

LA PANDEMIA DEL COVID-19 COMO CAUSAL DE FUERZA MAYOR EXTINTIVA EN LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

Gustavo E. SILVA TAMAYO

1. INTRODUCCIÓN.

La pandemia desatada por el COVID-19 que nos asuela, es una, por cierto, aciaga e inesperada manifestación del fenómeno de la Globalización¹ el que, hasta ahora, sólo había sido enfocado y analizado desde sus aspectos económicos, jurídicos, sociales o culturales, sin avizorarse la factible “globalización” de esta enfermedad de la que poco se sabe y mucho se desconoce y que, en un mundo interdependiente e interconectado, se ha propagado sobre casi todos los países de la Tierra, generando una situación inédita en la Historia de la Humanidad², de efectos y consecuencias impredecibles a la fecha³.

Esta situación ha llevado a prácticamente todos los Estados a instrumentar medidas excepcionales. Y el nuestro no ha sido la excepción.

En ese contexto, es en el que deben inscribirse los DNU emitidos por el Poder Ejecutivo, desde el dictado de los que llevan los números 260/2020⁴ y 297/2020⁵, y en adelante⁶.

¹ Entre las numerosas descripciones del concepto, se ha dicho que se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacional soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales con sus respectivas responsabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Cfr. BECK, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29).

² Los historiadores encuentran similitud con las pandemias de las denominadas “Peste Negra” (1347-1351) y “Gripe Española” (1918-1919).

³ Se ha comenzado a especular y a pronosticar sobre el advenimiento de una suerte de estatalidad “pospandémica” en la que las sociedades experimentarán cambios de orden social, político, jurídico, económico y cultural aún no precisables.

⁴ B.O. 12-03-2020. Por este decreto se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 12-03-2020 con relación al coronavirus COVID-19 por el plazo de un año a partir de su vigencia y se atribuyeron al Ministerio de Salud, diversas facultades en su carácter de autoridad de aplicación, entre ellas, la de fijar precios máximos para insumos críticos.

⁵ B.O. 18-03-2020. Este reglamento estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todos los habitantes del país y para aquellos que, sin serlo, se encontrasen en él en forma temporaria.

⁶ Con posterioridad se dictaron otros DNU y también normativa complementaria compuesta por decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales que omitimos detallar en honor a la brevedad.

Desde el punto de vista de su procedencia formal y sustancial se encuentran dadas todas las condiciones que tanto nuestra Constitución Nacional en su artículo 99, inciso 3°, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema⁷ y caracterizada doctrina han marcado como requisitos habilitantes para la utilización de este “instituto de emergencia o de gobernabilidad”⁸: existen circunstancias excepcionales que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la Constitución Nacional y no se trata de materias “prohibidas”. Además, se hallan debidamente motivados pues abundan en consideraciones científicas que aparecen, *a priori*, como razonables, y siguen los lineamientos trazados por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹. En su gran mayoría han sido ratificados por el Congreso Nacional.

En verdad, nos atrevemos a decir que pocas veces en nuestra vida institucional la utilización de este remedio extraordinario se ha mostrado tan justificada en atención a los presupuestos fácticos de esta gravísima emergencia sanitaria¹⁰.

La excepcionalidad y temporalidad de las medidas, aun cuando se correspondan con el ámbito *nuclear* del órgano legislativo, así como su razonabilidad y

⁷Especialmente en los fallos: “Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas” s/amparo”, *Fallos*, 3222: 1276; “Leguizamón Romero, Abel y otros c I.N.S.S.J.P. s/ordinario”, *Fallos*, 327 5559 y “Consumidores Argentinos c/EN-PEN-Decreto 558/02-Ley 20091 s/amparo”, *Fallos*, 333: 633.

⁸BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 301; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 3° edición, 2000. ps. 619-620.

⁹En fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD declaró que el brote del coronavirus COVID-19 constituía una pandemia, luego de que el número de personas infectadas a nivel global llegara a CIENTO DIECIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (118.554) y el número de muertes a CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UNO (4.281), afectando hasta ese momento a CIENTO DIEZ (110) países. Transcurridos poco más de DOS (2) meses desde entonces, al 17 de mayo de este año se registraban a nivel mundial más de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL (4.650.000) personas infectadas por el virus, con más de TRESCIENTOS TRECE MIL (313.000) decesos por causa del mismo. Al tiempo en que escribíamos estas líneas la curva de contagios diarios en el “Área Metropolitana Buenos Aires” (AMBA), foco de las infecciones, se había incrementado dramáticamente y las autoridades evaluaban la imposición de mayores restricciones.

¹⁰Un repaso a nuestra historia constitucional revela que las restricciones a los derechos se han dispuesto en el contexto de emergencias *económicas* y *sociales*, que algunos autores han calificado de “permanentes”, según da cuenta la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida en los casos “Ercolano c/Lanteri de Ranshaw s/consignación”, *Fallos*, 136: 161; “Avico, Oscar A. c/de la Pesa, Saúl G”, *Fallos*, 172: 21; “Inchauspe Hermanos, Pedro c/Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*, 199: 483; “Cine Callao”, *Fallos*, 247: 121; “Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. y otros”, *Fallos*, 269: 393; “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional- Ministerio de Economía-Banco Central”, *Fallos*, 313: 1513; entre otros.

proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), en otras palabras, la “balanza” que idealmente concibe BARAK¹¹ -en uno de cuyos platillos colocaríamos la restricción a los derechos fundamentales, que asumen, por su condición de tales, carácter de principios, (a trabajar, a ejercer industria y comercio lícitos, a trasladarse de un lugar a otro, a enseñar y a aprender, etc.) y, en el otro, la finalidad de preservar los de mayor peso o prevalencia absoluta (la vida, la salud)-, les otorgan a todos ellos una presunción de convencionalidad y constitucionalidad evidentes y manifiestas. Volveremos enseguida sobre este punto.

