

## 1. Emergencia general y emergencia por pandemia COVID -19.

Asistimos en estos días y como protagonistas, a un singular capítulo de la historia, el de la así declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) pandemia COVID-19, que se extiende a lo largo de una gran cantidad de países y actualmente ha infectado a casi tres millones y medio de personas en el mundo. Como dijera el Papa, nos ha sorprendido una tormenta inesperada y furiosa.

Nuestro país ha transitado largos períodos bajo normativas de emergencia fundamentalmente económicas que también incluyeron las sanitarias, o sanitarias que llevaron a la emergencia económica, etc.[1] a tal punto que se ha generado todo un derecho al respecto, la “doctrina de la emergencia” o “estado de emergencia”[2].

Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, con la finalidad de custodiar la paz social y el interés general, las normas de emergencia permiten satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada ante acontecimientos extraordinarios, para lo cual la situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso, con debido sustento en la realidad y en orden a ejercer los poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad, persiguiendo la satisfacción del interés público y en protección de intereses básicos de la sociedad, utilizando razonablemente remedios propios y justificados, con limitación en el tiempo en función la exigencia de su razón[3].

Inclusive y respecto ya de la situación del COVID 19 ha sostenido recientemente al respecto la Corte Suprema, que se trata de circunstancias de extrema incertidumbre, una emergencia que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, contexto en el cual “sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos”, en tanto que “Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho” [4].

En nuestras anteriores emergencias y al igual que sucede ahora, se dicta al efecto una normativa específica (Leyes 23.696, 25.344, 25.561, 27.541, etc.), a través de la cual y entre otros aspectos en lo referido a la contratación pública, se han establecido normas de contratación especiales para la emergencia, e inclusive se han regulado los efectos de tal situación para la continuación (y sus términos) o no de los contratos públicos.

Los remedios de emergencia no por anteriormente previstos y utilizados resultan convenientes y/o aconsejables, como en las medicinas, también se debe aprender y evolucionar al respecto.

Bajo esa premisa vamos a recordar que mediante la Ley 23.696 de Reforma del Estado (en adelante “LRE”) de 1989, se declaró “...en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional...”[5].

Asimismo se estableció un régimen para la realización de las contrataciones de emergencia para la provisión de bienes, servicios, locaciones, obras, concesiones, permisos y la realización de todo otro contrato necesario para superarla, las cuales se llevarían a cabo sin otras formalidades que solicitar la presentación de por lo menos dos ofertas a “empresas reconocidas” y cuando ello resultare posible -sin perjuicio de recibir otras ofertas espontáneas, para lo cual se exigía cierta difusión de la contratación- y la intervención de los órganos de control externo previa a la adjudicación y perfeccionamiento del contrato solo procedería para los casos de contrataciones de mayor monto.[6]

Respecto de todas las contrataciones vigentes celebradas con anterioridad a dicha ley se facultó a los Ministros a declarar la rescisión por razones de emergencia entendiendo que ésta constituía una causa de fuerza mayor, conforme lo expresamente previsto en los artículos 54 de la Ley 13.064[7] y 5º de la Ley 12.910[8] para así aplicarse a todos los contratos de obra y de consultoría, en solución que analógicamente debía extenderse a los demás contratos, con las modalidades necesarias según sus respectivos regímenes jurídicos[9].

Tal rescisión no procedería en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el “principio del sacrificio compartido” por ambas partes contratantes, mediante acuerdos a ser aprobados por el Ministro competente en razón de la materia y que debían contemplar condiciones mínimas tales como la adecuación del plan de trabajos a las condiciones de disponibilidad de fondos del comitente -sin afectar substancialmente la ocupación del persona-; la aplicación sobre los certificados de variación de costos de factores de corrección que contemplaran la compensación por la distorsión de los sistemas de ajustes de costos contractuales, con un índice de reducción aplicable sobre las diferencias resultantes (acreditando los contratistas una distorsión significativa por la aplicación de los sistemas de ajustes o reconocimientos de variaciones de costos previstos en el contrato); la refinanciación de la deuda en mora salvo que se aceptara la cancelación de la acreencia mediante títulos de la deuda pública); la adecuación del proyecto constructivo a las necesidades de ahorro efectivo de recursos cuando resultare técnicamente posible; la prórroga del plazo de ejecución sin aplicación de penalidades ni congelamiento del reajuste de costos, probando la incidencia directa de la situación de emergencia en la demora ; la renuncia de la contratista a su derecho a percibir gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos o cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo o paralización total o parcial de la obra; y la renuncia de la contratista a reclamar otras compensaciones o créditos por variaciones de costos no certificadas[10].

Posteriormente, en el año 2000, la Ley N° 25.344 de Emergencia Económico-Financiera (en adelante “LEEF”) [11], declaró 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 y facultó al Poder Ejecutivo nacional a disponer por razones de emergencia la rescisión de los contratos de cualquier otro tipo -obra, de servicios, de suministros, de consultoría- que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10/12/99 (excluyó los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley 23.696 y regidos en sus prestaciones por marcos regulatorios establecidos por ley)[12].

La LEEF -en forma similar a la LRE- estableció que a los efectos de dicha ley se considerarían configuradas las causales de fuerza mayor según el régimen previsto en los artículos 53 y 54 de la ley 13.064[13], norma que se declaró aplicable a esos fines a todos los contratos antes mencionados, cualquiera fuera el tipo jurídico del ente comitente, y, asimismo, que la administración determinaría por acto administrativo los contratos sujetos al régimen del presente capítulo.

