

EL ROL DEL ESTADO EN LA EMERGENCIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Ezequiel Cassagne*

Abogado

*El pesimista se queja del viento, el optimista espera que cambie
y el realista ajusta las velas. William George Ward*

Resumen: *En este artículo se analiza el rol del Estado en situaciones de emergencia, partiendo de la premisa la misma está regulada en la propia Constitución la cual establece sus limitaciones, entre las cuales está que la misma no origina nuevos poderes a favor de los gobernantes, y su ejercicio siempre debe realizarse, de manera restrictiva y extraordinaria, con el fin de preservar la subsistencia de la sociedad y del Estado; pudiendo limitarse derechos de las personas, solo de manera transitoria, mientras dure ese estado de necesidad originado por la situación de emergencia, y siempre que los mismos no se desnaturalicen.*

Palabras Clave: *Estado de emergencia. Estado de necesidad. Derechos fundamentales. Restricción.*

Abstract: *This Paper analyses the role of the State in situations of emergency, which are regulated in the Constitution, in which are its limits are stated, in the sense that through it is not possible to grant new Powers to the government, and its exercise must always be accomplished in a restrictive and extraordinary way, for the purpose of preserve the existence of society and of the State. Within such powers, restrictions can be enacted regarding the citizen's rights and freedoms, but only in a transitory way, during the state of necessity originated by the emergency, and without denaturalizing them.*

Key words: *State of emergency. State of necessity. Fundamental rights. Restrictions.*

I. EL ROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EN LA EMERGENCIA

Una de las mayores conquistas de la humanidad ha sido la consagración del Estado de Derecho como modelo de organización de los países. No fue una tarea fácil, sino propia de la evolución del ser humano a lo largo de siglos. El Estado de Derecho consiste, básicamente, en asumir que el Estado debe sujetarse al ordenamiento jurídico y debe responder por sus conductas antijurídicas.

Nuestra Constitución nacional adopta este modelo de Estado, a la par que estatuye la forma republicana y representativa de gobierno¹. El reconocimiento de la república hace al

* El autor es abogado, especialista en Derecho Administrativo. Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica. Presidente de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Director de la Diplomatura de Contratos de Participación Pública Privada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Socio de Cassagne Abogados. Miembro del Rotary Club de Buenos Aires

Estado de Derecho, pero no se agota ahí mismo. El Estado de Derecho se construye cada día, y se va fortaleciendo de precedentes y de hitos que pueden ir cambiando de acuerdo a distintas épocas. El derecho fluye, no es inmóvil.

El ordenamiento jurídico que el Estado debe respetar y hacer cumplir viene dado por la Constitución nacional, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los precedentes, y los principios generales del derecho.

Es en la Constitución nacional donde se reconocen los derechos y garantías de los ciudadanos, entre los que encontramos el derecho a la vida, la libertad de expresión, la propiedad, la igualdad, el derecho a trabajar, a reunirse, la libre circulación, el derecho de defensa, y muchos otros más². También en nuestra Carta Magna se definen las competencias de los tres poderes públicos que conforman el Estado: El Poder Ejecutivo³, el Poder Legislativo⁴ y el Poder Judicial⁵. La reforma del año 1994 incorporó nuevos derechos y garantías acordes con nuestro tiempo, como los derechos de los usuarios y consumidores o el derecho a un ambiente sano, entre otros⁶.

En nuestro sistema, la dignidad de la persona es la fuente central de todos los principios y derechos⁷. Se trata de un sistema constitucional sancionado en el año 1853, que hoy sigue plenamente vigente. Todos los derechos y garantías allí establecidos no pueden ser alterados por las leyes que las reglamenten⁸. Ciertamente no se trata de derechos absolutos dado que deben armonizarse entre sí, y deben también armonizarse entre los derechos de todos los ciudadanos⁹.

El rol del Estado está muy bien definido en nuestra Constitución. El Estado es el garante de nuestros derechos y garantías, y debe promover el bienestar nacional y la prosperidad del país¹⁰. Si uno lee el preámbulo, allí mismo los constituyentes se preocuparon en resaltar que

¹ Art. 1 de la C.N.

² Ver arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 32, entre otros; y especialmente el art. 75, inc. 22, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y les reconoce jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a varios tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen el derecho a la vida, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Art. 99 de la C.N.

⁴ Véase art. 75 de la C.N.

⁵ Cfr. arts. 116 y ss.

⁶ Ver arts. 41 y 42 de la C.N.

⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 48. El principio de la dignidad de la persona está expresamente contemplado en el art 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75, inc. 22 de la CN.

⁸ Art. 28 de la C.N.

⁹ Cfr. CSJN, in re “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta” de fecha 28/4/1922, Fallos: 136:170; in re “Avico, Oscar Agustín c/de la Pesa, Saúl G.”, de fecha 7/12/1934, Fallos: 172:21.

¹⁰ Ver art 6, y 75, incs. 12, 18, 19, 23 y 32 de la C.N.

entre los fines del Estado se encuentran afianzar la justicia, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad. Y fueron estos mismos constituyentes de 1853 quienes también contemplaron la posibilidad de declarar, en casos de conmoción interior que pusiera en peligro la vida en sociedad, en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales¹¹.

Argentina es un país que vive en estado de emergencia desde hace ya varias décadas. Los argentinos nos hemos ido acostumbrando a convivir en situaciones de emergencia en las cuales muchos de nuestros derechos constitucionales se ven restringidos, a veces indefinidamente, a pesar de que la emergencia sólo le permite al Estado, como lo ha dicho la Corte Suprema en más de una oportunidad, limitar derechos de manera transitoria, precisamente mientras dure ese estado de necesidad originado por la situación de emergencia, y siempre que los mismos no se desnaturalicen¹². Pero en Argentina la excepción ha ido convirtiéndose poco a poco en la regla, y lo anormal se ha convertido en normal.

La emergencia está reconocida en la propia Constitución Nacional, y aparece tanto cuando se regulan los decretos delegados, como cuando se regulan los decretos de necesidad y urgencia¹³. Ambas facultades legales se hallan fundadas en el estado de necesidad. El artículo 76 de la Constitución Nacional le permite al Congreso Nacional dictar leyes de emergencia por las cuales se deleguen facultades legislativas al Poder Ejecutivo a los fines de dictar decretos con rango de ley para atender esas situaciones de emergencia. Por su parte, el art. 99, inciso 3, de la Carta Magna reconoce facultades al Poder Ejecutivo en casos de necesidad y urgencia para dictar decretos con rango de ley, algunos de los cuales pueden estar fundados en una situación de emergencia que habilite la suspensión transitoria de derechos constitucionales. Es dable aclarar que la necesidad y urgencia no siempre es emergencia, y a su vez la emergencia no siempre implica urgencia. De hecho el presupuesto habilitante para los decretos de necesidad y urgencia es que existan circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes. Pueden ser circunstancias de emergencia o no. Pero si se configura una situación de emergencia que requiere de respuestas urgentes de naturaleza legislativa, los decretos de necesidad y urgencia son una opción válida constitucional, como veremos ha sido el caso de los decretos de necesidad y urgencia dictados a raíz del COVID -19, que tienen como fundamento esa emergencia.

Ahora bien, no sólo es importante comprender que el derecho de emergencia tiene bases constitucionales, sino que es en la propia Constitución nacional donde también encuentra sus limitaciones. En tal entendimiento, la Corte Suprema, a principios del siglo pasado, ya afirmaba que “*la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado*”¹⁴.

¹¹ Art. 23 de la C.N.

¹² Cfr. C.S.J.N., *in re* “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, de fecha 27/12/1990, LA LEY 1991-C, 158; *in re* “Videla Cuello, Marcelo sucesión de v. La Rioja, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos 313:1638 (1990).

¹³ Véase Perrino, Pablo, “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional”, en Cassagne Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo, obra en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 971/992.

¹⁴ CSJN *in re* “Compañía Azucarera Tucumana v. Provincia de Tucumán”, Fallos 150:150 (1927).

Y durante la segunda guerra mundial, al analizar una ley de emergencia derivada de esa situación, la Corte Suprema tuvo oportunidad de sostener que *“el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica, y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica que la que admiten los periodos de sosiego y normalidad, siempre que las medidas adoptadas sean razonables y se las tome con carácter temporal, como lo es la emergencia cuyos efectos están destinados a atemperar”*¹⁵.

En rigor, la emergencia no habilita a frustrar o aniquilar derechos, sino a suspender su goce de manera transitoria. Por tal motivo, son válidas las medidas que restrinjan temporalmente durante un plazo breve y razonable los derechos –como el de propiedad, por ejemplo–, sin que se lesione o menoscabe su sustancia¹⁶.

En el caso Peralta, emblemático de la doctrina de la emergencia, la Corte Suprema explicaba que *“cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues se trata de posibilitar el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional”*¹⁷.

Es en esta afirmación donde radica el fundamento mismo de la emergencia, que consiste en la irrupción de un estado de necesidad que requiere y exige al Estado que adopte medidas extraordinarias y temporales, por las cuales se suspenden el goce de ciertos derechos constitucionales, para evitar un daño mayor al interés general. De ahí que la emergencia se funda en ese estado de necesidad, y las medidas de emergencia que se adopten deben estar directa y proporcionalmente relacionadas a esa situación excepcional imperante, cuyos efectos negativos se pretende reducir o eliminar. Se trata de la necesidad de poner fin, remediar o atenuar situaciones de gravedad que obligan a intervenir al Estado en el orden patrimonial y social, en miras a la sociedad en su conjunto. En el caso de la emergencia originada por el COVID-19, incluso con el objetivo de preservar de manera directa la vida humana.

Pero hay que comprender que la emergencia no origina nuevos poderes a favor de los gobernantes, y su ejercicio siempre debe realizarse, de manera restrictiva y extraordinaria, con el fin de preservar la subsistencia de la sociedad y del Estado, ajustándose a lo que Sagüés denomina la ética de mínima, en contraposición a la ética de máxima que todo lo permite en *pos* de la emergencia¹⁸.