Coexisten, entonces, una emergencia económica previa al advenimiento de la pandemia con una emergencia sanitaria que es consecuencia de esta última y que impactan -ambas-, sobre las contrataciones administrativas, es decir las regidas por normas que pertenecen al Derecho Público¹².

Como bien es sabido, en materia de contratos administrativos el Estado despliega una serie de prerrogativas de poder público, que integran el denominado *régimen exorbitante*, entre las que se encuentra la facultad de mutar los términos pactados (*potestas variandi*) si ello deviene necesario para la satisfacción del interés público. Esta atribución encuentra como límite el derecho del cocontratante al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato¹³ y las figuras de la teoría de la imprevisión y de la denominada “teoría del hecho del príncipe” son los remedios que el Derecho Administrativo proporciona para restablecer el equilibrio alterado.

¹¹ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 2017, traducción de Gonzalo Villa Rosas, ps. 380-406

¹² Dejamos deliberadamente de lado los contratos celebrados por las empresas o sociedades estatales, regidos por el Derecho Privado pues ellos hallarán su cauce en las normas del Código Civil y Comercial, por ejemplo, demandando el cumplimiento del contrato o su resolución (arts. 1085 y 1088), su extinción por frustración definitiva de la finalidad contractual (art. 1090) o por circunstancias extraordinarias sobrevinientes que tornen excesivamente onerosas las prestaciones o bien mediante la rescisión bilateral (art. 1076).

¹³ Cfr. por todos: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3° edición Tomo III-A, ps. 469-474; ESCOLA, Héctor J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, Tomo I, p. 396; BERCAITZ, Miguel A., *Teoría General del Contrato Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 403; COMADIRA, Julio R., *La licitación pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 66; CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3° edición, ps 101-105.

En estos días, prestigiosas voces, en forma generalizada, han abogado por la invocación de la figura del *factum principis* por parte de los contratistas frente al Estado en el marco de esta crisis¹⁴.

Por nuestra parte, y como desarrollaremos seguidamente, creemos que el impacto de la emergencia sanitaria ha generado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que podría resultar invocado por la Administración como causal extintiva inculpable en las contrataciones administrativas. Consideramos, en efecto, que la teoría del hecho del príncipe, por las excepcionales notas de las que se encuentra revestida la emergencia económica y sanitaria, no resulta de aplicación. Expondremos, en consecuencia, las razones que nos inclinan a propiciar la inaplicabilidad de esta segunda figura.

2. EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR QUE SE CONFIGURA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19.

2.1. Generalidades.

Es sabido que, etimológicamente, “caso fortuito” es lo proveniente del azar mientras que “fuerza mayor” es la acción que resulta insuperable o incontrastable para el deudor¹⁵. El Código Civil aludía a ambas nociones en los artículos 513¹⁶ y 514¹⁷, como supuestos en los que el incumplimiento del deudor no le era jurídicamente imputable en razón de un hecho sobreviniente que le era ajeno y le generaba imposibilidad de pagar lo adeudado. Puntualmente el artículo 514 definía al caso fortuito como el que no había

¹⁴ Ver, ente otros: CASSAGNE, Juan C., “El futuro de la contratación pública de cara a la pandemia”, 11-05-2020, disponible en el portal www.abogados.com.ar; CASSAGNE, Ezequiel, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19” en Diario La Ley del 02-06-2020.

¹⁵Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1° edición, Tomo II-A, p. 124. .

¹⁶ “*El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor*”.

¹⁷ “*Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse*”.

podido preverse o que, previsto, no había podido evitarse. En cambio, no contenía ninguna definición de la fuerza mayor. Y si bien los glosadores del Código Civil francés habían efectuado una distinción en razón de la causa generadora de lo imprevisible o inevitable: el hecho de la naturaleza en el caso fortuito y el hecho del hombre en la fuerza mayor, lo cierto es que el Código de Vélez se refería a ambos en forma indistinta, por lo que la doctrina y la jurisprudencia los había equiparado en sus consecuencias jurídicas¹⁸.

El Código Civil y Comercial ha incorporado en el art. 1730 una fórmula que, expresamente, asimila el caso fortuito y la fuerza mayor y establece que se trata de n supuesto de extinción de la responsabilidad, salvo disposición en contrario¹⁹.

El caso fortuito, rompe la cadena causal pues alude a hechos que no suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; escapan a la previsibilidad normal de los sujetos o bien son previsibles, pero no pueden evitarse, porque no se sabe cuándo ocurrirán o, aun sabiéndose, no es posible resistirlos²⁰. A las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad se le suma la de *ajenidad*, en el sentido de que el caso fortuito debe ser inimputable pues, si el deudor tiene la culpa de que haya sucedido, porque no previó lo que era previsible o no adoptó medidas para evitarlo, es responsable.