La rescisión no procedería en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo de partes inspirado en el “principio del sacrificio compartido”, bajo condiciones mínimas tales como la adecuación del plan de trabajos a las condiciones de disponibilidad de fondos del comitente; la refinanciación de la deuda en mora (excepto cancelación de la acreencia mediante títulos de la deuda pública); adecuación del proyecto respectivo a las necesidades de ahorro efectivo de recursos cuando aquello resulte técnicamente posible; renuncia de la contratista a la percibir de gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos o cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo o paralización total o parcial de la obra así como a reclamar compensaciones o créditos no certificados[14].

En el año 2002, la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (en adelante “LEP”) [15], declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional diversas facultades [16], a la vez que respecto de las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público (comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos), dejó sin efecto las cláusulas de ajuste en divisas extranjeras y las cláusulas y mecanismos indexatorios, estableciendo que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaban establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (u\$s 1)[17], autorizando al Poder Ejecutivo nacional a renegociar tales contratos [18].

En el caso de los contratos de servicios públicos, la LEP estableció que para esa renegociación debían tomarse en consideración los criterios del impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; la seguridad de los sistemas comprendidos y la rentabilidad de las empresas.

Asimismo, se dispuso que las disposiciones antes mencionadas en ningún caso autorizarían a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones[19].

Es del caso señalar que el mencionado proceso de renegociación fue extensamente demorado en su concreción por el Estado, pues de los cuatro a seis meses que se indicó llevaría readecuar los contratos durante la emergencia para preservar su estructura[20], en varios casos la renegociación definitiva, recién se finalizó luego de quince años, a través de un proceso desgastante por las continuas extensiones de plazo -tanto como de mecanismos transitorias de redeterminación de costos-, cambios de autoridades y de criterios, de órganos que debían intervenir, incumplimiento de compromisos, intervención administrativa de compañías prestadoras (acotadas por decisiones judiciales solo a veedurías[21]) promoción y desarrollo de procesos arbitrales por los accionistas de tales compañías ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) -en el marco de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones-, etc. En el ámbito de dicho tribunal precisamente se estableció que tal dilatado y cambiante proceso de renegociación, carente de una real negociación bilateral, no respetaba la exigencia de trato justo y equitativo que prevén esos tratados para las inversiones, consistentes en los contratos celebrados[22].

Tal desfasaje produjo esto en los esquemas tarifarios que hasta motivó el caso “CEPIS” de la Corte Suprema de Justicia, donde se establecieron parámetros para la procedencia de audiencias públicas y para el ejercicio de dicha potestad tarifaria, incluido para tener en cuenta a futuro[23].

En definitiva, es importante destacar que la renegociación contractual debe ser un procedimiento bilateral, transparente y debidamente regulado, bajo parámetros claros, con intervención predeterminada de órganos especializados, con etapas, procedimientos y plazos de aplicación, que contemplen la forma en que el contrato puede enfrentar la situación que lo impacta, superándola, así como su modo de cumplimiento durante esa misma fase de renegociación y en las posteriores.

Al propio tiempo no debe tratarse de una mera imposición del comitente estatal de modificaciones contractuales y renuncias del contratista, que transcurra entre dilaciones y ámbitos de discrecionalidad que hagan impredecible e ineficaz este procedimiento[24].

## **2.- La normativa COVID-19 y la regulación de la contratación pública.**

La normativa de emergencia COVID 19 se encuentra configurada básicamente por la Ley N° 27.541 (“LEP”) que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta 31/12/20<sup>a</sup>, así como por los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 260/20[25], 297/20, 408/20, normas complementarias y reglamentarias (en adelante y en conjunto “Normativa COVID-19”), en cuya virtud rige desde 20/3/20 un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” -por un plazo que se ha prorrogado en atención a la situación epidemiológica y que actualmente vence el 10/5/20[26]- por el cual las personas a permanecer en sus residencias, absteniéndose de concurrir a sus lugares de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos -salvo desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos-, bajo control y sanción estatal[27].

Se exceptúa de todo ello a las personas afectadas a las “actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”, tales como personal de salud, de fuerzas de seguridad y fuerzas, Fuerzas Armadas, autoridades gubernamentales superiores, trabajadores públicos convocados para garantizar las actividades requeridas por las respectivas autoridades, personal de supermercados, farmacias, industrias alimenticias, de insumos sanitarios y de medicamentos, etc.[28]

---

En específica relación con la contratación pública, cabe mencionar entre tales excepciones por ejemplo a las personas afectadas a “obra pública”; y a distintos servicios públicos[29] tales como telecomunicaciones; servicios postales; recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; transporte público de pasajeros, transporte y distribución de energía eléctrica y gas.

### **3.- Contratos de emergencia COVID-19**

Una vez más la emergencia trae su propia normativa de contrataciones para tal etapa, tal como lo hizo la LRE de 1989.

La normativa que actualmente rige las contrataciones públicas nacionales es posterior a ese año, de modo que debería ser idónea para precisamente contemplar este tipo de casos, y, de hecho, es una alternativa válida que puede ser utilizada tanto como la nueva normativa de emergencia[30].

