

La normativa COVID-19 como hecho del príncipe

Jorge I. Muratorio

Sumario: I. Emergencia y pandemia COVID-19.— II. Normativa COVID-19.— III. Normativa COVID-19 y contratación pública.— IV. La teoría del hecho del príncipe.— V. El régimen de contrataciones públicas y la teoría del hecho del príncipe.— VI. Corolario.

I. Emergencia y pandemia COVID-19

La pandemia COVID-19 declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) viene a agravar notablemente —y en escala mundial— la situación de nuestro país, que ya transitaba una larga historia de situaciones de emergencia.

En efecto, la normativa de emergencia por la pandemia se enlaza como un eslabón más de esa cadena de regulaciones excepcionales y extraordinarias —y a la vez ya “tan comunes”—, dándole continuidad, tal como ha sucedido respecto de la ley 27.541 de 2019, por parte del decreto de necesidad y urgencia [“DNU” (1)] 260/2020 y la treintena de sus similares siguientes (2).

Es que, desde finales de los años ochenta, nuestro país se ha encontrado —casi sin tregua— bajo emergencias de índole económica, social, sanitaria, administrativa, etc. (3), reguladas a través de normativas específicas, a tal punto que se ha generado todo un derecho al respecto, la “doctrina de la emergencia” o “es-

tado de emergencia” (4), dentro de la cual se apunta también la situación actual por la pandemia.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, con la finalidad de custodiar la paz social y el interés general, las normas de emergencia permiten satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada ante acontecimientos extraordinarios, para lo cual la situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso, con debido sustento en la realidad y en orden a ejercer los poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad, persiguiendo la satisfacción del interés público y en protección de intereses básicos de la sociedad, utilizando razonablemente remedios propios y justificados, con limitación en el tiempo en función la exigencia de su razón (5).

La emergencia en sí misma y el derecho que la regula impactan sobre todas las actividades de la sociedad. En el caso actual esto ha sido más drástico todavía pues su factor de atribución (el coronavirus SARS-CoV-2 y la resultante pandemia COVID-19) es externo, ha aparecido imprevistamente y ataca directamente la salud de las personas humanas, a partir de lo cual las medidas de defensa impactan sobre sus libertades —de circulación, de trabajo, industria, comercio, etc.— de allí en el mercado. Esto último

(1) Conforme las previsiones del art. 93, CN, y de la ley 26.122.

(2) Una compilación oficial puede verse en “Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID-19”, <http://www.saij.gob.ar/>.

(3) Ver en este sentido FLORES, Álvaro, “El coronavirus y su impacto en la contratación pública”, página web del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral, 20/03/2020, disponible en <http://www.obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>.

(4) Término utilizado por la ley 23.696 y luego por la Corte Suprema para emergencias posteriores (CS, Fallos: 328:690: 334:596, entre otros).

(5) CS, 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c. EN y otros s/ amparo”, CS, Fallos: 327:4495.

repercute sobre la situación de personas humanas y jurídicas y así sucesivamente.

Esto ha modificado el patrón de las últimas emergencias que conocíamos, derivadas de descalabros económicos en nuestra economía, con mayor o menor influencia externa, que impactaban directamente en el mercado y luego en las personas humanas.

II. Normativa COVID-19

Tal como ha sostenido recientemente al respecto la Corte Suprema, la pandemia COVID-19 configura una circunstancia de extrema incertidumbre, una emergencia que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente (6).

Pero a la vez, nuestro el Alto Tribunal ha recordado algo muy importante: aún en ese contexto “sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos”, en tanto que “[l]as emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho” (7).

Esto supone que todos los efectos perjudiciales de las normas dictadas con motivo de la pandemia deben ser tratado dentro del Estado de derecho. Inclusive los que repercuten sobre la contratación pública, pues, como bien se ha sostenido, esta “[s]upone una radiografía de la situación material en la que se desenvuelve el Estado de derecho de cualquier país democrático avanzado” (8).

Así las cosas, cabe mencionar que de momento la normativa COVID-19, como adelantamos, se compone básicamente de la ley 25.541 y una treintena de DNU, por la cual se ha ido migrando de una obligación general de “aislamiento social” de las personas en sus residencias, hacia

una etapa de “distanciamiento social”, en función de la evolución de la pandemia a lo largo de nuestro territorio.

La ley 27.541 de 2019, que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta 31/12/20, así como por los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y 520/2020 —entre otros—, sus normas complementarias y reglamentarias (en adelante y en conjunto “Normativa COVID-19”), en cuya virtud rige desde 20/03/2020 un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (“ASPO”), por un plazo que se ha prorrogado reiteradamente en atención a la situación epidemiológica y concentrándose en las zonas más pobladas, para dar lugar en el resto del país solo a la exigencia de un distanciamiento social.