Y en materia contractual se adiciona: a) que sea sobreviniente, es decir, que no se lo hubiese conocido al momento de contratar; b) que sea invencible, o sea, que torne de imposible la obligación asumida; si la encarece debe plantearse la resolución o el reajuste equitativo, invocándose una excesiva onerosidad sobreviniente; y c) que sea actual, en el sentido de que exista al momento en el que la obligación se torna exigible

¹⁸Cfr. BELLUSCIO, Augusto c. (Director)-ZANNONI, Eduardo (Coordinador), *Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979, Tomo 2, ps. 661-662.

¹⁹"Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos".

²⁰Cfr. RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley., Buenos Aires, 1° edición, 2015, TomoIV, p. 1046. En sentido similar: ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2° edición, 2016, Tomo VIII, p. 158.

y ser un hecho presente y no una mera amenaza²¹.

En el ámbito de la contratación administrativa, las nociones acuñadas por el Derecho Privado resultan, en general, trasladables, aunque con ciertas modulaciones.

En efecto, en el contrato administrativo, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, para que se configure el caso fortuito no es necesario que el acontecimiento extraordinario sobreviniente impida cumplir absolutamente con los términos del mismo: basta con que produzca una alteración definitiva e irreversible en su ecuación económico-financiera²².

El alcance dado al concepto de caso fortuito se debió también a la doctrina del Consejo de Estado francés en el caso “Compañía de Tranvías de Cherbourg” (1932). Ante el déficit que experimentaba la compañía concesionaria -y viéndose impedida de aumentar las tarifas- solicitó una indemnización por imprevisión al Consejo de Prefectura, el que rechazó la demanda. Al resolver la apelación, el Comisario de Gobierno sostuvo que la existencia de un grave déficit que transforma la economía del contrato no constituía, de inmediato, un obstáculo insuperable para el contratista. Pero si la situación se prolongaba, él se arruinaría y no podría materialmente cumplir con sus obligaciones, transformándose en un supuesto de fuerza mayor. Para evitar ello es que se le concedía una “indemnización de imprevisión”, con cita en el antecedente “Compañía General de Iluminación de Burdeos” (1916). Pero, en el caso, señaló, *“...esta obligación solo puede incumbirle si el trastorno del contrato presenta un carácter temporal...en caso de que las nuevas circunstancias económicas hayan creado una situación definitiva que ya no permite al propietario equilibrar sus gastos con los recursos de que dispone la entidad concedente, no estaría obligada de mantener, a costa de los contribuyentes, un servicio que cesó de ser viable contrariando las condiciones esenciales del contrato; que...la nueva situación así creada constituye un caso de fuerza mayor que por esa razón autoriza tanto al concesionario como a la autoridad concedente a pedir al juez la terminación del contrato, cuando no se logre un acuerdo amigable sobre la nueva orientación que debe*

²¹Cfr. RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (Directores), ob. cit., p. 1047.

²² Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. p. 359.

*dársele a la prestación del servicio...*²³.

Este pronunciamiento, ha marcado, según la doctrina francesa, el punto de partida para la admisión de la fuerza mayor (*force majeure*) en la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴, habiéndose precisado que la compensación económica al contratista por aplicación de la teoría de la imprevisión debe ser temporaria; cuando deviene permanente, las consecuencias jurídicas de esa teoría cesan, dando lugar a la rescisión del contrato con fundamento en la idea de la fuerza mayor²⁵.

Es en base a estos antecedentes que nuestra doctrina ha concluido que, en el Derecho Administrativo, la fuerza mayor presenta dos modalidades: la insuperable por el contratante (o por la Administración) la cual justifica la inejecución del contrato y la que, sin serlo, produce un trastorno definitivo en el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, justificando su rescisión²⁶.

¿Cuáles son los hechos que pueden determinar el caso fortuito o fuerza mayor?

MARIENHOFF, los distingue entre aquellos que provienen de la naturaleza, a los que denomina “Hechos naturales” y los que son atribuibles a la acción humana a los que llama “Hechos del hombre”. Entre los primeros menciona: las inundaciones; la sequía; las lluvias; la neblina; el viento; los temporales; las tempestades y tormentas de mar; los terremotos y temblores de tierra; los aludes o deshielos; las temperaturas extremas; las *epidemias* y pestes (enfermedades); las plagas agrícolas; la muerte.

²³ Cfr. LONG, Marceau-WEIL, Prosper-BRAIBANT, Guy-DEVOLVÉ, P.-GENEVOIS, B., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa.*, Ediciones Librería del Personal, Bogotá, 2000, traducción de Leonardo Augusto Torres Calderón, Humberto Mora Osejo y Marie Louise Crépy, ps. 189-191.

²⁴ Ver: RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 3e. edition, 2002, ps. 260-261; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1° edición en español, 2010, p. 486,

²⁵ DE LAUBADÉRE, André-VENEZIA, Jean-Claude-GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 15° édition, 1999, Tome I, p. 843.