#### **3.1.- La emergencia en el RCAN**

En el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el Decreto 1023/01 (“RCAN”), aplicable a la Administración centralizada y la descentralizada no empresaria, la selección del cocontratante debe hacerse por regla general mediante licitación pública o concurso público, mientras que la contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos, tal como -y en relación al tema en análisis[31]- *“Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad”*[32].

Conforme el Reglamento del RCAN aprobado por Decreto 1030/16 (“RRCAN”), deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Asimismo, se entiende como razones de “urgencia” aquellas necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales del contratante, mientras que son razones de “emergencia” los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional. En cualquiera de esos casos, si se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo con el régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno[33].

El Manual de procedimiento para las contrataciones que se gestionen aplicando el RCAN y el RRCAN (el “Manual”)[34] para los casos de emergencia prevé que la unidad requirente formule el pedido a la unidad operativa de contrataciones, acreditando la existencia de tales causales, no siendo necesario la convocatoria y la elección del procedimiento de selección ni la aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Bastará con invitar a un (1) proveedor acompañando el pliego de bases y condiciones particulares, pudiendo establecerse requisitos para la presentación de ofertas que se aparten de lo dispuesto en el RCAN, en el Manual y en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, para los procedimientos en general. Una vez seleccionado el proveedor, sin más trámite, la máxima autoridad de la jurisdicción emitirá el acto administrativo de finalización del procedimiento, sobre el procedimiento elegido y el pliego de bases y condiciones particulares aplicable. Los oferentes y adjudicatarios estarán exceptuados de la obligación de presentar garantías y de la inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO)[35].

### **3.2.- Contratación de emergencia COVID-19.**

La normativa de emergencia COVID-19 faculta contrataciones directas por esta causal, por un lado al Ministerio de Salud, permitiéndole efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al RCAN, debiendo publicarse posteriormente[36]; y, por otro, de igual modo se faculta a toda la administración centralizada y a toda la descentralizada (esto incluye empresas y sociedades del Estado, que estarán fuera del RCAN), a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al RCAN o a sus regímenes de contrataciones específicos, debiendo publicarse posteriormente. Se atribuyó al Jefe de Gabinete de Ministros establecer los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de dicha emergencia[37].

En función de esto último, se estableció[38] que los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección para la contratación de bienes y servicios en la emergencia COVID-19, serán los previstos en el RCAN (que rigen desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato): Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; Transparencia en los procedimientos; Publicidad y difusión de las actuaciones; Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Asimismo, se previó fundamentalmente que para la convocatoria debía: (i) consultarse la nómina de proveedores del rubro que se encuentren inscriptos en el SIPRO, asociado al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR), al momento de efectuarse las invitaciones; (ii) invitarse como mínimo a tres (3) proveedores (salvo que no obrase la cantidad indicada en los registros, lo cual así debía acreditarse en el expediente); y (iii) si se alcanzaba el monto correspondiente, solicitarse a la SIGEN el respectivo precio testigo o valores de referencia[39]. Si ese procedimiento resultare fracasado o desierto, se podrá seleccionar de forma directa al proveedor. La auditoría de estos procedimientos se realizará en el contexto del respectivo plan anual a cargo de las Unidades de Auditoría Interna (UAI)[40].

También se estableció que en estos procesos de compra (incluidos los no adjudicados a este ese momento), no podrá en ningún caso abonarse montos superiores a los “precios máximos” establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/20 o aquellos que se dispongan en el futuro[41].



Finalmente, se hicieron algunas precisiones más en cuanto a la implementación práctica de esos procedimientos[42] tales como que las invitaciones deben enviarse al domicilio electrónico especial declarado en el “SIPRO” asociado al “COMPRAR”; la posibilidad de presentar ofertas por quienes no hubiesen sido invitados a participar; indicación de que no se abonarán montos superiores a los Precios Máximos establecidos por la Res. de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/20 -o aquellos que se dispongan en el futuro- (de recibirse ofertas que los superen se solicitará que se adecúen o será descalificadas); indicación si se evaluarán las ofertas considerando los incumplimientos de anteriores contratos (debiendo precisarse la cantidad y tipo de incumplimientos que dará lugar a la desestimación de una oferta); si la oferta preseleccionada superare el precio informado por la SIGEN por encima del diez por ciento (10%), podrá propulsarse un mecanismo formal de mejora de precios a los efectos de alinear la mejor oferta con los valores que se informan.

Asimismo se deberá desestimar la oferta y será causal determinante del rechazo sin más trámite de la misma, en cualquier estado del procedimiento, o de la rescisión de pleno derecho del contrato, con pérdida de la garantía correspondiente cuando se configure, entre otros, alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección; b) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia o concurrencia; c) Cuando exhiban incumplimientos en anteriores contratos, de acuerdo a lo que se disponga en las invitaciones a cotizar.

Se especifica que cuando el criterio de selección recaiga en el precio, el análisis de las ofertas comenzará por la oferta más económica y si ésta cumpliera con las especificaciones técnicas y demás condiciones requeridas, se podrá recomendar su adjudicación sin necesidad de evaluar las restantes ofertas presentadas, salvo que por cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia se entienda necesario determinar el orden de mérito de todas las ofertas presentadas.

Se prevé la publicidad posterior en todos los casos, mediante la publicación del acto administrativo de conclusión del procedimiento en la página web de la ONC y en el Boletín oficial por el término de un (1) día, dentro de los diez (10) días de notificado, además de la difusión en sus portales por los organismos contratantes.