En función de dicho aislamiento, las personas deben permanecer en sus residencias, absteniéndose de concurrir a sus lugares de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos —salvo desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos—, bajo control y sanción estatal.

Se exceptúa de todo ello a las personas afectadas a las “actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”, tales como personal de salud, de fuerzas de seguridad y fuerzas, Fuerzas Armadas, autoridades gubernamentales superiores, trabajadores públicos convocados para garantizar las actividades requeridas por las respectivas autoridades, personal de supermercados, farmacias, industrias alimenticias, de insumos sanitarios y de medicamentos, etcétera.

Con el tiempo y fundamentalmente por lo dispuesto por el DNU 520/2020, nuestro país se encuentra entonces bajo dos situaciones regulatorias, una, la del mencionado “aislamiento social”, centrada en la densamente poblada “Área Metropolitana de Buenos Aires” (“AMBA”) (9)

(6) CS, 24/04/2020, in re “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ Acción declarativa de certeza”, consids. 4º y 17.

(7) Ibidem.

(8) VILLALBA PÉREZ, Francisca L., “Nociones básicas de contratación pública”, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, 2ª ed., p. 13.

(9) El AMBA comprende la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes cuarenta [40] partidos de la provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avella-

así como algunos lugares puntuales de ciertas Provincias, y, otra, la de todas las Provincias donde rige el “distanciamiento social”, con reapertura de la mayoría de las actividades económicas, etc., conforme a protocolos sanitarios y en tanto no se concentren cantidades significativas de personas en relación de estrecha proximidad.

En definitiva, esta es la respuesta normativa “defensiva” frente a la hecatombe, donde se comenzó estableciendo una prohibición general al ejercicio de la libertad ambulatoria (con todo lo relacionado al efecto) que se recupera paulatinamente mediante excepciones tabuladas, lo cual nos recuerda al “poder de policía” tal como la describía Otto Mayer a principios del siglo XX, en cuanto se dictan reglas de derecho contra las perturbaciones sociales, en protección y defensa del buen orden de la cosa pública (hoy, del interés público) (10).

Decía Mayer que cuando tales perturbaciones se producen por fuerzas naturales de gran poder que ponen en peligro en vasta proporción la vida de los hombres —tal lo que acontecido ahora—, se trata de casos de “calamidad pública” y las medidas policiales deben ser proporcionales a ese peligro, agregando que la regla de derecho policial puede implicar una prohibición de actividades con reserva de permiso. “El permiso significa simplemente el restablecimiento de la libertad; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él”. “El permiso descarta la prohibición para el caso dado”, “... la libertad se restablece como si no existiera la prohibición” (11). Pero para obtener ese permiso debe cumplirse la formalidad de la

neda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate (art. 11 del DNU 520/2020).

(10) MAYER, Otto, “Derecho Administrativo alemán”, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., t. II, ps. 19 y ss.

(11) *Ibidem*, t. II, p. 61.

aprobación, que supone controlar previamente que el ejercicio de esa libertad sea posible (12).

Es esto sin dudas lo que estamos viendo en la regulación policial de la pandemia. Prohibición general de circulación y actividades, con excepciones para actividades esenciales según parámetros epidemiológicos, y con ejercicio supeditado al cumplimiento de protocolos sanitarios.

III. Normativa COVID-19 y contratación pública

Llamaremos aquí “contrataciones públicas” a los sistemas de contratación estatales, comprensivos de los regímenes que regulan la adquisición de los bienes, obras y servicios estatales, sus aspectos procedimentales y regulación propia de los contratos, tanto “administrativos” como regidos por el derecho privado y toda la normativa al efecto aplicable (presupuestaria, ambiental, de defensa de la competencia, de integridad, sustentabilidad, etc.).

En tanto la regulación de las contrataciones públicas corresponde a cada jurisdicción (Nación, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (13), referiremos seguidamente en especial a la normativa nacional.

Asimismo, ciertamente la pandemia (así declarada el 11/03/2020) viene impactando en los contratos en general y en la contratación pública en particular, pero probablemente mucho más se debe ese impacto a la aplicación de la Normativa COVID-19, pues en definitiva esta regulación policial es la causa directa de la restricción de derechos de las personas humanas, y, luego de las personas jurídicas y de la actividad empresarial, industrial, comercial, etc., pues a partir de ello es que los contratos públicos no pudieron cumplirse, se suspendieron de hecho, se modificaron y en lo sucesivo deberá estable-

(12) *Ibidem*, t. II, p. 61.

(13) Tal es lo que sucede cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza administrativa, en los cuales una provincia actúa en carácter y utilizando facultades de poder administrador, conforme su propia normativa (CS, 16/12/2014, “Río Negro, provincia de c. AYCSA TENSIS SA y otra s/ cobro de pesos”, CS, Fallos: 337:1503 y jurisprudencia allí citada).

cerse qué tanto han sido impactados por las regulaciones para renegociarse, novarse o rescindirse.