²⁶ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. ps. 359-360. En idéntico sentido: BERCAITZ, Miguel A., ob. cit., ps. 379-380. Idéntica distinción acontece en el derecho español, donde se señala que existen dos tipos: a) la fuerza mayor que otorga al contratista derecho a exigir la indemnización por daños y perjuicios, con supuestos tasados; y b) la genérica que impide el cumplimiento del contrato (Ver: VILLAR PALASÍ, José L-VILLAR EZCURRA, José L., “Fuerza mayor” en GÓMEZ.FERRER MORANT, Rafael (Director) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1° edición, 1996, p. 686).

Entre los segundos: la guerra; el hecho del tercero por quien no debe responderse; los actos del soberano o hechos del príncipe; órdenes o decisiones judiciales; huelga; *lock out* (o paro patronal)²⁷.

2.2. El tratamiento normativo en el orden nacional.

2.2.1. La Ley de Obras Públicas N° 13.064.

La Ley de Obras Públicas N° 13.064, (LOP) recepta la figura del caso fortuito o fuerza mayor en su artículo 39²⁸, bajo una fórmula, por cierto, confusa, de la que pareciera inferirse que la Administración asume el riesgo por las “pérdidas, averías o perjuicios”, provenientes de la fuerza mayor o el caso fortuito²⁹.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante y de que la doctrina ha considerado que esta absorción del riesgo por parte del Estado se encuentra justificada por: a) el carácter tuitivo de la legislación de obras públicas; b) la necesidad de preservar el capital de trabajo de las empresas; c) el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato; d) evitar el encarecimiento de la contratación; e) las peculiaridades propias del contrato de obra pública, que excluyen la aleatoriedad; y f) la promoción de la concurrencia a los procesos de licitación³⁰, consideramos que la previsión que, en todo caso, daría lugar a una reparación *parcial*³¹ a favor del contratista, no puede ser

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. ps. 360-367.

²⁸ “El contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la administración pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) Los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. Para tener derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo, el contratista deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos y en las condiciones que determinen los pliegos especiales de cada obra. En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato”.

²⁹ Similar solución se presenta en el derecho español marcando, según explican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, un apartamiento de las reglas civiles que determinan que las cosas perecen para el dueño (*res perit domino*), justificada en evitar un encarecimiento en la contratación (Ver: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 7° edición, Tomo I. ps 720-721).

³⁰ Ver: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. ps. 563-565; MÓ, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas*, Depalma, Buenos Aires, 2° edición, 1982, p. 283; DRUETTA, Ricardo-GUGLIELMINETTI, Ana P., *Ley 13.064 de obras públicas, Comentada y Anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2° edición, 2013, ps. 286-287

considerada hoy en forma aislada, en virtud de lo establecido por la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado.

Incluso, algún autor ha sostenido que el artículo 39 de la LOP sólo prevé el supuesto en el que el caso fortuito es invocado por el Estado, mientras que los artículos 53³² y 54³³ del mismo plexo son de aplicación cuando el contrato es resuelto a solicitud del cocontratante³⁴.

Como sea, la jurisprudencia se ha mostrado sumamente cautelosa en la aplicabilidad de esta previsión, en el entendimiento de que, tratándose de un régimen excepcional, derogatorio de las normas comunes, su interpretación debía llevarse a cabo en forma restrictiva.

³¹Se ha señalado que el concepto de “pérdida” o “avería” se refiere no sólo a los daños causados a la obra física, sino también a los materiales acopiados (Ver: DRUETTA, Ricardo-GUGLIELMINETTI, Ana P., ob.cit., p. 289). En torno al reconocimiento de los perjuicios, con fundamento en el art. 39 de la LOP, la Procuración del Tesoro opinó de debía reconocerse a la contratista los daños que hubieran sufrido los materiales acopiados “...siempre que, del informe técnico que debe producirse...no resulte que ha mediado culpa de la nombrada en la ubicación y cuidado de dichos materiales y que la lluvia producida, por sus características, impidió a la contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos...” (Dictámenes, 67: 30).

³²“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”.

³³“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”.

³⁴Ver: BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1° edición, 2016, p. 156.

Así, en los autos “J. J. Chediak S.A. c/Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/nulidad de resolución” (1993), nuestra Corte Suprema sostuvo que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 39 de la LOP, el Estado estaba obligado a responder por sus actos y los de origen natural, pero una situación particular de mercado, que generaba el desabastecimiento de cemento, no constituía un supuesto que le generara la obligación de indemnizar³⁵.

En “Francisco Cacik en Hijos S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad” (1992), el Máximo Tribunal sostuvo que nada impedía que se declarase que la causa determinante de la rescisión había sido el caso fortuito, no imputable a las partes, a fin de precisar como cada una de las partes habría de soportar las consecuencias sobre las prestaciones recíprocas (art. 39, 53 inc. d] y 54 de la LOP), destacando la inaplicabilidad del reconocimiento del lucro cesante, por no encontrarse configurados los extremos para su procedencia de acuerdo a la doctrina sentada en “Sánchez Granel”³⁶

Y en la causa “José Cartellone c/Dirección Nacional de Vialidad” el Címero entendió que no podía invocarse la falta de lluvia como una circunstancia extraordinaria e imprevisible, sino que la situación perjudicial para el contratista se debía a su negligencia y error³⁷.