¹⁵ CSJN, in re “Vicente Martini e Hijos, S.R.L., infracción Ley 12.591”, de fecha 27/12/1944, Fallos: 200:250.

¹⁶ CSJN, in re “Russo Ángel y otra c/C. de Delle Donne E. s/desalojo”, Fallos 243:467, de fecha 15/05/1959.

¹⁷ CSJN., in re “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía-Banco Central)”, de fecha 27/12/1990, LA LEY 1991-C, 158.

¹⁸ Ver Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional y derecho de emergencia”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales XXXV, Buenos Aires, 1990, p. 11.

A su vez, la posibilidad de suspender el goce de ciertos derechos no debe confundirse con la suspensión de las garantías constitucionales. La Corte Suprema se ha encargado de aclarar en varios precedentes que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales¹⁹.

En este punto es importante aclarar que la situación de emergencia generada por el coronavirus no habilita bajo ningún motivo, en nuestra opinión, a la declaración del estado de sitio. El fundamento de nuestra posición radica en que el Estado de sitio constituye una respuesta institucional ante una emergencia de carácter político generada por una conmoción interior o por un ataque exterior, en donde exista la perturbación del orden, supuestos que no se dan en este caso²⁰. En tal entendimiento, sería inconstitucional y muy peligroso una declaración de estado de sitio que faculte al Estado a arrestar personas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación fundado en el estado actual de necesidad sanitario creado por esta pandemia. No solo no sería proporcional sino que no se presentan los supuestos de hecho previstos por la propia norma constitucional, al menos en la situación actual en Argentina. Distinto sería el caso si como consecuencia de la pandemia se genera un estado de conmoción interior de tal gravedad que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, que torne necesario declarar un estado de sitio.

Ello en modo alguno importa desconocer que esta emergencia es un desafío completamente distinto a las emergencias anteriores que ha sufrido nuestro país. A pesar de ser Argentina un país habituado a vivir en situaciones de emergencia, el escenario provocado por la pandemia del virus COVID-19 –declarada por la Organización Mundial de la Salud²¹– es bastante más grave, requiriéndose un imperioso fortalecimiento del rol del Estado y la consecuente protección de las garantías de los individuos.

De hecho, esta pandemia, que circula en nuestro país, nos ha encontrado ya en emergencia, toda vez que en el mes de diciembre de 2019 se dictó la última norma de emergencia, la ley 27.541 actualmente vigente, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social de la Argentina.

El Congreso nacional ha dictado en innumerables ocasiones la emergencia del país, justificando el uso de remedios excepcionales y extraordinarios²², pero en esta oportunidad nos

¹⁹ Cfr. CSJN in re “Cassin, Jorge H. y otros c/Provincia de Santa Cruz”, de fecha 31/10/1994, Fallos: 317:1462 y “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional”, de fecha 02/06/2000, Fallos: 323:1566. Véase al respecto Vergara, Esteban (n.), “Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19”, en ED, 11/05/2020, donde el autor repasa la inveterada doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de aquellas garantías judiciales que, aun en estados de emergencia, resultan indispensables conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada”, 5ed., LA LEY, Buenos Aires, 2018, p. 519.

²¹ Evaluación efectuada por la Organización Mundial de la Salud en fecha 11/03/2020; in re “Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires”, de fecha 02/04/1985, Fallos: 307:326.

Véase <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

²² Entre las tantas declaraciones de emergencia de Argentina dictadas por el Congreso Nacional, recuérdese la configuración del estado de emergencia en el año 2002, por medio de la Ley 25.561, a raíz de la profunda crisis del año 2001. Esta emergencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2019, por las siguientes leyes: 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896, 27.200 y 27.345. Al principio la emergencia fue prorrogándose por término de un año, pero a partir de la ley 26.729 el Congreso comenzó a prorrogarla por dos años en cada ocasión. Otras normas

enfrentamos a una emergencia global, producida por factores exógenos al Estado. Podríamos decir que es la primera emergencia en Argentina no autoinfligida.

No obstante lo expuesto, la emergencia derivada del coronavirus no ha dado el tiempo suficiente para que el Congreso Nacional sancionara una ley que declarara el estado de excepción a raíz de la circulación del virus en nuestro territorio. Mucho menos se ha discutido o declarado el estado de sitio. En tal escenario, las normas de emergencia, que requerían jerarquía legal, fueron dictadas por el propio Poder Ejecutivo, a través de los decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se dictaron muchas restricciones a las libertades constitucionales, como el derecho a la circulación, o el derecho a trabajar, al disponerse la medida de aislamiento social obligatorio.

La limitación de los derechos de los habitantes por razones de salud pública es uno de los ejemplos tradicionales de la competencia legislativa usualmente denominada “poder de policía”. La novedad que presenta la emergencia es que habilita que esa competencia ya existente se ejerza con una mayor intensidad.

Pero el rol del Estado no debe acotarse a la adopción de medidas de carácter sanitario o de contención de la propagación o circulación del virus. Desde luego que estas medidas son primordiales, pero también son necesarias las ayudas públicas estatales y regulaciones que tengan como finalidad contener el impacto negativo económico y social de esta crisis. Es una de las funciones de la concepción subsidiaria Estado.

En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad es uno de los principios rectores que justifican la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado –justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación- y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada– educación, salud, servicios públicos. Este principio tiene una manda negativa por medio de cual el Estado debe abstenerse de intervenir en las actividades que los individuos pueden realizar por sí mismos sin inconvenientes y en un marco de igualdad, pero al propio tiempo contiene una manda positiva, que en tiempo de COVID-19 resulta importante, que estipula que el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar la actividad necesaria para el bien común, en este caso, para vivir dignamente, trabajar o producir²³.

Por último, el Congreso Nacional no se ha reunido aún con el objetivo de sancionar las leyes necesarias que regulen esta emergencia²⁴, siendo necesario que retome cuanto antes su actividad normal y regular, y se aboque a legislar sobre esta materia en todos sus aspectos, sobre todo en lo concerniente a las restricciones de las libertades constitucionales, y a varias

de emergencia han sido las leyes 23.696 y 23.697, durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, y la ley 24.344 durante la presidencia de Fernando de la Rúa.

²³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, tomo I, octava edición, Buenos Aires, 2006, p. 61-63, con citas de los Dres. Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Masini, y Sagües; Cfr. Messner, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural* (Madrid 1967, Rialp), p. 949 y ss. Véase también Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* (Granada 2004, Comares, tercera edición ampliada), con especial referencia a Pío XI (1931), *Quadragesimo Anno* (Roma), pp. 111-112; y UTZ, Arthur, *Ética social* (trad. de Carlos Latorre Marín, Barcelona 1961, Herder, tomo I), p. 312 y sigs.

²⁴ La Cámara de Senadores mediante res. RSA 548/2020 y la de Diputados mediante res. pres. 615/2020, adhirieron al régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, razón por la cual se suspendió toda actividad legislativa, no obstante algunas labores de comisión que se hicieron de manera virtual.

ayudas públicas que requiere la ciudadanía, muchas de cuales por tratarse de materia tributaria no pueden otorgarse por decretos de necesidad y urgencia. Esta situación ha comenzado a cambiar, tímidamente, luego del fallo de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Fernández de Kirchner”, por medio del cual el Alto Tribunal ha ratificado que el Senado de la Nación tiene facultades suficientes para decidir sesionar en forma virtual²⁵.

Resulta que si bien al principio de la pandemia el riesgo a contagio ha sido una justificación suficiente para evitar las reuniones en los recintos, hoy en día se ha probado que los medios electrónicos disponibles permiten el ejercicio de la actividad legislativa sin mayores inconvenientes y con las garantías del caso, como sucede en varios países desde hace meses, e incluso en algunas provincias de nuestro país. Por ello ha sido muy importante que la Cámara de Diputados haya aprobado su funcionamiento remoto el día 29 de abril, y lo propio ha hecho la Cámara de Senadores el 4 de mayo²⁶.

Igual razonamiento cabe aplicar al funcionamiento de otro poder del Estado, el Poder Judicial. Hasta ahora, a nivel nacional y federal, el Poder judicial, a través de la Corte Suprema de la Nación, ha decidido dictar una feria judicial, que viene prorrogando por todo el tiempo en el que Poder Ejecutivo ha mantenido el aislamiento obligatorio²⁷. Es vidente que existe cierta sintonía entre ambos poderes respecto de la situación de parálisis de la actividad jurisdiccional del Estado, dado que el Poder Ejecutivo no la ha excepcionado del aislamiento obligatorio, como si lo ha hecho con diversas actividades que ha considerado esenciales. En nuestra opinión, la actividad judicial no sólo debe ser considerada una actividad esencial, sino que el funcionamiento de la justicia importa una garantía constitucional de todos los ciudadanos que no puede ni debe ser suspendida por razones de emergencia, dado que además de impartir justicia entre las personas –que deber ser efectiva²⁸–, la actividad jurisdiccio-

²⁵ Cfr. CSJN, *in re* “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”, causa CSJ 353/2020/CS1, fallo de fecha 24/04/2020. En este curioso precedente, la Corte ha dicho que ninguna de las cláusulas de la Constitución Nacional “veta la posibilidad de que las reuniones se lleven a cabo de forma remota”, y que por el contrario, “la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el art. 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias”.

²⁶ Ver Decreto Presidencial de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación N° 8/2020, de fecha 4/05/2020, y Res. de fecha 29/04/2020 de la Cámara de Diputados que aprueba el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto.