En efecto, la Normativa COVID-19, más allá de la regulación de emergencia que previó frente a la pandemia (14), ha modificado directamente algunos contratos, mientras que sin dudas tiene aptitud suficiente para impactar indirectamente en tantos otros (incluso agravando la situación de los primeros también por la repercusión en su contexto).

Así, por ejemplo, la Normativa COVID-19 modificó directamente y en función de lo previsto por el DNU 311/2020 (15), contratos y licencias de servicios públicos de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, y telefonía fija que, en los cuales se alteraron los aspectos atinentes a la mora y falta de pago de parte de determinados usuarios considerados más vulnerables (16). Del mismo modo, a través de resoluciones de la Dirección Nacional de Vialidad se modificaron transitoriamente diversos contratos de concesiones viales y contratos de participación público-privada (17), en los cuales se suspendió el cobro de tarifas de peaje y de la contraprestación por tránsito —respectivamente—, manteniéndose en su caso obligaciones tales como de

(14) Art. 2º, inc. 6º), del DNU 260/2020 modif. por DNU 287/2020 (BO 18/03/2020) y normas complementarias.

(15) BO 25/03/2020.

(16) Beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo (AUH), de la Asignación por Embarazo; Inscriptos en el Régimen de Monotributo Social; Jubilados y pensionados; usuarios que perciben seguro de desempleo; Electrodependientes, beneficiarios de la ley 27.351; Usuarios incorporados en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (ley 26.844); Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza; usuarios no residenciales afectados por la emergencia (Micro, Pequeñas y Medianas Empresas; Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social —INAES—; instituciones de salud, públicas y privadas; las Entidades de Bien Público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria y ciertos beneficiarios de Pensiones no Contributivas; trabajadores en relación de dependencia, y rabajadores monotributistas.

(17) Conf. ley 27.328 y normativa complementaria.

prestar el servicio de emergencia en la red vial concesionada y los servicios principales (18).

Por otra parte, todas las restricciones sobre las personas y sus efectos en el mercado, claramente impactaron e impactan también sobre aquellos y sobre tantos otros contratos públicos, ya sea que no se pudieron ejecutar por las restricciones a la asistencia a los lugares de trabajo —o no podían hacerlo todos, atento la existencia de “grupos de riesgo”—, ausencia o escasez de materiales, de crédito, imposibilidad o limitaciones en transporte, de elementos sanitarios, cierre de fronteras, restricciones laborales (prohibición de despidos ante falta de actividad), requerimiento de protocolos sanitarios, funcionamiento limitado de los organismos administrativos, etc. Ciertamente toda la cadena productiva y comercial del país fue impactada por la Normativa COVID-19 y esto no pudo pasar de modo inocuo para la contratación pública.

Cabe precisar que de momento la normativa nacional no contiene provisiones específicas para la remediación de las situaciones mencionadas de alteración —gravosa— directa o indirecta en contratos públicos por la Normativa COVID-19. Esto, sin perjuicio de mencionar ciertas provisiones en normas provinciales respecto de sus contrataciones públicas, fundamentalmente tendientes a establecer mecanismos de renegociación o rescisión, entre otros aspectos por la propia pérdida de capacidad de pago estatal (19).

(18) Res. DNV 122/2020 (BO 01/04/2020), 189/2020 (BO 20/04/2020), 214/2020 (BO 28/04/2020) y 276/2020 (BO 19/05/2020).

(19) Así, por ejemplo, la provincia de Mendoza ha facultado al Poder Ejecutivo y por el plazo de doce meses a renegociar contrataciones, precedida de un acuerdo entre las partes y de no lograrse permite tanto como reprogramar cláusulas y resolver contratos de suministro, obra, locación de servicios y consultoría, etc., así como reorganizar, optimizar o modificar las condiciones originales de contrataciones vigentes para atender la emergencia (dec. 401/2020 ratificado por ley 9220, BO del 04/04/2020). La Provincia de Buenos Aires estableció un procedimiento para la renegociación y/o rescisión de contratos de bienes y servicios que generen obligaciones a cargo del Estado provincial —celebrados con anterioridad a la emergencia—, en el cual destaca el establecimiento de plazos y etapas para ello, así como el límite de la renegociación en los precios máximos fijados por la autoridad provincial y/o nacional, según corresponda; la