También sostuvo el Alto Tribunal en el precedente “Urruti” que la carga de acreditar el caso fortuito corre por cuenta de quien la alega y requiere, además, de la prueba fehaciente de su imprevisibilidad e inevitabilidad³⁸.

Desde antaño tiene dicho la Procuración del Tesoro que el concepto de fuerza mayor se relaciona con el acontecimiento que no pudo ser razonablemente considerado al momento de celebrar el contrato, por lo que consideró improcedente el reclamo que solicitaba el reconocimiento de los mayores costos de los materiales, diferencias de cambio y aumentos de mano de obra que, según el contratista, se

³⁵Fallos, 319: 1681.

³⁶Fallos, 315: 865.

³⁷Fallos, 326: 2625.

³⁸Fallos, 315: 2857.

habían originado en la propia demora de la Administración en expedir los permisos de importación, toda vez que no se trataba de un hecho imprevisible para la peticionante, habida cuenta de su experiencia en casos similares³⁹. Asimismo, opinó el órgano asesor que lo extraordinario de un hecho que hace imposible al respecto toda previsión, reside en que esté fuera de los límites de lo normal⁴⁰.

También la Procuración ha destacado que, por establecer el artículo 39 de la LOP un régimen de excepción, debe ser interpretado en forma estricta “...*por lo que solo corresponde al contratista la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos con los precios del contrato*” (*Dictámenes*, 233: 525).

Por último, el caso fortuito para el máximo órgano asesor debe ser imprevisible e inevitable (*Dictámenes*, 295:222; 238: 547), ajeno o extraño a la persona del deudor, sobreviniente a la constitución de la obligación y subsistente a la época que debe cumplirse la obligación (*Dictámenes*, 304: 226).

2.2.2. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN) Decreto N° 1023/01.

Este reglamento delegado⁴¹ incorpora al caso fortuito o fuerza mayor, colocando, a la par, a los actos o incumplimientos de las autoridades públicas de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, en su artículo 13, inciso c)⁴².

³⁹*Dictámenes*, 75: 394.

⁴⁰*Dictámenes*, 105: 99.

⁴¹ Su régimen es aplicable obligatoriamente a todas las contrataciones que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 8°, inc. a) de la Ley N° 24.156 (art. 1°),, quedando comprendidos los contratos de: compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, las obras públicas, concesiones de obra pública, concesiones de servicios público y licencias (art.4°) y excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los contratos celebrados con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con entidades multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos y los comprendidos en operaciones de crédito público (art. 5°) .

⁴²“*Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá:...c) La obligación de 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 torne imposible la ejecución del contrato*”.

Sobre esta previsión se ha observado su similitud con la del art. 39 de la LOP y que también deja afuera de su redacción a los hechos del hombre, del mercado, de la economía, etc. y que se trata de una norma de excepción al régimen común⁴³.

3. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE COMO TÉCNICAS PARA EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL.

3.1. Generalidades.

Ambas figuras tienen el mismo cometido que es el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo y representan, respectivamente, un paliativo frente al *álea económica* y al *álea administrativa*.

El derecho del contratista al equilibrio financiero se fue moldeando en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir del pronunciamiento “Compañía General Francesa de Tranvías” del año 1910⁴⁴. En ese pronunciamiento, se cuestionaba la obligación impuesta a la empresa, por el prefecto de Bouches-du-Rhone, de aumentar el número de ramales en servicio en función del incremento de las necesidades de acceso al mismo por parte de la población local. En esa oportunidad el Comisario de Gobierno León Blum señaló que: *“Es evidente que las necesidades que debe satisfacer un servicio de esta naturaleza, al igual que las necesidades de su explotación, no tienen un carácter invariable...Una vez concedido, el Estado no puede desinteresarse del servicio público de transporte. Sin duda es concedido, pero él continúa siendo un servicio público. La concesión representa una delegación es decir, que constituye un modo de gestión indirecta; no equivale a un abandono, a una cesión. Cuando sea necesario, el Estado entonces intervendrá para imponer al concesionario una prestación superior a la prevista estrictamente, para forzar una de las partes de esta ecuación financiera que es, en este sentido, toda*

⁴³Cfr. CARDACI MÉNDEZ, Ariel en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001, Comentado, Anotado y Concordado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1° edición, 2012, p. 152

⁴⁴ Ver: LONG, Marceau-WEIL, Prosper-BRAIBANT, Guy-DEVOLVÉ, P.-GENEVOIS, B., *Los grandes fallos...ob.cit.*, ps.87-90.

