN"). A su vez, cada servicio público o actividad esencial posee su propio marco regulatorio.

(12) Nos parece interesante la reflexión efectuada por Álvaro Flores, en oportunidad de reseñar un fallo en el que la CS se expidió en relación con una epidemia, y sostuvo que su acaecimiento podría ser asimilada a un supuesto de fuerza mayor cuando ocasionare obstáculos insuperables para el hombre [CS, Fallos 11:446 (1872)]. De allí, señala el citado autor que la afirmación de la CS pareciera traslucir que, si la pandemia, o sus efectos, no superan el umbral de la mera dificultad, no podrían configurar un evento de fuerza mayor para justificar el incumplimiento de las obligaciones (cfr. FLORES, Álvaro "Las contrataciones públicas en trámite y el COVID-19. Algunas reflexiones", en CASSAGNE [dir.], Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 130, edición especial COVID-19, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio-agosto 2020, ps. 136 y ss.).

(13) El art. 1730 del Código Civil y Comercial (en adelante "Cód. Civ. y Com.") otorga la siguiente definición "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". El art. 13, inc. c) del RCAN exime de cumplimiento a los contratistas particulares ante caso fortuito o fuerza mayor, exigiendo que sean de carácter natural, incluyendo también en esa definición a actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato. Por su parte la LNOP establece que se considera caso fortuito o fuerza mayor los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación, o los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos, y establece que el comitente estatal se hará cargo de los perjuicios ocasionados en consecuencia (art. 39, LNOP). Además, la LNOP habilita al Contratista a rescindir el Contrato ante caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato [art. 54, inc. d, LNOP], a la vez que establece que, en ese supuesto, el contratista no recibe liquidación por gastos improductivos que probare haber tenido como "consecuencia de la rescisión del contrato". La CS tuvo oportunidad de sostener que los gastos improductivos excluidos de resarcimiento en la LNOP, solo alcanzan a los que se generen como consecuencia de la rescisión, es decir, durante el lapso en que el Contratista ya tuvo conocimiento que ocurriría la rescisión del Contrato, y no los anteriores (Dictamen de la Procuradora General al que la CS adhiere en "Benito Roggio e hijos SA y otro c. EN - Agua y Energía Eléctrica SE s/ contrato obra pública", 14/05/2013, B. 865. XLVI).

(14) Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, nro. 764 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", Buenos Aires, ps. 80 y ss. Tanto el RCAN como la LNOP asimilan el "hecho del príncipe" a la fuerza mayor [cfr. art. 13, inc. c) del RCAN y art. 39, inc. a) de la LNOP].

(15) Sostiene Jorge I. Muratorio que el hecho del príncipe es causal de eximición de responsabilidad del contratista, a la vez que también es causal de renegociación contractual para su recomposición, al comprometer la responsabilidad del Estado, que encuentra fundamento en los arts. 16 y 17, CN y en el propio régimen de contrataciones (ampliar en MURATORIO, Jorge I., "La normativa COVID-19 como hecho del príncipe" en CASSAGNE [dir.], Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 130, ps. 209 y ss.).

(16) Actualmente se encuentra regido en el art. 1031 del Cód. Civ. y Com. El Máximo Tribunal aceptó su procedencia en contratos públicas en el antecedente "Cinplast SA c. ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones)", Fallos 316:212, 1993.

(17) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, "El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19", publicado en LA LEY, 2020-C (cita online: AR/DOC/1735/2020).

(18) El instituto de la imprevisión se encuentra regido en el art. 1091, Cód. Civ. y Com. y establece que: "Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o

asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia". La CS ha tenido oportunidad de considerar aplicable la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, invocando la figura en sí misma y/o con su previsión en el Código Civil (cfr. CS, Fallos: 266:61; 301:525; 303:323; 313:376, entre muchos otros). Por su parte el RCAN habilita la recomposición del Contrato cuando "acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo", y el Reglamento del RCAN establece que "En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual" (art. 96).