Por otra parte, cabe mencionar que en otros países, como por ejemplo en España, vemos que se establecieron oportunamente regulaciones específicas para paliar las consecuencias del COVID-19 y —especialmente— de las medidas adoptadas por el Estado o las Administraciones para combatirlo, ambas causas, tal como en el caso de los contratos públicos de servicios, de suministros de prestación sucesiva y de obras, de modo de considerarlos “automáticamente suspendidos” cuando deviniera imposible su ejecución, sin que ello pudiera considerarse una causal de resolución y estableciendo la procedencia de abonar por la entidad adjudicadora al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el periodo de suspensión (gastos salariales, mantenimiento de garantías, alquiler y costos de maquinarias, pólizas de seguros); y prever prórrogas para los

exigencia de documentar un impacto de la emergencia superior al 10% en la ecuación contractual; las adecuaciones que puede proponer la autoridad estatal, tanto de los plazos a las condiciones de disponibilidad de fondos públicos, cuanto de las prestaciones y/o montos contratados, cuando ello resultare posible técnicamente, y no implicare una modificación mayor 35%; las renunciaciones exigidas —a reclamar mayores gastos generales directos o indirectos de cualquier naturaleza y otras indemnizaciones—, etc. (dec. 304/2020, BO 04/05/2020). La provincia de provincia de Santa Fe invoca la disminución abrupta de la recaudación provincial, previendo la continuación de esa situación, aclarando que COVID-19 y Normativa COVID-19 afectan con igual fuerza tanto al sector público como al privado, para facultar entonces a Ministro de Economía a pagar acreencias con títulos de deuda provinciales y a la emisión de cheques de pago diferido (con vencimiento luego del ejercicio financiero) con destino a la atención de renegociaciones de contratos públicos (dec. 415/2020, BO 12/05/2020). Y, finalmente, mencionaremos el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), donde a través de la ley 6301 se ha facultado a la Administración comitente a disponer la revisión de la totalidad de la contratación pública, procesos en trámite y en curso de ejecución —bienes, servicios, suministros, obra pública, concesiones y permisos—; suspender, resolver, revocar, rescindir, o modificar —extensión del plazo— las condiciones esenciales de las contrataciones, 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. Asimismo, se establece el derecho del contratista solo al reconocimiento de gastos incurridos y probados —No lucro cesante o intereses de capitales requeridos para financiación—, y al reembolso de gastos, lo cual se hará efectivo concluida la vigencia de la Ley de Emergencia y según disponibilidad financiera.

casos de demoras (con previsión de abonar gastos salariales adicionales); así como y para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el reconocimiento del derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante ampliación de plazo (hasta 15%) o la modificación de las cláusulas de contenido económico para compensar a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (incluye gastos adicionales salariales) (20).

IV. La teoría del hecho del príncipe

Los contratos en ejecución encuentran su situación de equilibrio económico financiero —y su equidad de prestaciones— al momento de su celebración, de modo que el impacto que les produzca la pandemia y/o la Normativa COVID-19, además de constituir una causal que los eximirá de responsabilidad frente al comitente estatal, en la medida en que altere aquel equilibrio, determinará la necesidad de restablecerlo a través de la correspondiente renegociación o bien podrán pretender la responsabilidad del Estado por el daño causado.

En efecto, en el ámbito de los contratos administrativos, juega un rol preponderante el equilibrio de prestaciones, la “equivalencia honesta” o “ecuación económico-financiera” del contrato, que asegura una proporción entre las cargas y beneficios de las partes, y que se incorpora como parte del derecho de propiedad del contratista, con tutela constitucional. Y como destaca Brewer Carías, esto supone la obligación implícita para el estado comitente de no alterar ese equilibrio en los contratos públicos (21).

Aparece entonces un renovado interés por la teoría del hecho del príncipe, largamente recep-

(20) Art. 34 del Real dec.-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

(21) BREWER CARÍAS, Allan R., “Sobre la confianza en el cumplimiento de los contratos públicos: el principio del Hecho del Príncipe en la contratación administrativa, para garantizar los derechos de los cocontratantes de la Administración”, Nueva York, septiembre de 2018, disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/09/1217.-Brewer.-art.-EL-PRINCIPIO-DEL-HECHO-DEL-PRINCIPE-EN-LOS-CONTRATOS-P%C3%9ABLICOS.-12-8-2018.pdf>.

tada por nuestra doctrina, y, en distinta medida por la normativa y muy poco, en cambio, por la jurisprudencia.

Tal como lo explica Cassagne, es Marienhoff uno de los primeros juristas argentinos que abordó integralmente la temática del hecho del príncipe, estableciendo que la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato (22).

Y conforme lo enseña Marienhoff, esta teoría aplica a todos los contratos administrativos y da lugar a la responsabilidad del Estado, con fundamento en los “principios” de los arts. 16 y 17 de la CN (protección de la igualdad y de la propiedad), procediendo la reparación integral del cocontratante cuando, dentro de la llamada “alea administrativa”, de modo imprevisible o irresistible, se produce un acto —de carácter o alcance “general”, por ejemplo, la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias—, imputable al “Estado”, cualquier órgano o repartición estatal perteneciente a un mismo orden jurídico —es decir, al orden nacional o al orden provincial, se trate o no de la autoridad pública que intervino en la celebración del contrato—, lesivo a la ecuación o equilibrio económico financiero del contrato —por ej. actos que modifiquen las condiciones exteriores de ejecución del contrato—, influyendo entonces en el contrato por vía refleja o incidental, pero siempre causando lesión en el derecho del cocontratante (23).