Respecto del control y tal como lo explica IVANEGA, aún cuando en estas contrataciones administrativas se prevén dos planos del control interno, el de la SIGEN mediante el sistema de precios testigos (Resolución 36/17) y el de las UAI con una facultad meramente formal, que no involucra el ejercicio de un control específico, la situación de emergencia justificaría que se ejerciera un control concomitante a la ejecución de las contrataciones -o a la brevedad de realizadas- y con auditorías oportunas para verificar la regularidad de la gestión de las contrataciones y para determinar si deben modificarse o adaptarse los procedimientos[43].

#### **4.- Contratos de servicios públicos**



En materia energética la Ley Nº 27.541 autorizó al PEN a reglar la reestructuración tarifaria con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos[44] así como mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de los marcos regulatorios respectivos, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias para el año 2020[45].

Asimismo, facultó al Poder Ejecutivo nacional a intervenir administrativamente el ENRE y el ENARGAS por un año[46], lo cual ya se produjo a través, respectivamente, de los Decretos Nº 277/20[47] y 278/20[48]. De este modo se vuelven a intervenir entes reguladores de servicios públicos, con privación del funcionamiento y sentido de sus directorios, en cuanto a debate y transparencia de sus decisiones[49].

También la Ley Nº 27.541 suspendió la previsión legal por la cual el Poder Ejecutivo nacional debía pasar a las distribuidoras eléctricas de jurisdicción federal a la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[50], de modo que durante la vigencia de la emergencia el ENRE mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de tales concesionarias.

Posteriormente, mediante el DNU 311/20[51] se dispuso que las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º/3/20 -comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso-, no podrán disponer la suspensión o el corte de los servicios a determinados usuarios considerados más vulnerables[52].

Asimismo se exige la obligación de mantener un servicio reducido en caso de servicios de telefonía fija o móvil, Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital.

En esos casos las empresas prestadoras deberán otorgar a los usuarios planes de facilidades de pago para cancelar las deudas que se generen durante el plazo de vigencia de las medidas emergencia -conforme las pautas que establezcan los entes reguladores o demás autoridades competentes[53]-.

Estas alteraciones contractuales no es dudoso que repercutirán negativamente en las ecuaciones económico-financieras de las respectivas concesiones y licencias de los prestadores de servicios públicos, que deberán recomponerse con la diligencia necesarias para prevenir también estos daños, y, en su caso, repararlos.

## 5.- Concesiones viales.

En estos contratos e invocando la normativa de COVID-19 y la protección de la salud de los empleados de las concesionarias -evitando el contacto con los usuarios-, la Dirección Nacional de Vialidad suspendió desde el 20/3/20 y hasta el 10/5/20 mediante la Res. 98/20 y sus prórrogas[54] el cobro de las tarifas de peaje durante la emergencia de los Contratos de Concesión bajo su órbita: Corredores Viales Nros. 4, 6 y 8; y N° 18[55]; de los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad de Buenos Aires[56]; a Corredor Viales S.A.[57] y de la contraprestación por tránsito de los Contratos PPP de los Corredores Viales “A”, “B”, “C”, “E”, “F” y “SUR”[58] , en todos los casos manteniendo la obligación de prestar el servicio de emergencia en la red vial concesionada, y los servicios principales, en el marco de sus respectivos Contratos de Concesión y Contratos PPP, con el objetivo de garantizar el servicio público de tránsito y la seguridad de los usuarios.

Esto ha importado la modificación de tales contratos, privándolos de un flujo esperado, a la vez que se mantienen -como se dijo- obligaciones de servicio. Distinta es la solución que esto producirá en función de lo pactado en cada contrato.

En lo que hace a los contratos de participación público-privada cabe recordar que en cada uno de estos se ha debido prever *“un equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”*[59].

En efecto, *“El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP”*[60].

Es interesante recordar que en el Modelo de Matriz de Riesgos la fuerza mayor es un riesgo compartido. Así se mencionan los eventos característicos naturales (incendio, inundación, terremotos, etc.) y los que no se pueden asegurar (huelgas, protestas, amenazas terroristas, etc.). Se requiere al contratista PPP la obligación de contratar seguros que cubran esos riesgos (“riesgo retenido”), sin embargo, en el caso de deficiencia en las coberturas de los seguros contratados, la contratante asumirá las compensaciones por fuerza mayor (riesgo retenido). Durante el evento de fuerza mayor se suspenderá el cumplimiento de las obligaciones afectadas, salvo las obligaciones de pago o que deban ejecutarse como consecuencia de defectos constructivos[61].

## **6.- El impacto en general en los contratos públicos**

La normativa COVID-19 de momento no ha previsto, como lo hicieron por ejemplo la LRE, un mecanismo de renegociación o rescisión contractual, lo cual requeriría una regulación específica, tanto para el momento de mayores restricciones de aislamiento, etc., cuando para los que regirán en las etapas subsiguientes.

Así, la normativa COVID-19 impactó directamente sobre los contratos en ejecución sin regulación específica alguna.