²⁷ La Corte Suprema de la Nación dispuso, por Acordada N° 6/20, la feria extraordinaria -por las razones de salud pública referidas en el Decreto de Necesidad Urgencia 297/2020- respecto de todos los tribunales federales nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación, desde el 20 al 31 de marzo inclusive, indicando en forma expresa que la misma iba a extenderse por igual plazo que el que el Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga. A raíz de ello la Corte ha debido dictar seis nuevas Acordadas, prorrogando la feria, siendo la última hasta el 7 de junio de 2020. Al respecto, ver Acordadas Nros. 8/20, 12/20, 13/20, 14/20 y 16/20.

²⁸ El principio de la tutela judicial efectiva tiene rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra carta magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica. El principio de la tutela efectiva es la contracara del principio de la inviolabilidad del juicio –art. 18 de nuestra C.N.–, y debe aplicarse todo proceso jurisdiccional. Según el art. 8, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada

nal del Poder Judicial importa el ejercicio de la competencia constitucional de uno de los poderes del Estado, siendo un factor importante de contralor de la actividad legislativa y administrativa. Su restricción o auto limitación atenta contra la misma idea de República, y altera el equilibrio de poderes propio del principio de separación de los mismos, consagrado en nuestra Constitución nacional.

II. LA EXIGENCIA DE LEGITIMIDAD (LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD) DE LOS ACTOS ESTATALES DE EMERGENCIA

La pandemia nos ha sorprendido a todos, y el Estado debió dictar decretos de necesidad y urgencia para declarar la emergencia e imponer un aislamiento social tan necesario para contener al virus, como grave por la magnitud de las restricciones que impone a los derechos de los habitantes, entre ellos las libertades de circulación, de trabajo y de comercio e industria.

En rigor, por medio del primero de los decretos de necesidad y urgencia, el Decreto N° 260/20 de fecha 12/03/20, el Poder Ejecutivo amplió la emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por el Congreso nacional en ley 27.541, prorrogando su plazo (por un año desde la sanción del decreto) y fundando esta ampliación en el estado de necesidad provocado por el arribo del virus a nuestro territorio, y la eventual circulación podía ocurrir –y que luego aconteció–. A partir de allí se emitieron varios decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se adoptaron distintas medidas tendientes a proteger la vida, como la por todos conocida cuarentena –y sus prórrogas–, y se regularon muchas actividades.

En efecto, pocos días después, el 16 de marzo de 2020 fue dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2020, por el cual se dispuso la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país; prohibición que luego fue ampliada a ciudadanos argentinos que se encontraran en el exterior. Este decreto fue luego prorrogado por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 313/20, 331/20, 365/20 y 409/20, manteniéndose vigente la prohibición de ingreso al territorio nacional hasta el 10 de mayo de 2020 según la norma mencionada en último término.

Luego fueron dictadas numerosas normas complementarias, entre las cuales cabe destacarse las Resoluciones Nros. 143/20 y 144/20 de la Administración Nacional de Aviación Civil, mediante las cuales se estableció la prohibición a líneas aéreas de comercializar servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional sin previa autorización por parte de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), y de ofrecer o reprogramar tickets aéreos hasta el 1° de septiembre de 2020.

El 20 de marzo de 2020 se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, que estableció, en todo el territorio nacional, el denominado Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, hasta el día 31 de marzo inclusive, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. En esa misma norma se indicaron en forma taxativa los servicios y actividades exceptuados de cumplir con el aislamiento ordenado. Esta medida de aislamiento fue sucesivamente prorrogada por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 325/20²⁹, 355/20³⁰, 408/20³¹ y 459/20³².

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

²⁹ De fecha 31/03/2020.

Fue en este último decreto donde se dispuso que los Gobernadores de las Provincias puedan dar excepciones a los departamentos o partidos de hasta 500.000 habitantes, con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales³³, y en el caso de que estos excedan esa cantidad de habitantes, y no integren el Área metropolitana de Buenos Aires (AMBA), también podrán darse excepciones siempre y cuando el protocolo para el funcionamiento de esos departamentos o partidos se encuentre incluido en el “Anexo de Protocolos autorizados por la autoridad sanitaria nacional³⁴”.

El día 24 de mayo se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493/20 por el cual se dispuso la última prórroga del aislamiento social, preventivo y obligatorio, hasta el día 7 de junio de 2020 inclusive.

En forma simultánea a todos estos decretos de emergencia, el Poder Ejecutivo delegó en el Jefe de Gabinete de Ministros –en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”– la facultad de ampliar o reducir las excepciones dispuestas. A raíz de ello, el Jefe de Gabinete de Ministros dictó las Decisiones Administrativas Nros. 429/2020 (de fecha 20/03/2020), 446/2020 (de fecha 01/04/2020), 450/2020 (de fecha 03/04/2020), 468/2020 (de fecha 07/04/2020), 490/2020 (de fecha 11/04/2020), 524/2020 (de fecha 18/04/2020), 729/2020 (de fecha 07/05/2020) y 745/2020 (de fecha 08/05/2020), que progresivamente ampliaron la lista de actividades y servicios exceptuados de cumplir con el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, considerando tanto criterios epidemiológicos como económicos y sociales, y de acuerdo a lo sugerido por especialistas médicos y por gobernadores de provincias e intendentes.

A su vez, entre otras medidas importantes el Poder Ejecutivo dispuso la suspensión de términos en los procedimientos administrativos reglados por la LNPA y sus normas reglamentarias y complementarias, mediante los Decretos Nros. 298/20 (de fecha 19/03/2020), 327/20 (de fecha 31/03/2020), 372/20 (de fecha 14/04/2020), 410/20 (de fecha 26/04/2020), 458/20 (de fecha 11/05/2020) y 494/20 (de fecha 24/05/2020), encontrándose vigente dicha suspensión hasta el 7 de junio de 2020 según el último decreto mencionado. Estos decretos no han sido de necesidad y urgencia, pues tratándose de la suspensión de los procedimientos de la propia Administración Pública, no es competencia exclusiva del Poder Legislativo, razón por la cual bastaba que fueran utilizadas las facultades autónomas y reglamentarias que posee el Poder Ejecutivo³⁵.

Otra de las cuestiones claves fue la implementación de un procedimiento eficaz para realizar compras destinadas a bienes y servicios para combatir la emergencia sanitaria. En tal sentido, el Poder Ejecutivo estableció el denominado “Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia”, vigente respecto de aquellos procedimientos contractuales que se lleven a cabo para atender la emergencia declarada por el Decreto N° 260/2020. Las normas que regulan este procedimiento son los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 260/2020 y 287/2020, la Decisión Administrativa N° 409/2020 y la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 48/2020.

³⁰ De fecha 11/04/2020.

³¹ De fecha 26/04/2020.

³² De fecha 10/05/2020.

³³ Véase art. 3 Decreto N° 459/20.

³⁴ *Cfr.* art. 4, Decreto N° 459/20.

³⁵ *Cfr.* art. 99, incs. 1 y 2, de la Constitución Nacional.

Una de las cuestiones que ha generado mucha crítica ha sido el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 457/2020, en virtud del cual se modificó el Presupuesto General de la Administración Pública para el ejercicio 2020 y se suspendió, durante el ejercicio 2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones de la emergencia ocasionada por el COVID-19³⁶. Esa norma también facultó al Jefe de Gabinete a realizar las reasignaciones presupuestarias que impliquen una reducción de los gastos reservados y de inteligencia, pero esta facultada no ha sido cuestionada.

Los decretos de necesidad y urgencia son herramientas valiosas para este tipo de situaciones, y a pesar de su ostensible abuso en el pasado, en las actuales circunstancias su utilización –con apego a la constitución– no debiera ser cuestionada. La velocidad imprevisible con la que avanzó el COVID-19, y la gravedad de sus circunstancias, es casi un ejemplo de libro de una situación que impide seguir el trámite parlamentario para la sanción y promulgación de las leyes. Quienes cuestionan su utilización en estos casos, en realidad esconden un rechazo absoluto a esta herramienta.

Hay que comprender que esta herramienta es constitucional, pero en modo alguno es ilimitada³⁷. Hay exigencias formales, materias vedadas –como la impositiva o penal– y toda medida que se tome debe ser legítima, es decir sea razonable y proporcionada. Ciertamente, de no haberse dado esta urgencia, hubiese sido necesario que el Congreso dictara una ley de emergencia específica, y delegara en el Poder Ejecutivo el dictado de los reglamentos de emergencia necesarios para afrontar esta situación, conforme se encuentra previsto en el artículo 76 de nuestra Constitución Nacional. Pero ello no ha sucedido, dado el estado de necesidad urgente que exigió una respuesta inmediata.

Al respecto, debemos destacar que ninguna de las medidas adoptadas a través de los decretos de necesidad y urgencia antes mencionados han versado sobre temas vedados por la Constitución Nacional. A su vez, consideramos que están dados los supuestos de urgencia que exige la Constitución Nacional para el dictado de estas decisiones y, como hemos expuesto, consideramos también que en el marco de la emergencia actual las medidas adoptadas pueden restringir derechos constitucionales. De hecho, es incuestionable la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos mientras el Congreso, a raíz de la pandemia, no se reúne a legislar. No obstante ello, incluso ante la posibilidad de que el Congreso se encuentre sesionando también puede convalidarse la utilización de esta herramienta, pero ciertamente de manera aún más restrictiva, y siempre que, a pesar de que el Congreso pueda sancionar leyes, exista una urgencia que justifique su dictado, conforme lo autoriza la Constitución³⁸.

³⁶ Las limitaciones al Jefe de Gabinete para reestructurar partidas se encuentran contempladas en el artículo 37 de la Ley N° 24.156.

³⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 9ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 192 y ss.

³⁸ Distinta es la opinión de autores como Buteler, para quienes si el Congreso puede sesionar o se encuentra en sesiones, no existe justificación para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Véase Buteler, Alfonso, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, en *LA LEY*, 25/05/2020, donde el autor afirma que “no es posible justificar la imposibilidad de seguir el tratamiento para la sanción de las leyes, lo que implica que el DNU 260/2020 resulta contrario al texto de la Constitución Nacional. Lo mismo puede predicarse de muchos de los DNU que se han dictado después”.