Se trata de normas o actos estatales basados en razones de interés público, decididos al margen de las relaciones que se establecieron en el contrato administrativo, pero sus efectos se proyectan negativamente en este, afectando su economía (24).

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia contractual”, en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, Estudios sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, p. 456.

(23) MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, nro. 764 y ss.

(24) Cfr. FIORINI, Bartolomé, “Derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, t. II, ps. 660-661.

Como explica Rodríguez-Arana Muñoz es la “adopción por la Administración de ciertas medidas de carácter general e imprevisible, ajenas al contrato o ‘externas’ (es decir, no relativas a la relación Administración-contratista) y por ende no directamente relacionadas con el objeto del contrato, pero que provocan indirectamente un daño especial al contratista” (25).

Esa normativa es la que causa una lesión en el derecho del cocontratante, que produce un desequilibrio de la ecuación económico-financiera de este, de modo que la parte perjudicada debe ser resarcida de los perjuicios producidos por parte de la Administración contratante (26). De allí que se configura un supuesto de responsabilidad del Estado (27).

Como expresa Cassagne, el auge que asumió durante el siglo XX el desarrollo de la potestad reglamentaria —a través de leyes y reglamentos estatales—, fuera del marco contractual, pero con efectos en este y sobre el contratista público, planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los cocontratantes privados, de modo que después de imponerse la teoría del hecho del príncipe, se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa (28).

En ese mismo sentido Muñoz Machado sostiene que el *factum principis*, entendido como decisiones generales que afectan indirectamente al objeto del contrato, actuaciones del poder público adoptadas con absoluta independencia del contrato y con imposibilidad de que el contratista pueda preverlas y tenerlas en cuenta, genera la obligación de restablecer el equilibrio económico de la totalidad de la contratación administrativa, más allá de que determina una compensación que se ha incardinado habitual-

(25) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Derecho administrativo español”, Ed. Porrúa, México, 2005, ps. 199-200.

(26) Cfr. Idem.

(27) Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., ob. cit., p. 491.

(28) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 456.

mente en la responsabilidad patrimonial de la Administración (29).

Es interesante distinguir que el hecho del príncipe es tanto una causal de eximición de responsabilidad del contratista cuanto de renegociación para la recomposición del contrato, al comprometer la responsabilidad del Estado.

Como veremos seguidamente, los dos primeros aspectos —eximición y recomposición— encuentran fundamento no solo en los arts. 16 y 17, CN, sino también en el régimen general de contrataciones.

Por su parte, la responsabilidad del Estado nacional se encuentra regulada en la ley 26.944 (30), en la cual y para el ámbito extracontractual se establece por un lado la eximición de la responsabilidad al Estado si los daños y perjuicios se derivan de casos fortuitos o fuerza mayor —salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial— (31) y por el otro, su procedencia de carácter de “excepcional” para el caso de actividad legítima (32), sujeta al cumplimiento de estrictos requisitos [a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; y d) ausencia de deber jurídico de soporiar el daño; y e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (33)] y limitada indemniza-

ción. Esto último, ciertamente en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reconocido la procedencia de una amplia indemnización en supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita (34).

Respecto de lo primero cabe recordar que, como venimos analizando, los daños y perjuicios a los contratistas del Estado no parecen derivarse mayormente de la pandemia en sí misma —aun cuando esta sería un supuesto de fuerza mayor, en tanto hecho imprevisible e inevitable (35)— sino y en todo caso de la Normativa COVID-19 que ha impactado en forma directa e indirecta en la contratación pública.

Por otra parte, cabe tener presente que autores como Rodríguez y Perrino entienden que el derecho del contratista a ser indemnizado tiene su fuente en la obligación contractual del Estado de mantener y restablecer la ecuación económica (36), por lo cual resulta relevante recordar que la ley 26.944 establece que la responsabilidad contractual establece que se rige por lo dispuesto en las normas específicas y solo en caso de ausencia de regulación, se aplicará aquella en forma supletoria (37).

Y conforme veremos más abajo, esto parece ser lo que ocurre aquí, en tanto el hecho del príncipe tendría previsión en el propio régimen general de la contratación pública.

V. El régimen de contrataciones públicas y la teoría del hecho del príncipe

Establecido el concepto del hecho del príncipe, corresponde revisar si este se encuentra contenido en la regulación de la contratación pública.