Cabe mencionar que esto sí ha sucedido en otros países, por ejemplo en España, donde a través del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo se establecieron regulaciones específicas para paliar las consecuencias del COVID-19 y de las medidas adoptadas por el Estado o las Administraciones para combatirlo, ambas causas, tal como en el caso de los contratos públicos de servicios, de suministros de prestación sucesiva y de obras, de modo de considerarlos “automáticamente suspendidos” cuando deviniera imposible su ejecución, sin que ello pudiera considerarse una causal de resolución y estableciendo la procedencia de abonar por la entidad adjudicadora al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión (gastos salariales, mantenimiento de garantías, alquiler y costos de maquinarias, pólizas de seguros); y prever prórrogas para los casos de demoras (con previsión de abonar gastos salariales adicionales); así como y para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el reconocimiento del derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante ampliación de plazo (hasta 15%) o la modificación de las cláusulas de contenido económico para compensar a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (incluye gastos adicionales salariales)[62].

Así, entonces, cabe tener presente el impacto que toda esta situación produce en los contratos públicos en curso, y, por supuesto que en cada caso podrá resultar aplicable lo expresamente previsto en la normativa respectiva.

Sin perjuicio de ello puede ser útil recordar que los contratos en ejecución encontraban su situación de equilibrio económico financiero al momento de su celebración, de modo que el impacto que les produzca la pandemia y/o la normativa COVID-19, además de constituir una causal que los eximirá de responsabilidad frente al comitente estatal, en la medida en que altere aquel equilibrio, determinará la necesidad de restablecerlo a través de la correspondiente renegociación.

En efecto, en el ámbito de los contratos administrativos, juega un rol preponderante el equilibrio de prestaciones, la “equivalencia honesta” o “ecuación económico financiera” del contrato, que asegura una proporción entre las cargas y beneficios de las partes, y que se incorpora como parte del derecho de propiedad del contratista, con tutela constitucional.

Uno de los tantos motivos por los cuales puede alterarse ese equilibrio es por emergencias sanitarias y económicas.

### **6.1.- La pandemia en sí misma y la normativa COVID -19.**

En función de la cronología de hechos y actos, los contratos públicos pudieron afectarse primero por la propia pandemia -un virus, dentro de la naturaleza- así declarada por la OMS el 11/3/20, pero es claro que lo que puede haberlos afectado -y continuar haciéndolo mucho más gravemente- son los efectos de la propia normativa COVID-19 cuyo contenido se presume lícito, inspirado fundamentalmente en la protección de la salud y la vida de la población.

En efecto, la prohibición de circulación de personas y bienes, la restricción de trabajo a personas en situación de riesgo, las limitaciones de transporte, la prohibición de despidos por fuerza mayor, los protocolos sanitarios para desplazamientos, el funcionamiento limitado de los organismos administrativos, etc. etc. claramente impactaron en toda la cadena comercial y en la posibilidad aún de producir la generación de costos y gastos respecto de contratos públicos que directamente no estaba autorizado seguir, o bien, estándolo (como la obra pública) aún materialmente no se daban las circunstancias para ello, o debían continuar sin generación de ingresos (concesiones viales) o con limitaciones en el cobro de tarifas.

Así por ejemplo el ya mencionado del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que específicamente estableció regulaciones para paliar las consecuencias del COVID-19 y de las medidas adoptadas por el Estado o las Administraciones para combatirlo. Ambas causas.

## **6.2. Eximición de responsabilidad, renegociación y/o rescisión contractual**

Conforme lo ha sostenido la Corte Suprema, nos encontramos frente a una situación imprevisible, inaudita, extrema y generalizada[63]. Millones de personas en cuarentena y medidas de policía de todo tipo han producido un impacto notable en las actividades, en las empresas, y, finalmente en los contratos.

Por ende, no es ilógico que muchas de las figuras tradicionales que contempla el ordenamiento jurídico para tratar situaciones extraordinarias en la vida de los contratos, resulten insuficientes para encuadrar la situación generada por la pandemia y/o la Normativa COVID-19.

Sin dudas ocupa un lugar relevante en este análisis el Hecho del Príncipe, pues la regulación policial -Normativa COVID-19- ha ido directo sobre la libertad de las personas, y, desde allí a las actividades, empresas y contratos.

El "Hecho del Príncipe" se configura cuando un órgano estatal perteneciente a la misma esfera u orden jurídico que el que intervino en la celebración del contrato, dicta un acto de alcance general, imprevisible o irresistible, que influye en el contrato por vía refleja o incidental[64].

Las normas o actos estatales basados en razones de interés público, son decididos al margen de las relaciones que se establecieron en el contrato administrativo, pero sus efectos se proyectan negativamente en éste, afectando su economía[65].

Como explica Rodríguez-Arana Muñoz es la "*adopción por la Administración de ciertas medidas de carácter general e imprevisible, ajenas al contrato o 'externas' (es decir, no relativas a la relación Administración-contratista) y por ende no directamente relacionadas con el objeto del contrato, pero que provocan indirectamente un daño especial al contratista*"[66].

Esa normativa es la que causa una lesión en el derecho del cocontratante, que produce un desequilibrio de la ecuación económico -financiera del mismo, de modo que la parte perjudicada debe ser resarcida de los perjuicios producidos por parte de la Administración contratante[67]. De allí que se configura un supuesto de responsabilidad del Estado[68].

El Hecho del Príncipe no es estrictamente Fuerza Mayor, aunque un concepto amplio de ésta puede incluirlo. Tal es lo que ocurre en la Ley de Obras Públicas, donde se considera casos de Fuerza Mayor a los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación, y, también, a los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos[69]; y en el art. 1730 CCyCN que define a la fuerza mayor -ampliamente- como el hecho imprevisto o inevitable eximente de responsabilidad.