Por lo expuesto, y por las razones que hemos indicado en el acápite anterior referidas a la ausencia de presupuestos que justifiquen en nuestro caso el estado de sitio, no compartimos la opinión de aquellos autores que sostienen que la prohibición de circulación –o sea, el aislamiento social obligatorio– sólo podría dictarse por medio de una ley formal que declare el estado de sitio³⁹.

Lo dicho hasta aquí en modo alguno desconoce que toda medida de esta naturaleza que restrinja libertades constitucionales –aún en el caso anterior donde el Congreso no se reunía a legislar– debe interpretarse restrictivamente, y su control debe ser estricto, ya que la posibilidad que da la Constitución al Poder Ejecutivo de ejercer facultades legislativas se concede con sujeción a las exigencias formales antes referidas, y únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad⁴⁰.

Además de ello, el Poder Ejecutivo debe necesariamente enviar los decretos de necesidad y urgencia al Congreso para su posterior convalidación o rechazo, conforme lo exige la Constitución nacional, cuyo artículo 99, *in fine*, que es claro al exigir que “el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

A raíz de ese mandato constitucional, el Congreso Nacional sancionó la ley N° 26.122, que regula el procedimiento de convalidación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. Y en ejercicio de la competencia atribuida por esa ley, la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo se reunió en forma virtual el día 28 de abril de 2020 para tratar los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia, validando los veinte decretos dictados hasta ese momento. Luego, el 18 de mayo, la referida Comisión volvió a reunirse, validando en su dictamen seis decretos posteriores.

Ha quedado pendiente su aprobación por el plenario de ambas Cámaras, cuestión no menor que no debiera ser demorada bajo ningún concepto, pues si bien los decretos de necesidad y urgencia son válidos mientras no sean rechazados por ambas Cámaras⁴¹, tratándose de graves limitaciones constitucionales es saludable, para nuestra República, que los mismos sean ratificados por el Congreso Nacional, sobre todo teniendo en cuenta que ambas cámaras han retomado la actividad parlamentaria, de manera remota y virtual, y han comenzado a

³⁹ Ver, por ejemplo, la opinión de Roberto Gargarella, en la entrevista publicada en el Diario LA GAZETA, de fecha 17/05/2020, titulada “Estamos viviendo en un estado de sitio de facto inaceptable según la Constitución”. En dicha entrevista, Gargarella sostiene estamos sufriendo en nuestro país restricciones de derechos fundamentales hechas de una manera que la Constitución no permite porque no se sigue el procedimiento de la sanción de una ley o de la declaración del estado de sitio. Véase también Díaz Lacoste, Alejandro, “COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional”, en *LA LEY*, 5/05/2020.

⁴⁰ Véase Sagüés, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA, 2003-IV-1220.

⁴¹ *Cfr.* arts. 17 y 24 de la Ley N° 26.122.

tratar en forma diaria proyectos de leyes. Es dable destacar que el Senado ha aprobado varios de estos decretos en su sesión especial del día 13 de mayo de 2020⁴².

Ahora bien, debemos destacar que muchas de las decisiones adoptadas por la Administración Pública constituyen lo que en derecho denominamos actividad discrecional administrativa, que le permite al Poder Ejecutivo elegir entre varias alternativas, todas igualmente válidas. No es infrecuente escuchar preguntas del tipo ¿es legal que la cuarentena se extienda hasta fin de junio?, ¿resulta legal que por decreto de necesidad y urgencia se extienda hasta junio cuando en Brasil es mucho más flexible?, ¿es legal que no me permitan ir al trabajo, si en países como Suecia o Alemania siguen con la vida normal? La respuesta a este tipo de interrogantes y tantos otros es que sí, es legítimo, en la medida que esos actos sean razonables. Esta es la función que debe ejercer el Poder Ejecutivo en un Estado de Derecho en épocas de excepción y urgencia. Es más, es un rol indelegable del Poder Ejecutivo actuar como lo está haciendo. Y sus decisiones son –dentro de lo razonable– enteramente discrecionales, aunque algunos de sus alcances puedan no gustarnos o consideremos que quizás existen alternativas mejores.

Ello en modo alguno significa que el Gobierno de turno tenga libertad para actuar de manera arbitraria. Sus actos siempre deben ser razonables, transparentes, y deben explicarse sus motivos expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto⁴³. Si la Administración Pública, amparándose en la discrecionalidad y en los poderes de emergencia, dictara actos arbitrarios, será función del Poder Judicial controlarlos y revocarlos si fuere necesario. Los jueces podrían, a petición de los ciudadanos, por ejemplo, controlar si las medias dispuestas en los actos dictados son proporcionales a los fines buscados.

Tomás Ramón Fernández manifiesta, de manera acertada, que “es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable”⁴⁴. Coincide nuestra doctrina vernácula, al sostener –como lo hace Cassagne– que el criterio central del razonamiento jurídico “no se concibe entonces como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable”⁴⁵.

Juan Francisco Linares ha sostenido, en su célebre estudio sobre la razonabilidad de las leyes, que el principio de razonabilidad se funda en el art. 28 de nuestra Constitución Nacio-

⁴² La Cámara de Senadores de la Nación, en reunión de fecha 11/05/2020, aprobó los primeros 20 Decretos de Necesidad y Urgencia que habían recibido dictamen favorable por parte de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, esto es, los DNU Nros. 260/20, 274/20, 287/20, 297/20, 311/20, 312/20, 313/20, 316/20, 319/20, 320/20, 325/20, 326/20, 329/20, 331/20, 332/20, 347/20, 355/20, 365/20, 367/20 y 376/20.

⁴³ La motivación es uno de los elementos esenciales del acto administrativo, y su ausencia genera la nulidad absoluta e insanable de los mismos. Véanse arts. 7 y 14 de la Ley 19.549. Como sostiene Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada, “con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos -todos- deben dar razón de sus decisiones”. Ver Coviello, Pedro, “El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo”, en *AAVV*, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 608.

⁴⁴ Fernández, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 216.

⁴⁵ Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 189.

nal que dice: “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores capítulos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”⁴⁶. Este precepto resulta extensivo a todos los actos de los distintos poderes públicos⁴⁷.

Es así que desde la óptica del derecho constitucional, Sola señala que “uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben sólo emanar de una autoridad política elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un Estado Democrático de Derecho, también, además de ser legítimos (...) deben reflejar los valores e intereses de la población”⁴⁸. Precisamente la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad como la razonabilidad –o justicia– de los mismos”⁴⁹.

En rigor, un adecuado análisis de razonabilidad es la forma de controlar eficazmente las potestades discrecionales de la Administración. Para ello, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado⁵⁰. En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho⁵¹.

Dado que las alternativas deben ser justas, se puede –y corresponde– analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien –como sostiene Muñoz Machado– “la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente”⁵², lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque demás está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios –injustos e irrazonables–⁵³.

⁴⁶ Cfr. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 165.

⁴⁷ Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., p. 198 y 201.

⁴⁸ Sola, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, 2da ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 579.

⁴⁹ Cfr. Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., p. 119.

⁵⁰ Cfr. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 444.

⁵¹ Cfr. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 449 y ss.

⁵² Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Thompson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2004, p. 519. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado, porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente”, en Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 806.

⁵³ Al respecto, Schmidt-Assmann sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamen-

La Corte Suprema ha reiterado, en un pronunciamiento relativamente reciente, que “la circunstancia de que la entidad administrativa opere en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”⁵⁴.

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de nuestra Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos⁵⁵. Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Una de las formas de controlar la razonabilidad consiste en verificar si el acto es proporcional, esto es, si hay una proporción entre el fin y el medio elegido⁵⁶. Supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables⁵⁷.

El jurista español Javier Barnés Vázquez, por su parte, nos explica que el juicio de proporcionalidad debe realizarse mediante tres análisis, el de proporcionalidad en sentido estricto, el de necesidad, y el de adecuación. En tal sentido, al examen de proporcionalidad típica,

te en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 221.

⁵⁴ CSJN, en “Silva Tamayo Gustavo Eduardo c. EN - Sindicatura General de la Nación - Resol. 58/03 459/03 s/empleo público”. Sentencia del 27/12/2011. Ver también Fallos: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (Fallos: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última in re “Perfil c. Estado Nacional s/amparo”, CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

⁵⁵ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., pp. 198 y 201.

⁵⁶ Cfr. Coviello, Pedro, “El principio de razonabilidad (o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino”, en *REDA*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Marzo/Junio 2011, p. 144.

⁵⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 18.

que ya hemos comentado, se le suma el juicio de necesidad, que exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos de todas las posibles que puedan tomarse, y el de adecuación, por medio del cual debe valorarse la idoneidad del fin⁵⁸.

Sagüés distingue tres exámenes de control de razonabilidad que pueden realizarse de las normas y los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta a valorar su sentido de justicia⁵⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una reciente e importante declaración denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, por medio de la cual señala, con acierto, que las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios pro persona, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada⁶⁰.

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, la justicia ha declarado inconstitucional la decisión del Poder Ejecutivo local de exigir una autorización a aquellas personas mayores de 70 años que quisieran salir de sus casas para ir al supermercado o realizar cualquier actividad exceptuada por las normas nacionales que limitan la libre circulación. En este fallo, de primera instancia, el juez ha evaluado que la imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos, resulta una exigencia más gravosa para el colectivo de personas que para el resto de la población⁶¹.

Al propio tiempo, la justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha convalidado en reiteradas oportunidades las medidas de confinamiento obligatorio, en hoteles porteños, dispuestas por el Gobierno de la Ciudad para aquellos habitantes que arribaran a la Ciudad provenientes de países considerados de riesgo⁶².