(19) La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante "PTN") y la Oficina Nacional de Contrataciones (en adelante "ONC") tuvieron recientemente oportunidad de analizar el instituto de la imprevisión en contratos públicos de suministro. Ambos Organismos sostuvieron que en caso de que se configure un supuesto de imprevisión en contratos de suministro, corresponde su recomposición, bajo el principio del "sacrificio compartido". Por su parte, la PTN tuvo oportunidad de sostener que resultaba viable la recomposición de los precios adjudicados, frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, sin sujeción a plazos predeterminados ni a metodologías de cálculo específicas, con base en el instituto de la teoría de la imprevisión, y al espíritu del sacrificio compartido, aclarando que no se trataba de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilitaba distribuir el "alea anormal o económica" del contrato (cfr. Dictámenes PTN de fecha 03/02/2020 y 13/04/2020). Por otro lado, la ONC sostuvo que el principio del "sacrificio compartido" posee una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno solo de los cocontratantes. Asimismo, sostuvo que el citado principio implica distribuir proporcionalmente entre las partes el esfuerzo patrimonial (cfr. Dictamen ONC F-2020-31211941-APN-DNCBYS#JGM, del 11/05/2020).

(20) La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció en numerosos pronunciamientos que el equilibrio económico financiero del contrato integra el derecho de propiedad del contratista, al sostener que "el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término" (CS, Fallos: 145:307; 158:268, entre otros).

(21) En este sentido sostiene Ezequiel Cassagne con cita en Miguel Marienhoff que es inadmisibles que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público (cfr. CASSAGNE, Ezequiel, ob. cit.).

(22) Resolución MT 207/2020 y cdtes.

(23) Resolución MT 90/2020 y cdtes.

(24) Dec. 329/2020 y cdtes.

(25) DNU 311/2020 y cdtes.

(26) PTN, Dictámenes 305:291.

(27) Incluso la PTN reconoció que en los contratos de concesión es posible restablecer el equilibrio de la EEF, mediante prórrogas o extensión de plazo, siempre que no se altere sustancialmente el contrato y sus variables principales (PTN, Dictámenes 303:66).

(28) De ese modo, el Estado Nacional debe evitar incurrir en las demoras e incumplimientos operados al dictar la ley 25.561 (BO 07/01/2002).

(29) El art. 23 del DNU 260/2020 habilitó al Jefe de Gabinete a reasignar partidas presupuestarias.

(30) Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, ob. cit.

(31) La facultad establecida en el art. 100 del Reglamento del RCAN a favor de la Administración, de aumentar o disminuir el monto total del contrato, tampoco resulta eficiente para una renegociación de estos. A modo de ejemplo, podemos mencionar que el apart. 6.1.a) del art. 100 citado, impide que la prerrogativa de aumentar o disminuir el monto del contrato sea utilizada para aumentar o disminuir el plazo de este. Por el contrario, consideramos que una renegociación contractual podría incluir extensión de plazo.

(32) Conforme sostiene Cassagne, Ezequiel, refiriéndose al COVID-19 "las situaciones de emergencia como la actual en los contratos públicos en ejecución es que estos se tornan excesivamente onerosos, como consecuencia de varios factores, provenientes de la propia situación de crisis que genera el COVID-19 o de las medidas dictadas por el Estado para contenerlo —hechos del príncipe—, que inciden en el quiebre de la ecuación económica y financiera de los contratos, tornándose muy gravosa su prestación. Ello pone en riesgo el

cumplimiento de los contratos —y, por ende, su finalidad—, la situación patrimonial de las empresas y las fuentes de trabajo que genera" (CASSAGNE, Ezequiel, ob. cit.).

(33) CS, 24/04/2020, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza".

(34) La CS admitió ante emergencias que es aceptable que se posterguen en el tiempo ciertos derechos del contratista particular, en tanto no se desconozcan sus derechos (cfr. CS, Fallos 243: 467, 283:76, 313:1513, entre otros).

(35) La CS estableció que "cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado" (cfr. CS, 29/03/1990 "Dulcamara SA c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ cobro de pesos").

(36) La PTN sostuvo que el principio de continuidad del contrato otorga a la Administración el poder de exigir siempre la no interrupción de la prestación (cfr. PTN, Dictámenes 242:433, 256:210, 267:606; 302:295).

(37) La CS sostuvo que "El principio cardinal de la buena fe hace exigible, por un lado, a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar, y como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público". (CS, Fallos: 325:1787), y la PTN que "su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público" (PTN, Dictámenes 108:187 bis).

(38) El principio de igualdad en la contratación, entre oferentes que participaron y terceros autoexcluidos, que posee fundamento en el art. 16 de la CN, podría ser afectado ante una modificación en el marco de la ejecución del contrato, puesto que los mencionados podrían haber tenido la oportunidad de formular sus ofertas de un modo diferente de haber conocido, en su momento, las modificaciones que se iban a introducir a los pliegos, especialmente aquellas que se refieren a su equilibrio económico-financiero.

(39) Tal como fue el caso de la ley 25.561 que ordenó en su art. 8º renegociar contratos de obra y servicios públicos.