Asimismo también resulta relevante la teoría de la imprevisión que aplica al contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, donde la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, a partir de lo cual ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente o ante un juez (por acción o como excepción), la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación (art. 1910 CCyCN).

Claro está que en el caso una de esas partes, la Administración, puede no ser ajena a las referida Normativa COVID-19 que impacta el contrato.

En cualquier caso, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido prolongada y mayoritariamente la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, con los fundamentos de los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, invocando la figura en sí misma y/o con su previsión en el Código Civil, más allá de que en la generalidad de tales casos no se haya entendido configuradas -por circunstancias de hecho de cada causa- los requisitos para la admisibilidad de las pretensiones en ella sustentadas (la carga de la prueba corresponde a quien invoca la distorsión contractual)[70].

En el RCAN, que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencia, se ha previsto que sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica de cada contratación pública -incluido pliegos y documentación contractual, el contratista tiene el *“derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo”,* y que debe *“cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”.*

El RRCAN, que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, establece que las penalidades no se aplican ante incumplimientos de la obligación provenientes “...de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones”[71].

En el caso del contrato de obra pública, expresamente se ha previsto que el contratista tiene derecho a indemnización por la administración pública por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por fuerza mayor -que como vimos comprende los que tengan causa directa en actos de la administración- a la vez que el contratista tiene derecho a rescindir el contrato, “por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato”[72].

Por ende, corresponderá determinar para cada contrato el modo en que ha impactado la pandemia y la Normativa COVID-19 a fin de buscar su correcto encuadramiento bajo tales previsiones, y, probablemente, se necesite combinar estas figuras para llegar a soluciones más valiosas y justas.

Ahora bien, más allá de los efectos de uno u otro supuesto, en cuanto a eximición de responsabilidad, causal de indemnización, renegociación o rescisión entendemos que lo importante es ante todo y al momento de interpretarse sobre la posibilidad de continuar o no un contrato, privilegia el principio conforme el cual los contratos se hacen para cumplirse -*pacta sunt servanda*- y ha de estarse a su conservación y continuidad[73], máxime los contratos públicos que atienden necesidades públicas y donde también ha existido ya todo un procedimiento previo para llegar a su celebración (determinación de la necesidad, compromiso de partidas, pujas licitatorias, costos de tales procesos, etc.) que no deberían desdeñarse, a la par de exigencias de sustentabilidad social, ambiental, etc. que fueron parte de la estrategia pública seguida.

## 7. Corolario

Conforme se advierte, la pandemia y la Normativa COVID-19 determinan y regulan, respectivamente, la emergencia sanitaria y económica, todo en continua evolución.

Hasta el momento el Poder Ejecutivo fundamentalmente a través de los decretos de necesidad y urgencia, ha enfrentado este primer tramo de la pandemia dando unas primeras y rápidas soluciones para cada campo.

Sin embargo y como lo ha destacado la Corte Suprema es esencial el tratamiento de la emergencia dentro del Estado de Derecho, lo cual supone que el Poder Legislativo asuma la tarea de legislar y, ciertamente y para garantizar el equilibrio del poder, también se requiere el más pleno y eficaz control de constitucionalidad por parte de los jueces, herramienta central desarrollada por el constitucionalismo moderno[74].



Existe pues una ardua labor por delante para el Poder Legislativo en afrontar el dictado de las normas que bajo el principio de la Buena Regulación y dentro de la Doctrina de la Emergencia encauce esta nueva realidad, compleja y cambiante, donde la participación y el aporte de todos es indispensable. En este marco deberá inscribirse la regulación requerida por la contratación pública, para que sea útil, justa y valiosa.

--

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

[2] Término utilizado por la Ley 23.696 y luego por la Corte Suprema para emergencias posteriores (Fallos: 328:690: 334:596, entre otros).

[3] CSJN, 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo”, Fallos: 327:4495.

[4] CSJN, 24/04/20, in re “FERNANDEZ DE KIRCHNER CRISTINA EN CARACTER DE PRESIDENTA DEL HONORABLE SENADO DE LA NACION s/acción declarativa de certeza”, Consids. 4 y 17.

[5] Art. 1°.

[6] Arts. 46 y 47.

[7] Este artículo establece que *“Producida la rescisión del contrato en virtud de las causales previstas en el artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: a) Liquidación a favor del contratista, previa valuación practicada de común acuerdo con él sobre la base de los precios, costos y valores contractuales, del importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras que éste no quiera retener; b) Liquidación a favor del contratista del importe de los materiales acopiados y los contratados, en viaje o en elaboración, que sean de recibo; c) Transferencia, sin pérdida para el contratista, de los contratos celebrados por el mismo para la ejecución de las obras; d) Si hubiera trabajos ejecutados, el contratista deberá requerir la inmediata recepción provisional de los mismos, debiendo realizarse su recepción definitiva una vez vencido el plazo de garantía; e) Liquidación a favor del contratista de los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato; f) No se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas. En el caso del inciso d) del artículo 53, no será de aplicación el inciso e) del presente artículo”.*



[8] El cual dispone: *“En los casos en que se encontrasen total o parcialmente paralizadas las obras y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1º con respecto a la parte de obra ejecutada, se examinará atendiendo a las causas particulares de la paralización, la posibilidad de proseguirlas mediante modificaciones en su estructura técnica, reajuste de precios y condiciones, prórrogas de plazos y otras medidas; o bien, si ello no fuera viable, se procederá a la rescisión de los respectivos contratos sin aplicación de penalidades. En este último caso, no le será reconocida a los empresarios ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de obra que se deja de ejecutar”*.