⁵⁸ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP* N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss.

⁵⁹ Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 700/701.

⁶⁰ Véase Resolución N° 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA), titulada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, de fecha 10 de abril de 2020. El documento comprende en su parte resolutive 85 recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros.

⁶¹ Véase Juzgado de 1ra instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, secretaria N° 27, in re “Lanzieri, silvano c/ GCBA s/ amparo”, sentencia de fecha 20/04/2020. Ver también: Álvarez Atilio, “Jueces hay en la República. En torno al fallo Lanzieri”, en ED, de fecha 13/05/2020.

⁶² *Cfr.* sentencia de fecha 28/03/2020, de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas, sobre *Habeas Corpus*, número de causa: CAU 8035/2020-0 CUIJ: CAUJ-01-00018118-4/2020-0 Actuación Nro: 14536784/2020; y de fecha 31/03/2020, sobre *Habeas Corpus*, número de causa: CAU 8054/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018335-7/2020-0 Actuación Nro: 14539640/2020.

En Francia, el Consejo Constitucional ha validado, el 11 de mayo de 2020, la gran mayoría de las limitaciones que contiene la ley, dictada el 8/05/2020, que establece la prórroga del estado de urgencia sanitaria. No obstante ello, el referido tribunal declaró inconstitucional algunas de sus previsiones, entre ellas el aislamiento de las personas que entren en territorio nacional, sin la intervención de un juez. También los jueces estimaron que el aislamiento completo de los pacientes de COVID-19 que implica no poder salir de su domicilio o de algún lugar durante más de 12 horas por día, no se podrán adoptar sin el control de un juez de las libertades⁶³.

Por otro lado, el Consejo Constitucional Francés ha puesto límites al plan del gobierno francés para rastrear, con las llamadas brigadas sanitarias, a los futuros enfermos de COVID-19 y a sus contactos. Un sistema que ha suscitado en Francia y en el mundo preocupación con respecto al secreto médico y al respeto a la vida privada. Para los jueces constitucionales este sistema persigue el objetivo constitucional de protección de la salud, aunque sin embargo decidieron que los organismos de acompañamiento social, como por ejemplo los centros municipales de acción social, no tendrán acceso a los datos médicos de las personas rastreadas sin el consentimiento de éstas. Asimismo, antes de usar dicha información, las autoridades tendrán que borrar los mails y números de teléfono asociados, además de nombres y direcciones.

Hasta el momento, en nuestra opinión, las medidas que ha adoptado el Poder Ejecutivo nacional han sido todas razonables, dentro de la discrecionalidad que ha tenido⁶⁴. Se ha valorado correctamente que entre los derechos humanos afectados por la pandemia el más trascendente es el derecho a la vida, y en consecuencia las medidas adoptadas estuvieron orientadas a la protección de ese bien tan preciado. A su vez, estas decisiones dictadas fueron oportunas y necesarias, como la limitación de la circulación de las personas, el cierre de fronteras, el control del abastecimiento de productos, la asistencia económica a los sectores carenciados, la garantía del suministro y prestación de los servicios públicos a ciertas personas, las restricciones a ciertas actividades, comercios e industrias, los permisos y las excepciones dadas, el congelamiento de alquileres y de tarifas, la prohibición de las ejecuciones hipotecarias, y los controles sanitarios.

No podemos dejar de observar que ciertos países del continente americano, como Estados Unidos de Norteamérica, México y Brasil, que no han adoptado a tiempo similares medidas, han sufrido una mayor cantidad de contagios y muertes. Incluso países como Chile, Perú y Ecuador tienen bastante más contagiados y fallecimientos por coronavirus que Argentina. Pero el caso de Brasil es el más elocuente, dado que si bien ese país lindero tiene una población cuatro veces y media más grande que Argentina, al cierre de este artículo cuenta con un registro, a raíz de esta pandemia, de treinta veces más de contagiados, y cuarenta y ocho

⁶³ Véase: https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/05/11/le-conseil-constitutionnel-valide-la-loi-prorogeant-l-etat-d-urgence-sanitaire-mais-censure-deux-dispositions_6039355_823448.html#xtor=AL-32280270

⁶⁴ El aislamiento ha sido declarado constitucional por la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala de FERIA, en el *habeas corpus* presentado por el Sr. Patricio Kingston. En este precedente, los jueces sostuvieron que ante la falta de un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19, y encuentran fundamento en la necesidad de preservar la salud y el orden público.

veces más de muertes, que Argentina⁶⁵, lo que demuestra que la mayor cantidad de casos en Brasil no es una cuestión vinculada al tamaño de su población sino a la velocidad de circulación del virus, precisamente lo que se quiere evitar en Argentina con las medidas antes señaladas. Es un hecho también que al cierre de este artículo se está dando en ambos países un crecimiento exponencial tanto de contagios como de fallecimientos, lo cual también revela el acierto de las medidas adoptadas en nuestro país, al encontrarnos con una situación bastante más controlada y de menor impacto que la de dichos países, al menos por ahora.

Excedería este trabajo analizar y explicar en detalle la razonabilidad de cada medida, y ello tomaría un artículo por cada una. *Prima facie* parecen todas razonables en atención a la emergencia que vive nuestro país y el mundo entero. No obstante ello, la medida que nos genera mayor preocupación es el Decreto N° 457/20, que otorgó al Jefe de Gabinete poderes extraordinarios para reasignar partidas presupuestarias. Como ha expresado María Angélica Gelli en un reciente trabajo, “como es sencillo de advertir, la acumulación de poder en el Presidente de la Nación que emana del DNU 457/2020 es enorme; y en punto a la reestructuración de partidas presupuestarias resulta, a mi modo de ver, excesiva”⁶⁶. Si bien la autora no lo señala en forma expresa, de considerarse excesivas las facultades otorgadas al Jefe de Gabinete, el Decreto N° 457/2020 sería en esa parte inconstitucional, pues no sería razonable ni proporcional.

III. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA

Toda crisis genera una oportunidad. Quizás los argentinos podamos aprovechar el COVID-19, al trabajar todos juntos para amortiguar sus consecuencias negativas y al propio tiempo construir los cimientos de una nueva Argentina.

Ciertamente, a la fecha en que me encuentro escribiendo este artículo, estamos muy lejos de haber ganado la guerra al virus o siquiera tener la situación controlada. En este escenario, muchas de las medidas sanitarias que restringen derechos de los ciudadanos habrán de mantenerse, algunas se modificarán o eliminarán, y muchas nuevas medidas deberán adoptarse conforme vaya evolucionando la circulación del COVID y según sea la reacción del comportamiento social frente a las reglas impuestas. Como he dicho *ut supra*, todas las medidas de emergencia deben ser por esencia transitorias, no deben desnaturalizar los derechos, y deben ser proporcionales a los fines que persiguen. Por ejemplo, si hay dos alternativas igualmente válidas, debe optarse por la alternativa que afecte en menor grado los derechos y garantías de los ciudadanos. En nuestro Estado de Derecho es dable reiterar, a fuerza de cansancio, que está terminantemente prohibida la arbitrariedad, aún en el marco de un Estado de Necesidad como el que estamos viviendo. De hecho, los Estados de Necesidad son instrumentos de defensa de los derechos constitucionales, pues si no se permiten ciertas restricciones de nuestros derechos cuando una situación de emergencia lo exige, el sistema colapsa por completo.

⁶⁵ Al cierre de este artículo en Argentina se habían registrado 12.628 casos confirmados de personas afectadas con COVID-19, y se habían producido 471 muertes. Brasil, por su parte, tenía a la misma fecha 363.211 casos confirmados, y 22.666 fallecimientos a causa del COVID-19. En ambos países las cifras continúan creciendo, y las proporciones de relación entre ambos países se mantienen. Esta información ha sido publicada en “el mapa del coronavirus en tiempo real” del Diario Clarín de fecha 26/05/2020, y se actualiza día a día.

⁶⁶ Gelli, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible”, LA LEY, 18/05/2020.

Sin desmerecer en modo alguno la importancia de las medidas que tienden a proteger la salud y la vida de las personas, y que buscan impedir la aceleración de los contagios de esta enfermedad, a la par de lograr el tiempo suficiente para equipar el sistema sanitario, el rol del Estado consiste asimismo en concretar políticas públicas de emergencia orientadas a impedir que nuestra economía se vea profundamente dañada a raíz de la paralización o el deterioro de muchos sectores productivos y de consumo.

Entre las numerosas medidas que nuestro sistema productivo, económico y financiero requiere en un caso de emergencia como el que estamos viviendo, se encuentran las que deben orientarse a subsidiar a los individuos y las actividades que lo necesiten, a ordenar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos que se ven impactadas por esta situación, a evitar el quiebre o cierre de empresas, industrias y comercios, y a reactivar el aparato productivo y de servicios, o al menos amortiguar el impacto económico, productivo y financiero negativo de la crisis sanitaria.

Para ello el Congreso debe retomar su actividad –con continuidad–, y avocarse a sancionar en forma urgente un paquete de leyes de emergencia dirigidas a paliar la crisis. El Poder Ejecutivo, la AFIP y el Banco Central no tienen las suficientes facultades constitucionales para dictar todas las medidas necesarias en este escenario. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo ni aun mediante decretos de necesidad y urgencia puede tratar temas fiscales⁶⁷. La Administración Pública sólo está facultada a conceder planes de pago, pero en modo alguno podría crear, eliminar, aumentar o reducir tributos. Por su parte, muchas otras medidas como incentivos fiscales, subsidios, promociones industriales o no industriales también requieren ley.

No obstante ello, el Poder Ejecutivo ha otorgado importantes medidas de subsidios a personas y empresas, ha dado ciertas ayudas públicas necesarias, y ha regulado ciertas actividades para amortiguar el impacto económico y social negativo de la crisis en la vida de las personas.