concesión, al no usar las facultades que le confiere la convención, sino el poder que le pertenece como poder público". Para Blum, al fijar las tarifas de los trenes y el número de viajes, el Estado no había renunciado contractualmente a sus derechos reglamentarios conservando "...no solamente el derecho de aprobar los horarios de trenes,...sino también el de ordenar las adiciones y modificaciones necesarias para lograr, en interés del público, el funcionamiento normal del servicio ". Pero enseguida precisó que esa mutación podía dar lugar a que el concesionario fuese indemnizado "...si se destruye la economía financiera del contrato, si por el uso que la autoridad concedente hace de su facultad de intervención, se encuentre de alguna manera falseado el equilibrio de ventajas y cargas de obligaciones y derechos...". Para de allí concluir que "El espíritu de esta jurisprudencia es el de organizar un doble contencioso de la concesión. El contencioso de la legalidad de la reglamentación cuya forma normal es el contencioso de anulación y el contencioso del contrato, el cual incluye necesariamente el examen de las repercusiones que la reglamentación puede ejercer sobre la economía del contrato. El doble contencioso corresponde al doble aspecto, a la doble naturaleza de la concesión que, en un sentido, es un dispositivo financiero de forma cierta y que, en otro sentido, es el modo de gestión de un servicio público para necesidades variables. Es por eso que, al reconocer que tal o tal medida de reglamentación es legal,...si los interesados estiman que por ese hecho se excedieron las previsiones del contrato, se les reconoce el derecho de acudir al juez del contrato...este podrá conceder una indemnización. Si las modificaciones hechas al contrato trastornan completamente la economía del mismo, podrá declarar su resolución a favor del concesionario".

Vale decir que en el caso se consagraron tanto el principio de la *potestas variandi* de la Administración en los contratos públicos como el de la garantía del equilibrio económico-financiero, especialmente para el cocontratante estatal. En palabras de LONG-WEIL-BRAIBANT-DEVOLVÉ-GENEVOIS, "...a partir del comisario de gobierno León Blum, la doctrina formuló el principio conocido con el nombre de *ecuación financiera del contrato* y que constituye el complemento del principio de *mutualidad del contrato*"⁴⁵.

Así, en base a este fundamento común, las teorías o figuras que buscan corregir -o al menos mitigar- las alteraciones en la economía del contrato se fundan, como bien se ha dicho, en los Principios Generales del Derecho Administrativo, algunos, incluso, con consagración en nuestro texto fundamental como el que consagra la igualdad ante las cargas públicas⁴⁶.

3.2. La teoría de la imprevisión.

La doctrina de la imprevisión encuentra, según se ha señalado y no obstante la consagración jurisprudencial reseñada, una estrecha conexión con la cláusula *rebus sic stantibus* elaborada por los glosadores⁴⁷ y circunscripta a los contratos de tracto sucesivo⁴⁸: supone que el precio contratado permanece inalterable mientras las cosas permanecen inalteradas. Esta regla presume la aceptación de condiciones implícitas en el texto del contrato, más allá de la literalidad de sus términos, que se infieren del conjunto de circunstancias -el “contexto”-, bajo las cuales se suscribió. Se sostiene que: *“La ‘turbulencia’ e impredecibilidad de la situación económica actual hacen que el principio cobre, progresivamente, mayor importancia que el propio acto (estipulaciones explicitadas) del contrato. El principio rebus sic stantibus opera así como variable en el seno de un sistema de elementos fijos, con la finalidad de preservar el equilibrio del conjunto”*⁴⁹.

Mientras que en el Derecho Privado la teoría suele adquirir la condición de cláusula resolutoria implícita, en el Derecho Administrativo presenta peculiaridades que le confieren un sello distintivo propio.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ De acuerdo: CASSAGNE, Juan C., *El contrato...cit.*, ps. 102-103.

⁴⁷ Se ha señalado que la teoría encuentra antecedentes en algunas soluciones particulares brindadas por los jurisconsultos romanos pero que, en verdad, es obra de los canonistas, influidos por la filosofía escolástica. Con el liberalismo, la cláusula *rebus sic stantibus* fue abandonada, hasta renacer en el siglo pasado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (Ver: BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1° edición, Tomo 3, ps. 1126-1127).

⁴⁸ Para MARIENHOFF, la teoría sería aplicable aun en el caso de contratos de prestación única (*Tratado*, cit., Tomo III-A, p. 529).

⁴⁹ VILLAR PALASÍ, José L-VILLAR EZCURRA, José L., “Revisión de precios” en GÓMEZ.FERRER MORANT, Rafael (Director), *Comentario a la Ley de Contratos...ob. cit.*, p. 528.

Hemos señalado más arriba la importancia que revistió el antecedente “Compañía General de Iluminación de Burdeos” para delimitar los contornos de la teoría: la imprevisión se produce en virtud de acontecimientos externos y sobrevinientes, es decir, de absoluta ajenidad e imprevisibilidad para las partes que alteran la ejecución del contrato y lo tornan más oneroso, pero no de imposible cumplimiento. Como lo que en definitiva interesa es asegurar el cumplimiento del contrato por razones de interés público, la Administración debe brindar una “ayuda” al contratista-colaborador, que es de carácter *parcial* (nunca *integral*) y *temporaria*: cuando el regreso al equilibrio normal del contrato se torna imposible la situación se asimila en sus efectos a la fuerza mayor, permitiéndose la rescisión del contrato⁵⁰, como dejó establecido la doctrina del Consejo de Estado en el caso, *supra* citado, “Compañía de tranvías de Cherburgo”.

En nuestro derecho se han extraído las siguientes notas que caracterizan a la teoría de la imprevisión: a) es de orden público y existe como principio general, con sustento en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional; b) es implícita y, por lo tanto, invocable aun en ausencia de previsión expresa que la consagre; c) no es renunciable, precisamente por su carácter de orden público; d) puede dar lugar solo a una “ayuda” que recomponga la ecuación económico-financiera alterada por el hecho sobreviniente ajeno a las partes e imprevisible (“*álea económica*”)⁵¹.