[9] Art. 48.

[10] Arts. Por su parte, el Decreto 1109/89, reglamentario de la LRE, ARTICULO 48.-

[11] B.O. 21/11/2000.

[12] Art. 1º.

[13] El art. 53 dispone: *“El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el artículo 30 o los errores a que se refiere el artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20 % en más o en menos; b) Cuando la administración pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; e) Cuando la administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días”*.

[14] Art. 3º.

[15] B.O. 7/1/02

[16] Art. 1º.

[17] Art. 8º.

[18] Art. 9º.

[19] Art. 10.

[20] Decreto 293/02 y Res. ME 20/02. Esta última aprobó las “Normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos”, en cuyo art. 2.1 se estableció que *“Constituye un objetivo primario de este proceso, procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del contrato y las condiciones originariamente pactadas con miras a su restablecimiento futuro”*.

[21] No se admitió la intervención con alcance de coadministración societaria (CNACAF, Sala I, 23/3/2009, “TGN c/Res I/587/08-ENARGAS”; Sala V, 20/4/10, “Autopistas del Sol c/EN -DNV- Res 2604/09”).

[22] Caso CIADI No. ARB/03/19 “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. c. República Argentina”, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010. Allí se manifestó que “La esencia de una renegociación es que las partes acuerden libremente la revisión o modificación de un acuerdo existente” y no la imposición unilateral de modificaciones contractuales (Párr. 242); (Caso CIADI No. ARB/04/1) *Total S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010. En el mismo sentido (CNUDMI), *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, Laudo, 3 de noviembre de 2008.

[23] CSJN, 18/8/16, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo".

[24] Así por ejemplo, no parecería sujetarse a ese criterio el Dto. 401/20 de la Provincia de Mendoza que establece que si no se logra la renegociación mediante acuerdo de partes, el Poder Ejecutivo podrá “reprogramar” cláusulas.

[25] BO 13/03/2020.

[26] Decreto N° 408/2020 B.O. 26/4/20.

[27] Art. 2° y 3°.

[28] Art. 6° DN 297/20.

[29] Recordemos que en nuestro país una actividad es considerada servicio público cuando satisface una necesidad esencial de la comunidad (cuestión de hecho) y así es declarado por ley. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos”. (CSJN,18/8/16, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo"). Actualmente a nivel nacional son servicios públicos los siguientes: El transporte y la distribución de energía eléctrica (art. 1º, Ley 24.065); el transporte y la distribución de gas natural y distribución de GLP por redes (ley 24.076); la provisión de agua potable y desagües cloacales incluyendo recolección, tratamiento y disposición de efluentes líquidos y barros resultantes (solo el caso de la actual empresa AYSA, ley 26.211); el servicio postal universal, cuyo contenido será definido por el Poder Ejecutivo Nacional en función del contexto tecnológico, social y económico; el servicio básico telefónico (decreto 62/90 y art. 54 de la Ley 27.078 “Argentina Digital”; el transporte aerocomercial de pasajeros, correos y carga (art. 1º Ley 26.412); los Servicios aeroportuarios (Decreto 163/08); el Servicio de navegación aérea (Ley 27.161); el transporte ferroviario de pasajeros; el autotransporte público de pasajeros, incluyendo los servicios de las estaciones terminales (Ley 12.346 y Dto. 958/92); y el practicaje-Navegación (art. 99 Ley 20.094 -Código de la Navegación-). A su vez son declaradas actividades de interés público la generación de energía eléctrica en cualquiera de sus modalidades (art. 1º, Ley 24.065) y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados (art. 1º de la Ley 27.078 “Argentina Digital”). Mientras que la Ley 25.877 -Conflictos colectivos de trabajo- Conflictos Colectivos de Trabajo, incluye como “actividades esenciales” a los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, sin perjuicio de otras que .puedan excepcionalmente así ser calificadas, todo ello a los fines del deber de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que las involucren (art. 24).

[30] Ver <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-onc/consultas-covid#tipo-procedimiento-2>

[31] Art. 24.

[32] Art. 25, inc. d), ap. 5).

[33] Art. 19 del RRCAN.

[34] aprobado por Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 62/16 (B.O. 29/9/16).

[35] Art. 55 del Manual.

[36] Art. 2º inc. 6), del DNU 260/20 modif. por DNU N° 287/20 (BO 18/3/20).

[37] Art. 15, ter del DNU 297/20, incorporado por el DNU N° 287/20 (BO 18/3/20).

[38] Decisión Administrativo 409/20 (B.O. 18/3/20).

[39] En función de lo establecido en la Res. SIGEN 36/17. Asimismo se previó que cuando la información debía suministrarse de inmediato y que tendría una vigencia de sesenta (60) días, pudiendo ser utilizados en otros procedimientos de similar tenor.

[40] Art. 8º de la Dec. Adm. JGM 409/20.