Entre ellas, por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/2020, de fecha 25 de marzo de 2020, se prohibió a 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, disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a determinados usuarios considerados particularmente afectados por la emergencia sanitaria, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1° de marzo de 2020.

Por su parte, el 29 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 319/2020, en virtud del cual congeló el valor de las cuotas de créditos hipotecarios y de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), ordenando que éste quede fijado de acuerdo al vigente al mes de marzo de 2020; y dispuso la suspensión, hasta el 30 de septiembre de 2020, de las ejecuciones hipotecarias judiciales o extrajudiciales cuando éstas recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora.

A su vez, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 320/2020, sancionado ese mismo día, dispuso la suspensión, hasta el 30 de septiembre de 2020, de los desalojos y la suspensión de ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de: inmuebles y habitaciones destinados a vivienda; inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias; inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones

⁶⁷ Cfr. Art. 99, inc. 3, de la C.N.

agropecuarias; inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria; inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión; inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES); e inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el INAES.

Por la misma norma se dispuso la prórroga automática hasta el 30/09/2020 de los contratos antes mencionados, cuando su vencimiento operara entre el 20 de marzo de 2020 y dicha fecha. Asimismo, se ordenó el congelamiento del precio de los alquileres –también hasta el 30/09/2020–, fijando el valor correspondiente al canon locativo del mes de marzo como el precio máximo de éstos.

En cuanto a medidas económicas de asistencia directa, el Poder Ejecutivo creó el “Ingreso Familiar de Emergencia”, como una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20. Dicha prestación consistió en una suma fija de \$10.000, abonada en el mes de abril⁶⁸.

Dada la persistencia de la situación de emergencia y en tanto las medidas de aislamiento ordenadas por el Poder Ejecutivo Nacional fueron sucesivamente prorrogadas, se adoptaron luego diversas medidas paliativas, entre las cuales cabe destacar la que dispuso la prohibición de los despidos y suspensiones sin justa causa ni por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, por el plazo de 60 días⁶⁹.

Asimismo, se creó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, cuyos beneficios son: (i) la postergación o reducción de hasta el 95% del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino); (ii) pago de un Salario Complementario por el Estado para trabajadores en relación de dependencia del sector privado; (iii) crédito a tasa cero para personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y para trabajadores autónomos en las condiciones que establezcan la Jefatura de Gabinete y el BCRA, con subsidio del 100% del costo financiero total; (iv) prestación económica por desempleo para trabajadores que reúnan los requisitos de la Ley 24.013 y de la Ley 25.371. En forma simultánea se creó el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, cuyas funciones son básicamente definir, con base en criterios técnicos, los beneficiarios de dicho régimen⁷⁰.

El mencionado salario complementario consiste en una asignación abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), equivalente al 50% del salario neto del trabajador, aunque con un tope máximo por empleado. Por otra parte, el Crédito a Tasa Cero consiste en una financiación a ser acreditada en la tarjeta de crédito del beneficiario. Dicha financiación no podrá exceder una cuarta parte del límite superior de ingresos brutos establecidos para cada categoría del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y, a su vez, tendrá un límite máximo de 150.000 pesos.

⁶⁸ Véase Decreto N° 310/2020, de fecha 24/03/2020.

⁶⁹ Medida dispuesta en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/2020, de fecha 31/03/2020.

⁷⁰ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 332/2020, de fecha 31 de marzo de 2020, luego modificado por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 347/2020 y 376/2020.

El Fondo Nacional de Desarrollo Productivo, bonificará el 100% de la tasa de interés y del costo financiero total que devenguen los créditos otorgados a personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y trabajadores autónomos⁷¹.

Otro ejemplo de intervención del Estado en la economía es la limitación de derechos dispuesta por varias resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior en la que se fijaron precios máximos para bienes, intimándose a las empresas que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de esos mismos bienes a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada⁷².

En ese marco, por medio del Decreto N° 351/20 se convocó a los intendentes de todos los municipios del país a realizar, en forma concurrente con la Nación, la fiscalización del cumplimiento de los precios máximos establecidos por la Secretaría de Comercio Interior. Esta convocatoria se circunscribe a los supuestos comprendidos en el artículo 15 de la Ley de Abastecimiento, es decir, a aquellos casos en los que la infracción afectara o pudiera afectar el comercio interjurisdiccional⁷³.

En fecha 21 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud de la Nación y el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación dictaron la Resolución Conjunta N° 1/2020, por la cual intimaron a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras de la cadena de producción de “insumos críticos sanitarios” a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud, por un plazo de 90 días. A su vez, el Ministerio de Salud dictó la Resolución N° 695/2020, de fecha 1/04/2020, que obliga a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras de ventiladores mecánicos invasivos a no realizar entregas sin autorización previa de dicho Ministerio.

Estas últimas medidas mencionadas, limitativas de derechos, han sido dictadas en el marco de lo dispuesto por la Ley de Abastecimiento N° 20.680, de 1974, que autoriza al Poder Ejecutivo la fijación de precios máximos y el control de la producción y comercialización de bienes y servicios para asegurar el abastecimiento de los mismos en el territorio de la República Argentina.

⁷¹ Las medidas de este régimen especial fueron reglamentadas, entre otras normas por las Resoluciones Generales AFIP 4693/2020, 4698/2020, 4702/2020 y 4707/2020. Por ellas se crearon los servicios web “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción - ATP” y “Crédito Tasa Cero”, a fin de que los empleadores interesados puedan acceder a los beneficios del Decreto PEN 332/2020. Asimismo, se estableció la postergación del vencimiento para el pago de las contribuciones patronales al SIPA del periodo devengado marzo 2020 hasta las fechas establecidas en la Resolución según la terminación del CUIT para los sujetos cuya actividad se encuentra incluida en el listado publicado por la AFIP.

⁷² Por medio de la Resolución N° 100/2020, la Secretaría de Comercio Interior ordenó la retrocesión de precios de bienes de consumo masivo al día 6 de marzo de 2020, por 30 días corridos, principalmente de productos alimenticios, de limpieza y cuidado personal. Luego, por Resolución N° 114/20, ordenó la retrocesión del precio de venta al público a los valores del 6 de marzo de 2020 de termómetros corporales de contacto y del barbijo no quirúrgico, fijando respecto de este último producto un precio máximo de cuarenta pesos. Asimismo, mediante la Resolución N° 115/20 se fijaron precios de referencia para la venta al público de alcohol en gel. Por medio de la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior N° 117/20 se prorrogó el plazo que establecía la Resolución N° 100/20 por otros 30 días corridos desde la finalización del primer término.

⁷³ *Cfr.* Sanguinetti, Juan Carlos, “Delegación de facultades a los intendentes para el control de precios máximos”, en *Abogados.com*, de fecha 13/04/2020.

La Ley de Abastecimiento ha recibido por parte de la doctrina fuertes críticas dada su evidente inconstitucionalidad en varios aspectos formales –sobre todo a partir de la reforma constitucional que establece límites claros a la delegación legislativa que dicha ley no cumple– y sustanciales, pero dicho análisis excede el presente trabajo⁷⁴.

En Argentina se necesitan crear nuevas reglas de juego para salir de esta crisis, y ello solo puede hacerse desde el Estado. Se trata de un importante rol del Estado que la ciudadanía sola no puede afrontar. A su vez, el Estado debe hacer todos los esfuerzos posibles en el plano económico para mantener el empleo, y fomentar asimismo su constante creación.

Nuestro actual sistema económico y social no resiste el impacto de esta pandemia y no está preparado para enfrentarla. Es aconsejable que las medidas que adopte el Estado sean fruto de un consenso entre el Gobierno, los partidos de la oposición, los sectores productivos y los trabajadores. Hoy más que nunca deben formarse mesas de diálogo tendientes a un gran acuerdo nacional, sin banderas partidarias ni ideológicas, ni oportunismos.

IV. LA RECOMPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Uno de los escenarios donde el Estado debe actuar en forma inmediata es el de la contratación pública. No resulta difícil advertir que por medio de la contratación del Estado se construyen las grandes obras de infraestructura que nuestro país necesita para desarrollarse. La obra pública, además, es una de las principales fuentes de generación de empleo a nivel nacional, y da actividad a numerosas empresas, muchas de ellas pequeñas y medianas. A su vez, a diferencia de los contratos del sector privado, los contratos estatales tienen un interés público por medio del cual se busca contribuir al bien común de la sociedad.

La normativa vigente exime de responsabilidad al contratista que por causas de fuerza mayor no pueda cumplir su obligación contractual⁷⁵. Estas causas deben ser ajenas, inevita-

⁷⁴ A los fines de profundizar en el análisis de la constitucionalidad de la ley de abastecimiento, ver: Castro Videla, Santiago M. - Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2015

⁷⁵ Ver el tratamiento de la fuerza mayor regulado en el artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se aplica de manera analógica a los contratos públicos. Allí establece que "...El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario". Por su parte, La ley de Obras Públicas, N° 13.064, en sus artículos 39, 50 in fine, 53 y 54, exime de responsabilidad al contratista cuando se presenta una fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones del contrato. El Régimen General de Contratación de la Administración Pública Nacional también establece que la fuerza mayor exime del cumplimiento de la obligación, en caso de que fuere de carácter natural. Así se encuentra establecido en el artículo 13, incisos a) y c) del Decreto 1023/01. En nuestra opinión, ha sido un desacierto acotar la fuerza mayor a los acontecimientos de origen natural, y aun cuando esa sea la redacción de la norma, una interpretación razonable conlleva a extenderlo a supuestos que no sean de origen natural pero que imposibiliten el cumplimiento de la obligación por causas ajenas, imprevisibles e inevitables por parte de quien lo invoca. De eso se trata la fuerza mayor, que no distingue de orígenes, salvo por sus características esenciales recién referidas. De ahí que para obtener un reconocimiento pleno de la fuerza mayor, que abarque todos los supuestos, debe invocarse el art. 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, a lo fines de darle su adecuado encuadre. Una cuestión no menor es que el Reglamento del Régimen de Contrataciones, que ha sido modificado constantemente, cuando regula la fuerza mayor no la restringe a hechos de origen natural. *Cfr.* Arts. 93 y 94 del Decreto 1030/2016. Ahora bien, en el caso de la fuerza mayor originada por el COVID-19, podría eventualmente incluirse dentro de la concepción que exige el origen natural de la fuerza mayor. Por su parte, la regulación de los contratos de participación pública privada también contempla la necesidad de mitigar el im-

bles e imprevisibles. Es una situación que puede darse en algunos contratos y en otros no. Y es algo que puede ser definitivo o transitorio. Ciertamente no procede la invocación abstracta sino que deberá demostrarse que no se pudo cumplir determinada obligación y la causa de ello. Y mientras dura esa causal, quedan suspendidos los plazos de cumplimiento y no se aplican multas ni sanciones⁷⁶. En muchos casos la fuerza mayor da derecho al contratista a rescindir el contrato sin culpa suya⁷⁷.