En el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec.

(29) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, 2ª ed., t. XIII Contratos del Sector Público, ps. 184 y ss.

(30) BO 08/08/2014.

(31) Art. 2º, inc. a), de la ley 26.944.

(32) Art. 5º de la ley 26.944.

(33) Art. 4º de la ley 26.944. Asimismo, se establece en dicha ley que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante y que la indemnización en este caso comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas (art. 5º).

(34) CS, Fallos: 286:333; 306:1409; 328:2654 y 332:1367, entre otros.

(35) Art. 1730, Cód. Civ. y Com.

(36) Conf. PERRINO, Pablo E., “La regulación de la responsabilidad contractual del Estado”, con cita de Libardo RODRÍGUEZ, Ed. Infojus, p. 409, nota 113, disponible en www.saij.gob.ar.

(37) Art. 10 de la ley 26.944.

1023/2001 (“RCAN”) (38), que “fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública...” (39), y que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencia, se ha establecido en el art. 13 que, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica de cada contratación pública —incluido pliegos y documentación contractual, el contratista tiene el “derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” (inc. a)], y que debe “cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato” (inc. c)].

Por su parte, el Reglamento del RCAN (“RR-CAN”), aprobado por dec. 1030/2016 (40), que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, establece que las penalidades no se aplican ante incumplimientos de la obligación provenientes “... de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones” (art. 94).

En orden a que el hecho del príncipe determina la exención de responsabilidad del contratista, en la ejecución contractual, primero, y el derecho a la recomposición del contrato, lue-

go y como expresión de la responsabilidad estatal, podemos encontrar fundamento específico a todo ello, además de en las previsiones de los arts. 16 y 17, CN, en el art. 13, inc. c) RCAN y art. 94 RCAN —eximición— y art. 13, inc. a) RCAN, respectivamente.

En efecto, la excepción a cumplir las prestaciones ante actos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato [art. 13, inc. c) del RCAN], configura un supuesto de hecho del príncipe (41), inclusive debiendo interpretarse que el efecto requerido no es una imposibilidad absoluta, sino “razonable” (art. 94, RCAN) (42).

Por su parte, la ONC, en su carácter de órgano rector del sistema de contrataciones públicas (43), ha tenido oportunidad profundizar el punto, destacando que el art. 13, inc. c) del RCAN, contiene tres institutos distintos: (i) el

(41) HERRERA de VILLAVICENCIO, Blanca A., “Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión, en Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos”, Ed. Rap, p. 330.

(42) En el mismo sentido se ha establecido en jurisprudencia que la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus a los contratos administrativos podría ser aceptada, bien que en supuestos excepcionales, cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilitase a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto en este supuesto, el incumplimiento del contrato por parte del último debería considerarse como un derecho o prerrogativa de este, ante la falta grave y relevante del comitente [CNCont. Adm., sala III, 30/04/2015, “INTA c. Consultoría Informática SAS/proceso de conocimiento” y “Consultoría Informática SA c. EN Y A INTA (Licitación 13/98) s/ contrato administrativo”, con cita de CS, Fallos: 316:212, CNCont. Adm., sala I, 08/11/2001 “FE.ME.SA. c. General Motors Interamericana Corporation Sucursal Arg. s/ contrato administrativo”; Idem, sala II, “Ute Macoim SRL y otro c. M° de Defensa, del 19/11/1998; y MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III-A, ps. 376 ss.].

(43) Art. 23, inc. a) del RCAN. Esto faculta a la ONC a dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias. A partir de lo dispuesto por el dec. 1169/2018 (BO 26/12/2018) la ONC también es el Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de Obras Públicas y Concesiones de Obras Públicas que lleven a cabo las Jurisdicciones y Entidades de la Administración Nacional comprendida en el inc. a) del art. 8° de la ley 24.156.

(38) BO 16/08/2001.

(39) Dictamen ONC 448/13 del 18/12/2013.

(40) BO 26/07/2016.

caso fortuito de carácter natural; (ii) la fuerza mayor de carácter natural y (iii) el hecho del príncipe.

Y respecto de este último se aclara que se traduce “... en actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”—donde encuadraría por ejemplo la medida gubernamental que restringe la importación de insumos informáticos—, y, en tanto la reglamentación del decreto 436/00 nada había previsto al respecto, de la interpretación armónica de aquel art. 13 inc. c) del RCAN con los principios generales, surgían los siguientes requisitos para admitir su configuración y procedencia: (i) debe tratarse de un acto o incumplimiento de una autoridad pública nacional o de la contraparte pública en el marco de una relación contractual; (ii) aquella circunstancia debe revestir tal gravedad que torne imposible la ejecución del contrato y debe documentarse por el interesado, salvo su notorio y público conocimiento para el común de la sociedad; (iii) conforme el principio de razonabilidad, la invocación del hecho del príncipe debe efectuarse en tiempo oportuno, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato (tal por ejemplo el plazo de entrega del bien). Asimismo, sostuvo el proveedor del Estado debe actuar con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios; con la diligencia, prudencia y buena fe de sus condiciones de colaborador de la Administración en la realización de un fin público, debiendo realizar todo lo que esté a su alcance para que “el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno”, informando oportunamente toda cuestión que afecte los intereses de las partes (44).