El resarcimiento solo parcial parte de la regla básica de que la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de ellas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese *álea* entre ambas⁵²

⁵⁰ Cfr. RICHER, Laurent, *Droit des contrats...cit.*, p. 250; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Curso...cit.*, p. 484-485.

⁵¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-A, ps.538-540.

⁵² Cfr. Por todos. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...cit.*, Tomo III-A, p.s 542-545; BERCAITZ, Miguel A., *Teoría...cit.*, ps 450 y ss.; EMILI, Eduardo, “El equilibrio contractual” en FARRANDO, Ismael (Director), *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1° edición, 2002, p. 623; CASSAGNE, Juan C., *El contrato...cit.*, ps. 109-110; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2° edición, 2015, Tomo IV, p. 808.

La teoría halló recepción normativa en la Ley N° 12.910 en materia de contratos de obras públicas para remediar las consecuencias gravosas para la Economía producto de la Segunda Guerra Mundial. Años más tarde, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1295/2002 por el cual se autorizó la redeterminación de precios de obra pública, en el marco de la emergencia declarada por la Ley N° 25.561.

EL RCAN reconoce expresamente a los contratantes estatales su derecho a recomponer el contrato en el caso en el que éste se viere afectado por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen *natural* que torne excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo (Artículo 13, inc. a).

Esa limitación a los acontecimientos de origen natural deja de lado otras causas que pueden incidir sobre la economía del contrato, tales como las fluctuaciones del mercado que provoquen alzas en el precio de los insumos o en la mano de obra o la desvalorización monetaria⁵³ y ha merecido críticas de parte de la doctrina⁵⁴. Por contrapartida el artículo 1198 del Código Civil y el actual artículo 1091 del Código Civil y Comercial, no circunscriben la aplicación de la teoría a los acontecimientos naturales.

El otro problema que plantea la norma en estudio es el uso de la conjunción disyuntiva “o” (“*extraordinarios o imprevisibles*”). Pensamos que se trata de un error material en el que se ha incurrido al redactarla pues, como bien se ha dicho, la aplicación literal de su texto desnaturalizaría el instituto ya que, por un lado, la figura podría invocarse ante acontecimientos extraordinarios, pero no imprevisibles; y, por el otro, un acontecimiento previsible, aunque extraordinario, sería calculado por el contratista al formular la oferta⁵⁵.

Aunque el RCAN no lo establece, creemos que la doctrina de la imprevisión es invocable por cualquiera de las partes⁵⁶.

⁵³ Ver: ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana-DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz de Decreto 1023/01” en “Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”, 2003, Año 15, p. 81.

⁵⁴ Ver: CARDACI MÉNDEZ, Ariel, en Ariel en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001...* ob. cit., p.145

⁵⁵ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana-DIEZ, Horacio P. “Perfiles...” ob. cit., p. 83

⁵⁶ De acuerdo: CASSAGNE, Juan C., *El contrato...* ob. cit. p. 109.

Sostuvo la Corte Suprema en el caso “Dulcamara S. A. c/ENTEL” (1990)⁵⁷ que ese tribunal había establecido en otros precedentes que la lesión sobreviniente, producto de un hecho extraordinario e imprevisible hacía aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato, aun en los administrativos, por aplicación del entonces vigente artículo 1198 de Código Civil, aclarando que tal doctrina exigía “...un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato” (voto del Ministro Fayt).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que, para que resulte aplicable la teoría de la imprevisión se torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de que la prestación, a cargo de una de las partes, se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles⁵⁸ y que, el dictado de un decreto antes de la emisión y notificación de una orden de compra y, por ende, antes del perfeccionamiento del contrato impide que sea alegado por la peticionante como hecho sobreviniente para invocar la teoría de la imprevisión⁵⁹.

En un asesoramiento reciente, el organismo asesor opinó que la previsión en los pliegos de incluir cláusulas que contemplaran la factibilidad de abrir una instancia renegociadora en forma cuatrimestral, sumada a que tales solicitudes se resolverían en base a una metodología basada en índices de variaciones de costos, resultaba completamente extraña a la recomposición del contrato, basada en circunstancias externas y sobrevinientes que afectasen su ecuación económico-financiera y aparecía cercana a la instrumentación encubierta de mecanismos indexatorios prohibidos por el artículo 10 de la Ley N° 23.928⁶⁰.

3.3. La teoría del “hecho del príncipe”.

La denominación de la figura es, por cierto, equívoca y nos remite, sin duda, a los actos del soberano absolutista que podía, en ese esquema, incumplir sus

⁵⁷ Fallos, 313: 376.

⁵⁸ Dictámenes, 259: 222.

⁵⁹ Dictámenes, 282: 001.

⁶⁰ Dictamen IF-2020-25420179-APN-PTN, del13-04-2020.

compromisos sin responsabilidad⁶¹. Lo cierto es que se trata, como bien se ha señalado, de una de las teorías más confusas del Derecho Administrativo⁶², resultando curioso de señalar que VÉLEZ la contempló en su nota al artículo 514 del Código Civil, como una especie de fuerza mayor⁶³.