Es importante comprender que la fuerza mayor es una situación de hecho ajena a la parte que la sufre, que genera la imposibilidad de cumplimiento de una obligación contractual, ya sea de forma temporal o definitiva, y a la que el ordenamiento jurídico le da ciertos efectos y consecuencias, como hemos indicado.

Por otra parte, los contratistas, al igual que sucede en los contratos privados, pueden dejar de cumplir sus obligaciones si el Estado deja de cumplir las suyas, cuestión que se presenta con mayor frecuencia en situaciones de emergencia como la de ahora. Se trata de la aplicación de la excepción de incumplimiento contractual⁷⁸, que ha sido receptada por el derecho administrativo, pero exigiéndose que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración le ocasione el contratista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato⁷⁹.

Sin perjuicio de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación –aplicable por analogía a los contratos administrativos–, contiene una regla, el de la tutela preventiva, que a nuestro modo de ver implica una instancia mayor de protección que la clásica *exceptio non adimpleti contractus*. En rigor, el art. 1032 de dicho código establece que una parte puede suspender su propio cumplimiento 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. Este principio novedoso de la tutela preventiva podría ser invocado también por el Estado, desde luego.

Pero lo que en general sucede a raíz de las situaciones de emergencia como la actual en los contratos públicos en ejecución, es que éstos 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.

Y aquí es donde el Estado tiene un rol determinante, debiendo tomar decisiones tendientes a evitar un daño mayor y a preservar los contratos públicos⁸⁰. Entre las soluciones previstas por la normativa hay diferentes modos de rescisión de los contratos, desde mutuo acuer-

pacto de la fuerza mayor. Ver al respecto art. 9, inc. b, de la Ley 27.328. En tal sentido, en los contratos de PPP viales se establecieron numerosas cláusulas que eximen del cumplimiento de las obligaciones contractuales en casos de fuerza mayor, además de la exigencia de contar con seguros que cubrieran este tipo de eventos.

⁷⁶ Cfr. art. 94 del Reglamento del Régimen de Contrataciones Dec. 1030/2016. Ver también art. 35 de la Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁷⁷ Así se establece en el art. 53 Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁷⁸ Cfr. art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁹ Cfr. CSJN, in re “Cinplast SA v. ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones), Fallos 316:212, 1993.

⁸⁰ Los deberes de evitar causar un daño no justificado y de no agravar el daño si ya se produjo, están consagrados en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación.

do⁸¹, por causales de fuerza mayor⁸², o por decisión de la propia Administración motivada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁸³, en cuyo caso deberá indicarse su fundamento en forma expresa. También podría una de las partes pedir la rescisión del contrato invocando la teoría de la imprevisión, al haberse modificado las condiciones tenidas en cuenta al momento de la celebración del mismo (por aplicación del principio *Rebus sic stantibus*). Pero todas estas alternativas importan la terminación de los contratos, y sus consecuencias pueden resultar altamente perjudiciales para las empresas y los trabajadores, y también para el Estado y la sociedad, pues si la finalidad por la que se celebró tal contrato se mantiene, deberá convocarse a una nueva licitación, con los costos y la prolongación en el tiempo que ello conlleva.

No obstante ello, como señala la doctrina, “nada impide que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades”⁸⁴. En efecto, los contratos administrativos en Argentina pueden modificarse con acuerdo de ambas partes, pero siempre que esa modificación no exceda del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato⁸⁵. Esta limitación cuantitativa no se aplica al contrato de obra pública, dado que su régimen especial no ha fijado límite alguno⁸⁶.

Y si bien el contrato administrativo puede modificarse por acuerdo de partes, esa modificación no debe alterar el fin del contrato, ni el derecho de igualdad de aquellos oferentes que en su momento compitieron para obtener dicho contrato, o de aquel universo de oferentes que de haber conocido de antemano dichas modificaciones hubieren tenido intenciones de competir⁸⁷.

Estas previsiones deben respetarse en un escenario de normalidad contractual, pero no son aplicables estrictamente frente a supuestos extraordinarios que alteran las ecuaciones económicas del contrato, como ser situaciones de emergencia, o que den lugar a la teoría de la imprevisión. En estos casos se impondrá la necesidad de recomponer la ecuación financie-

⁸¹ Ver art. 97, Decreto 1030/16.

⁸² Cfr. art. 53 Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁸³ Cfr. art.12, inc. b, Dec. 1023/01, y art. 95 Dec. 1030/16.

⁸⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 94.

⁸⁵ Cfr. art. 100, inc a), p. 1 del Reglamento del Régimen General de Contrataciones, aprobado por Dec. 1030/2016. Es la misma previsión que tenía el anterior Reglamento, el Dec. 893/12, en su art. 124.

⁸⁶ Téngase en cuenta que si bien el título I del Régimen General de Contrataciones (1023/01) es aplicable a los contratos de obra pública regidos por la ley 13064, no así la Reglamentación del Régimen General de Contrataciones (Dec. 1030/16).

⁸⁷ Cfr. PEREZ HUALDE, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 478. En el contrato de obra pública, si bien la ley 13.064 no establece límites cuantitativos ni cualitativos en los casos de modificaciones consensuadas entre comitente y contratista, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han fijado varios límites en orden a salvaguardar la igualdad y la transparencia, tales como: a) que se trate de trabajos relacionados con el opus contractual originario, b) que las porciones de obra que se incorporan no posean individualidad propia susceptibles de ser calificadas como trabajos complementarios, o que c) el cambio en el objeto de la contratación no transforme el emprendimiento primitivo en uno nuevo. Véase Druetta Ricardo y Guglielminetti Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, 2ed., comentada y anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 230/231.

ra, para lo cual deberán implementar todos los cambios necesarios a los fines de su restablecimiento. De hecho, como se verá más adelante, se trata de un derecho del contratista. Asimismo, debe comprenderse que algunos contratos, por su larga duración, son esencialmente dinámicos y mutables, como es el caso de las concesiones de servicios públicos, por ejemplo. En rigor, estos contratos están destinados a cambiar, lo previsible es que cambie⁸⁸. No obstante ello, el límite de cualquier modificación que hagan las partes por mutuo acuerdo es que no se altere el fin del contrato.

Argentina ha tenido una importante experiencia no tan lejana de renegociación de contratos públicos, como consecuencia de la crisis económica generada en el año 2001, que impactó en el equilibrio económico de los contratos, debiéndose adoptar disposiciones de emergencia que a su vez generaron su propio impacto en los contratos públicos. En el año 2000, por ejemplo, se dictó la Ley de Emergencia N° 25.344, que declaraba en emergencia la situación económico financiera del Estado Nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional. Dicha normativa facultaba al Estado Nacional a rescindir los contratos de todo tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, previendo a su vez que la rescisión no procedía en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre el Estado y el contratista que se inspire en el principio de sacrificio compartido⁸⁹.

En el año siguiente, el 2002, se dictó la Ley de Emergencia, la N° 25.561, que prohibió las cláusulas de ajuste de los precios y tarifas, y las cláusulas indexatorias, ordenándose al Poder Ejecutivo la renegociación los contratos celebrados por la Administración Pública, incluidos los de obra y servicios públicos⁹⁰.

Estos ejemplos refieren a casos en los que se aplica la teoría de la imprevisión, en los cuales se había ocasionado un desequilibrio masivo de la ecuación de los contratos. Incluso en algunos supuestos la ruptura de dichos equilibrios provino también de hechos del príncipe, como ser las normas generales de emergencia, que influyeron –e intervinieron– de manera general en los contratos.

En cualquier caso, resulta importante destacar que en Argentina se reconoce el principio del equilibrio financiero del contrato público, como un principio propio de la contratación administrativa. En este entendimiento, el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en el derecho constitucional de propiedad, dado que a nadie pueden imponérsele sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación⁹¹.

El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁹², ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de

⁸⁸ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 472.

⁸⁹ Ver arts. 1, 2 y 3 de la Ley 25.344.

⁹⁰ Véase art. 8 y 9 de la Ley 25.561.

⁹¹ Art. 17 de la Constitución Nacional.

⁹² Art. 16 de la Constitución Nacional.

interés público⁹³. Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales⁹⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que “el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término”⁹⁵. Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al “mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato”, en tanto éste integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional⁹⁶.

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado⁹⁷.

En Argentina, las manifestaciones y la caracterización general del desequilibrio financiero del contrato no se encuentran definidas por la legislación ni por la reglamentación contractual, sino que han sido desarrolladas por obra de la doctrina, la jurisprudencia, y la práctica contractual. No obstante ello, hay ciertas prescripciones normativas que resguardan el equilibrio financiero del contrato frente a las prerrogativas unilaterales que ejerce la Administración Pública, o incluso frente a supuestos ajenos a la voluntad de las partes.

En tal sentido, el Régimen General de Contrataciones prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo⁹⁸. Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible.