La ONC entendió también aplicable el hecho del príncipe con fundamento en el art. 13 inc. c) del RCAN a diversos contratos donde repercutía el nuevo régimen de la “Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI)” introducido en el año 2012 (45). Es el caso del Dictamen ONC

402/2013 (46) —y siguientes (47)— donde se sostuvo que la imposibilidad de cumplir el contrato público con motivo de las restricciones a las importaciones (DJAI), en una primera aproximación configuraría el hecho del príncipe, “entendido como un acto emanado de autoridad pública de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo” (48).

En la misma línea —Dictamen ONC 451/2013— se consideró hecho del príncipe al aumento de la alícuota del Impuesto al Valor Agregado (IVA) para determinados productos, del 10,5% al 21%, dispuesto por dec. 100/2012 (49), reiterándose los criterios de diligencia exigidos al contratista, para su invocación (50).

También el impacto en los contratos públicos de la variación en el precio del bien acaecida como consecuencia del aumento del valor de cotización del dólar estadounidense fue tratado en diversos dictámenes de la ONC como hecho del príncipe, reiterándose la doctrina arriba indicada (51).

Así por ejemplo el impacto de la liberación del tipo de cambio —“levantamiento del cepo cambiario” mediante res. gral. AFIP 3819/2015— fue considerado un supuesto de hecho del príncipe, entendiéndose por este como todo acto o medida de carácter general, emanado de una autoridad pública en cuanto tal —y no como contraparte de la relación contractual—, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato ad-

(46) Del 04/11/2013.

(47) En igual sentido, entre otros, Dictámenes ONC 449/2013 del 18/12/2013, 450/2013 del 18/12/2013; 24/2016 del 28/03/2016; 46/2016 de fecha 22/04/2016; nro. IF-2016-05053596-APN-ONC#MM, del 23/12/2016.

(48) Con cita del Dictamen ONC 565/2010.

(49) BO 31/01/2012.

(50) Con cita de Dictámenes ONC 565/2010 y 402/2013.

(51) Dictamen ONC nro. IF-2016-00042428-APN-ONC#MM del 01/07/2016.

(44) Dictamen ONC 402/13.

(45) Con. res. gral. AFIP 3252/12, BO 10/01/2012.

ministrativo, teoría que fue concebida para atender las consecuencias disvaliosas de los actos o medidas de orden general adoptadas por los poderes públicos, cuando generen un alea administrativa “anormal” o “extraordinaria” que torne razonablemente imposible cumplir con el contrato, y que contempla el art. 13, inc. c) del RCAN (52).

Asimismo, se aclaró que allí se contempla la posibilidad de que el cocontratante se exima (total o parcialmente) de responsabilidad frente al incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando medien actos de autoridades públicas nacionales de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, a lo cual se sumaba la previsión del art. 120 del Reglamento aprobado por el dec. 893/2012, que morigeró lo anterior, en tanto estipula que no se aplicarán penalidades cuando el incumplimiento de la obligación provenga de actos de autoridades públicas nacionales que coloquen al cocontratante en una situación de “razonable imposibilidad” de cumplimiento de sus obligaciones. Se reiteraron entonces los requisitos para la procedencia del hecho del príncipe: (i) debe acreditarse la existencia de un acto o medida de carácter general, emanado de autoridad pública nacional, que haya afectado de modo indirecto o reflejo las condiciones del contrato administrativo, con una adecuada relación causal entre la medida estatal y la alteración de la ecuación económica financiera del contrato; (ii) la interferencia o incidencia en el contrato debe ser de tal gravedad que haya tornado razonablemente imposible su ejecución, debiéndose acreditar fundadamente por el interesado; (iii) la situación en que se funde el reclamo no puede considerarse incluida en el denominado “riesgo empresario”, acreditándose que el quebranto excede el alea económica propia de la actividad y que asume el contratista como hombre de negocios; iv) ante ausencia de previsión normativa con relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo la causal en

(52) Dictamen de fecha 21/11/2016, con cita de RENNELLA, María Paula, “Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor en Cuestiones de Contratos Administrativos”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, ps. 267-268.

cuestión, por aplicación del principio de razonabilidad debía invocarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato (53).