[41] Decisión Administrativa JGM N° 472/20 (B.O. 7/4/20). Del mismo modo se previó que aún en los procesos de compra de emergencia COVID 19 en los que se hubiere realizado el acto de adjudicación y hubiera obligaciones de pago pendientes de cumplimiento, también resultaba de aplicación tal límite de precios máximos, de modo que, en todos los casos, se procedería a pagar exclusivamente hasta dicho monto (art. 3º).

[42] Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 48/20 (B.O. 20/3/20) modificada por su similar N° 55/20 (B.O. 23/4/20).

[43] IVANEGA, Miriam “Control público en tiempos de emergencia sanitaria”, El Dial, 23/4/20 disponible en <https://www.diariojudicial.com/nota/86242/articulos/control-publico-en-tiempos-de-emergencia-sanitaria.html>

[44] Art. 2º, inc. b).

[45] Art. 5º.

[46] Art. 6º

[47] Intervención del ENARGAS hasta 31/12/20, faculta iniciar el proceso de revisión y renegociación tarifaria dispuesto en la Ley N° 27.541, incluye la realización de la auditoría técnica, jurídica y económica pertinente.

[48] Intervención del ENRE hasta 31/12/20, faculta iniciar el proceso de revisión y renegociación tarifaria dispuesto en la Ley N° 27.541, incluye la realización de la auditoría técnica, jurídica y económica pertinente.

[49] Cabe recordar la jurisprudencia que sostiene que la clave de la independencia que el Congreso ha querido garantizar a los entes reguladores reside en la seguridad de sus funcionarios directivos conservarán sus empleos y no solamente por la simple voluntad del Presidente, ya que siempre y cuando cumplan con las instrucciones generales relativas a la política de la Administración y observen la ley que están encargados de aplicar, sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de sus mandatos por acto fundado, y esa independencia forma parte de la garantía del debido proceso en beneficio de todos quienes se ven bajo el alcance de los actos de dichos entes (CNACAF, Sala V, 10/9/09, "ACIJ y otros c/EN"). El ENARGAS ya estuvo diez años intervenido, entre 2007 y 2017 (Conf. Decretos y 571/07 y 594/17). El carácter colegiado que se concreta con un directorio tiene en miras que las decisiones que se adopten tengan un debate previo bajo distintas opiniones y experiencias, lo cual también significa una mayor transparencia bajo lo previsto en el Decreto 1172/03 que en su art. 5º aprueba el "Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos". Además en decisión jurisprudencial -que no compartimos-, y respecto del ENARGAS, que surgiría del art. 42 de la Constitución Nacional y del caso "CEPIS" de la Corte, que su directorio debería asegurarse la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (CAM. NAC. CONT. ADM. FED., SALA I, 24/04/19, "Unión de Usuarios y Consumidores Asociación Civil c/ENARGAS y otro s/proceso de conocimiento"). Nada de esto sería posible con la intervención.

[50] En efecto, mediante el art. de la Ley se suspendió el art. 124 de la ley 27.467 por el cual debían pasar a tales jurisdicciones la Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y la Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur), respectivamente.

[51] BO 25/3/20.

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

[53] Art. 5º.

[54] Res. DNV 122/20 (B.O. 1/4/2020), 189/20 (B.O. 20/4/20) y 214/20 (B.O. 28/4/20).

[55] Ratificados respectivamente por los Decretos N° 543/10, 2039/90

[56] aprobados por el Decreto N° 1167 de fecha 15 de julio de 1994

[57] Decreto N°659/19.

[58] Suscriptos con fecha 31/7/18, bajo el régimen de la Ley de Participación Público Privada N° 27.328.

[59] Art. 9º, inc. b), de la Ley 27.328. Asimismo, y conforme lo prevé el art. 31 de dicha ley, a estas contrataciones “no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica: a) Las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias; b) El decreto 1.023/2001 sus modificatorias y su reglamentación;”

[60] Art. 9º, inc. 7º), de la Reglamentación de la Ley N° 27.328 aprobada por Decreto 118/17.

[61] Matriz de Riesgos disponible en <https://ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/MATRIZ-DE-RIESGOS-ANEXO-A.pdf>

[62] Art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

[63] Corte Suprema 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”.

[64] Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S. “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-A, p. 476 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos “El Contrato Administrativo”, Buenos Aires, pág. 80 y ss.

[65] Cfr. FIORINI, Bartolomé, “Derecho administrativo”, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2º edición actualizada, pp. 660/661.

[66] Rodríguez-Arana, Jaime, “Derecho administrativo español”, Ed. Porrúa, México, 2005, ps. 199 y 200.

[67] Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, ob. cit., ps. 199 y 200.

[68] Cfr. MARIENHOFF, ob. cit., p. 491. Cabe recordar que en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944, se exigen los siguientes requisitos para determinar si existe responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; y e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (cfr. art. 4º de la Ley N° 26.944).

[69] Art. 39 de la Ley N° 13.064.

[70] Tratamos el tema en MURATORIO, Jorge I. *Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública*, en la página web del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral: <http://www.obcp.com.ar/opiniones/imprevistos-de-la-economia-que-afectan-la-contratacion-publica>

[71] Art. 94.

[72] Art. 53, inc. d), de la Ley 13.064.

[73] El principio de conservación del contrato se encuentra receptado en el art. 1066 CCyCN.

[74] CSJN, 24/04/20, in re “FERNANDEZ DE KIRCHNER CRISTINA EN CARACTER DE PRESIDENTA DEL HONORABLE SENADO DE LA NACION s/acción declarativa de certeza”, Consids. 4 y 17.