Asimismo, en Argentina también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado”⁹⁹. Este quizás sería el caso

⁹³ Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, *ob. cit.*, p. 469 y ss.

⁹⁴ Véase Cassagne, Juan Carlos, “El equilibrio económico financiero del contrato administrativo”, en *REDA* N° 1, Buenos Aires, 1989, p. 32

⁹⁵ Fallos: 145:307; 158:268, entre otros.

⁹⁶ Berçaitz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 409.

⁹⁷ Conf. Escola, Héctor, *Contratos Administrativos*, T° I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 452.

⁹⁸ Véase art. 13, inc. a), del Dec. 1023/01.

⁹⁹ *Cfr.* Suprema Corte de Santa Fe, in re “Transportes La Florida SRL y otros v. Municipalidad del Rosario”.

de las decisiones estatales que han intervenido directamente ciertos contratos de servicios públicos, como ser el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/2020, por el cual se prohibió a las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente la suspensión o corte de sus servicios, o el caso de la Resolución de la Dirección de Vialidad Nacional N° 98/2020, y sus prórrogas, en virtud de la cual se suspendió el cobro de peajes de varios concesionarios de obras públicas que operan corredores y accesos viales.

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida¹⁰⁰. La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. De allí que en el contrato de obra pública el procedimiento de redeterminación de precios es esencial para el mantenimiento de la ecuación de los contratos, y se aplica en todos los contratos de manera regular y constante. Este mecanismo, cuya última modalidad ha sido instaurada por el Decreto 691/2016, autoriza a los contratistas a reclamar la redeterminación de los precios de la obra pública cuando los costos reflejen una incidencia de aumento superior al cinco por ciento¹⁰¹.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la “Teoría del Hecho del Príncipe” –*factum principis*–, que posee base constitucional en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional que consagran el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que “no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato”¹⁰². La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta alea administrativa, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño¹⁰³. Muchas de las medidas adoptadas por la Administración Pública en el marco de esta pandemia constituyen hechos del príncipe, como por ejemplo, la prohibición de circulación, el cierre de fronteras, el cierre de ciertos comercios, etc.

Es por todo ello que consideramos que el Estado debe orientar sus esfuerzos por tratar de recomponer los contratos afectados. Es más, es un deber del Estado hacerlo, siempre que el contratista lo acepte o lo solicite. A través de renegociaciones contractuales se acuerdan modificaciones de ciertas obligaciones para restablecer el equilibrio inicial de cada contrato. De esta forma se mantiene el empleo y la actividad que la ejecución de estos contratos genera, y hace posible el cumplimiento del fin de interés público de cada uno de los contratos estatales. Es importante destacar que el derecho de mantener la ecuación de los contratos

¹⁰⁰ Art. 30 de la ley 13.064.

¹⁰¹ Véase Aberastury, Pedro, “La redeterminación de precios en el contrato administrativo”, en AA.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 227. El Decreto 691/2016 disminuye el umbral de revisión que fijaba el anterior régimen de redeterminación de precios regulado en el Decreto 1295/2002, del 10% al 5%.

¹⁰² Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

¹⁰³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 107.

también puede ser invocado a favor de la Administración Pública. Sería aconsejable que el Congreso Nacional, que ha comenzado a sesionar, dictara una ley que regule el procedimiento de renegociación de los contratos y fije las pautas y principios a seguirse.

Al respecto es dable destacar que en la Provincia de Buenos Aires el Poder Ejecutivo ha dictado el Decreto 204/2020, de fecha 2/05/2020, por medio del cual se aprobó un “Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Bienes y Servicios del Sector Público”, que puede ser iniciado por la Provincia o por el contratista particular. Es interesante observar que en dicho régimen el contratista deberá acreditar el impacto producido por la emergencia mediante una explicitación circunstanciada y documentada de la afectación directa e inmediata que la emergencia económica pueda haber tenido sobre las obligaciones en curso de ejecución (estructura de costos y toda otra documentación que estime pertinente), que demuestre una afectación superior al diez por ciento de la ecuación económica financiera del contrato.

Por su parte, el Gobernador de la Provincia de Santa Fe dictó el Decreto N° 415/2020 por el cual se crea un Programa de Emisión de Títulos de Deuda para el Ejercicio 2020 con destino a la atención de renegociaciones de contratos públicos, y se faculta, asimismo, al Ministro de Economía a autorizar la emisión de cheques de pago diferido con destino a la atención de dichas renegociaciones¹⁰⁴. Los considerandos del decreto dan cuenta de una situación inédita que ha provocado la disminución abrupta de la recaudación provincial, tanto por la disminución de los recursos coparticipados como por la disminución de la recaudación de tributos provinciales, dinámica que es de prever se sostenga en el tiempo ante la continuidad de las medidas extraordinarias de emergencia pública sanitaria, lo que podría dar lugar incluso a la eventual invocación de fuerza mayor por parte de la esa Provincia.

En la Provincia de Mendoza, ya en fecha 19/03/2020 el Poder Ejecutivo había dictado el Decreto N° 401/2020 que habilita al Sector Público Nacional a renegociar los contratos públicos por medio de acuerdos entre las partes. El decreto fue luego ratificado por la legislatura provincial, el 2/05/2020, a través de un debate desarrollado por videoconferencia.

En España, por ejemplo, se ha dictado, el día 17 de marzo de 2020, el Decreto Real Decreto-ley 8/20 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, cuyo artículo 34 contiene numerosas previsiones relativas a la suspensión de las obligaciones contractuales y distintas situaciones que pueden darse en la ejecución de los contratos. Merece destacarse el punto cuarto de dicho artículo, en tanto establece que en los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local, con el fin de combatir el impacto negativo del COVID-19, darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

Se trata de una norma muy precisa y necesaria, que aclara que dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

¹⁰⁴ Ver arts. 1° y 6°, Decreto 415/2020.

En nuestra opinión, para llevar adelante un proceso de renegociación de los contratos públicos en el ámbito nacional, sería aconsejable crear órganos *ad-hoc* en cada ministerio y entidad autárquica, con funcionarios actuales, que se dediquen de manera exclusiva a la revisión de los contratos públicos, a los fines de proponer su readecuación, si la misma fuere posible. Esta función tendrá que ser absolutamente transparente –mediante la publicación de todos los avances del trámite de renegociación, el acceso irrestricto del expediente y la posibilidad concreta de participación de terceros interesados–, debiendo respetarse las garantías de igualdad y razonabilidad. Será necesario extremar las medidas de control público, tanto interno como externo, siendo importante la intervención directa de la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁰⁵ y de la Sindicatura General de la Nación¹⁰⁶, y otorgándole un rol activo a la Auditoría General de la Nación¹⁰⁷.

¹⁰⁵ El Procurador del Tesoro de la Nación ejerce la función consultiva jurídica interna de la Administración Pública. En el ámbito nacional de nuestro país, la función consultiva fue ejercida primigeniamente por el Fiscal General, designado en 1862. Luego, en el año 1865 el Fiscal General fue sucedido por el Procurador del Tesoro de la Nación (creado por ley 74 del año 1863), máximo asesor jurídico del Estado, que a partir del año 1947 dirige, a esos fines, el actual Cuerpo de Abogados del Estado creado en la ley 12.954. Entre sus funciones, el Procurador del Tesoro de la Nación asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas, (27 (28) Por su parte, el Cuerpo de Abogados del Estado que dirige está integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Estos abogados dependen técnica y profesionalmente de la Procuración, pero orgánicamente mantienen su posición –y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)– en la estructura de los organismos a los que asesoran. No obstante ello, se aconseja que sea la propia Procuración del Tesoro quien intervenga en estos trámites de recomposición contractual.

¹⁰⁶ La ley 24.156 creó la Sindicatura General de la Nación, como una entidad descentralizada, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación, que tiene la función de control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo. Al respecto, véase art. 102 de la Ley 24.156. Asimismo, el sistema de control diseñado en esa ley ha permitido la creación de Unidades de Auditoría Interna en todas las jurisdicciones y Entidades de la Administración Pública, que si bien dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, son coordinadas técnicamente por la Sindicatura. Es importante destacar que, aunque es interno, se trata de un control posterior a la actuación administrativa¹⁰⁶. A su vez, es dable precisar que la Sindicatura General de la Nación está a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación, designado por el Presidente de la Nación –del que depende directamente–, con rango de Secretario de la Presidencia de la Nación.

¹⁰⁷ Por medio de La Ley N° 24.156, en el año 1992 se creó la Auditoría General de la Nación, órgano de control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones de los respectivos contratos, que luego adquirió rango constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 86 de la Constitución Nacional). Este órgano de control externo tiene personería jurídica propia, y depende del Congreso Federal. Entre sus facultades, puede requerir la colaboración de todas las entidades del sector público nacional y efectuar todas las auditorías financieras, de legalidad y de gestión que estime pertinentes. La Auditoría General de la Nación se conforma de siete miembros designados por las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación cada uno como Auditor General, duran ocho años en su función, y pueden ser reelegidos. Sólo podrán ser removidos por el propio Congreso en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes. Ciertamente, la Auditoría General de la Nación audita numerosos contratos administrativos en cada una de sus auditorías, y sería fundamental que participe activamente en un proceso de renegociación de los con-

Todo proceso de renegociación contractual debe realizarse de buena fe. Este es el principio cardinal que debe guiar una recomposición de los contratos públicos. Adviértase que el propio Código Civil y Comercial establece que en los contratos de larga duración la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos¹⁰⁸. Si existe esta regla para los contratos privados, más aún deberá aplicarse a la contratación administrativa.

tratos públicos. En el caso de los contratos de participación pública privada, la auditoría que efectúa este órgano es obligatoria pues así lo exige la Ley 27.328 en su art. 22.

¹⁰⁸ Ver art. 1011 del Código Civil y Comercial de la Nación.