En el camino indicado, al hecho del príncipe como causal de excepción de cumplimiento, le sigue el derecho que genera a la recomposición contractual, debiéndose hacer cargo el Estado de los daños producidos a la ecuación contractual, como un supuesto también de su responsabilidad.

En este sentido la ONC ha encontrado receptada la teoría del hecho del príncipe en el art. 13 del RCAN, con una interpretación armónica, superadora de la restricción del supuesto a hechos naturales (que directamente no configurarían aquella) establecida en el inc. a) de dicho artículo.

En efecto, en el Dictamen 565/2010 (54) la ONC reconoció que al establecer el Estado nacional un cupo a las importaciones y a su vez aumentar las cargas que gravan dichas operaciones, se configuraría un supuesto del hecho del príncipe, por ser una medida carácter general que podría incidir o repercutir en el contrato, encareciendo los costos de la oferta que incluye productos importados, de modo que la adjudicación producida sin contemplar el impacto de esa situación manifestado por el oferente, podría dar derecho a este a la renegociación del contrato que así se celebre, en “aras de preservar su normal equilibrio económico-financiero” (55).

La ONC llega a esta conclusión entendiendo que existen tres causales de renegociación contractual: a) causas imputables directamente al Estado (casos de responsabilidad contractual); b) causas imputables indirectamente al Estado (responsabilidad extracontractual, llamado por

(53) Con cita del Dictamen 448/2013.

(54) Del 05/04/2010.

(55) EN el caso el oferente que se encontraba primero en el Dictamen de Evaluación impugnó dicho acto, pero no para retirar la oferta sino porque la nueva medida dictada con posterioridad a la presentación de aquella, le impedía cumplir con los valores y plazos comprometidos.

la doctrina “hecho del príncipe” y c) no imputables al Estado (teoría de la imprevisión) **(56)**.

En este caso la ONC encuadra la situación en la segunda causal, hecho del príncipe dando una interpretación armónica a la previsión del art. 13, inc. a), del RCAN —que establece el derecho del cocontratante a la recomposición del contrato, ante acontecimientos extraordinarios o imprevisibles “de origen natural” que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo— con la eximición de responsabilidad bajo la misma teoría que contiene el art. 13, inc. c), del RCAN, y sumando a ello la garantía de la equilibrio económico-financiero contractual, con fundamento en el art. 16, CN.

La solución resulta adecuada, pues la exigencia del “origen natural” del acontecimiento en cuestión impediría de plano encuadrar el caso en el hecho del príncipe que como se ha visto deviene de un acto general o de una norma del Estado que es parte —o en cuya jurisdicción se ha suscripto— del contrato afectado en vía refleja. Tal restricción al “origen natural” ciertamente no tendría andamio alguno frente a las previsiones de los arts. 16 y 17, CN, que como se dijo dan fundamento directo a tal teoría. En esa línea, el esfuerzo de armonizar la primera previsión del art. 13 RCAN —inc. a)— con la última —inc. c), que indubitablemente recepta esta teoría— entendemos que da un resultado justo y valioso a estas normas.

De esta manera se puede sostener en los términos del art. 10 de la ley 26.944 que el RCAN, norma específica, contempla la renegociación del contrato afectado por el hecho del príncipe como respuesta a la responsabilidad contractual generada. Y de no encontrarse solución

(56) Dictamen ONC 565/10, del 05/04/2010.

allí, se aplicará supletoriamente lo previsto en los arts. 4º y 5º de dicha ley 26.944 para la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima, conjuntamente con la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia.

VI. Corolario

En función de lo expuesto entendemos que la Normativa COVID-19 configura un supuesto del hecho del príncipe, conforme lo ha caracterizado una sólida interpretación doctrinaria sobre esta teoría y que encuentra suficiente base en el ordenamiento jurídico vigente para así reconocerlo.

Es importante también que sobre las bases de la Buena Administración y la Buena Contratación Pública **(57)**, se establezca un procedimiento claro, previsible y expedito, con exigencias razonables para documentar los perjuicios —acorde lo acaecido—, para que de modo verdaderamente bilateral, opere la renegociación y recomposición de la ecuación económica financiera o equilibrio prestacional de los contratos públicos —tan protegidos por el derecho de propiedad como estos mismos **(58)**,— en aplicación del principio de prevención —y mitigación— del daño **(59)** y como expresión del principio de conservación del contrato **(60)**.

(57) Tratamos ambas y su relación en MURATORIO, Jorge I., “Sistema de impugnación de actos en el procedimiento licitatorio. Cambios necesarios”, en AA.VV., Fuentes y procedimiento administrativos. Cuestiones actuales y perspectivas, Ed. RAP, Buenos Aires, 2019, ps. 159 y ss.

(58) Art. 17, CN, y art. 965, Cód. Civ. y Com.

(59) Art. 1710, Cód. Civ. y Com.

(60) Art. 1066, Cód. Civ. y Com.