Tanto en el derecho francés⁶⁴, como en el español⁶⁵ y en el nacional⁶⁶ media acuerdo en que se trata de una técnica dirigida a remediar aquellas intervenciones de los poderes públicos que, con carácter general, afecten, de modo reflejo, las condiciones de ejecución del contrato. Las consecuencias de la utilización de la teoría pueden variar en cuanto a la extensión del resarcimiento, según que la medida sea legítima o ilegítima⁶⁷.

También existe un generalizado consenso en que la medida debe ser de carácter general y emanar de una misma esfera de gobierno (nacional, provincial o municipal) que corresponde al organismo contratante, aun cuando no se trate de la misma autoridad que contrató⁶⁸. Cuando el acto o decisión estatal proceda de órganos de otra esfera de gobierno (v.g. una ley provincial o una ordenanza municipal) sería aplicable la

⁶¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...cit.*, Tomo I, ps. 712

⁶² Cfr. CASSAGNE, Juan C., *El contrato...cit.*, p. 106, citando a André DE LAUBADERE.

⁶³ "Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano o fuerza del príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos".

⁶⁴ Cfr. por todos: VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 2^o édition, 1961, p. 658; RIVERO, Jean-WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 18e. édition, 200, p. 132; DE LAUBADERE, André-VENEZIA, Jean Claude-GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, L.G.D.J., Paris, 15e édition, 1999, p. 836; PEYRICAL, Jean-Marc, *Droit Administratif*, Montchrestien, Paris, 2e. édition, 2000, ps. 131-132; RICHER, Laurent, *Droit des contrats...cit.*, ps. 265-267; TRUCHET, Didier, *Droit Administratif*, Thémis, Paris, 4e. édition, 2011, ps. 277-278; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Curso...cit.*, ps. 483-484.

⁶⁵ Cfr. por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...cit.*, Tomo I, ps. 712-713; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 4^o edición, 1992, Tomo I, ps. 275-277; PAREJO ALFONSO, Luciano-JIMÉNEZ BLANCO, Antonio-ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 4^o edición, 1996, p. 635; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 1^o edición, 2005, 596-597; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 1^o edición, 2011, ps. 413-415.

⁶⁶ Cfr. por todos: MARIENHOF, Miguel S, *Tratado...cit.* Tomo III-A, ps. 365-366; BERCAITZ, Miguel A., *Teoría General...cit.*, p. 390; ESCOLA, *Tratado...cit.*, p.456; CASSAGNE, Juan C., *El contrato...cit.*, ps. 106-107; BALBÍN, Carlos F. , *Tratado...cit.*, Tomo IV, p. 798.

⁶⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan C., *El contrato...ob. cit.*, p. 107.

⁶⁸ En contra: BARRA, Rodolfo, *ob. cit.*, Tomo 3, p. 1201, quien incluye los actos de distintas provincias o municipios en relación con la Administración comitente.

teoría de la imprevisión⁶⁹.

Los extremos que habilitarían la aplicación de la teoría del hecho del príncipe serían los siguientes: a) el desequilibrio contractual debe provenir de medidas de índole general que posean incidencia económica o financiera en el contrato (v.g., impuestos, cargas); b) las medidas deben provocar una excesiva onerosidad sobreviniente; c) deben ser imprevisibles; d) debe mediar una adecuada relación causal entre la decisión de la autoridad pública y el impacto en la ecuación económico-financiera del contrato; y e) la alteración del equilibrio contractual debe provocar un daño especial, cierto y diferenciado para el contratista⁷⁰.

En el orden nacional, la LOP, en el artículo 39, *supra* citado establece, entre otros supuestos, que el contratista puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios causados por “*culpa de los empleados de la Administración o de fuerza mayor o caso fortuito*”, aclarando que se consideran como caso fortuito o de fuerza mayor: “*a) los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública, no previstos en los pliegos de licitación*”. De acuerdo a la sistemática de la LOP, entonces, el hecho del príncipe es un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que, de acuerdo, a sus artículos 53 y 54 no da lugar al reconocimiento del lucro cesante ni de los gastos improductivos⁷¹.

El RCAN, en su artículo 13, inciso c) parece referirse a la figura del “hecho del príncipe” cuando establece que el contratista podrá justificar el incumplimiento de las prestaciones a su cargo cuando concurren “*...actos o incumplimientos de las autoridades públicas o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato*” . Se ha señalado que el Decreto ha omitido regular el caso en el que los actos de las autoridades públicas no tornen imposible cumplir con las obligaciones a su cargo, sino que las haya hecho más gravosas, es decir, que hayan

⁶⁹ De acuerdo: ORTIZ de ZÁRATE, Mariana-DIEZ, Horacio P., *Perfiles...*, cit. p. 85.

⁷⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*cit, Tomo III-A, ps. 481-485.

⁷¹ De acuerdo: BALBÍN, Carlos F., *Tratado...*cit., Tomo IV, p. 799. De todas maneras, como aclara este autor, el criterio restrictivo de la LOP debería matizarse pues, en caso de ausencia de regulación, se aplica la Ley de Responsabilidad del Estado en forma supletoria. Así, si el “hecho del príncipe” fuera ilegítimo, el cocontratante podría reclamar por el daño emergente y por el lucro cesante; si fuera legítimo, solamente por el daño emergente.

generado para el cocontratante un álea administrativa extraordinaria, por la excesiva onerosidad sobreviniente derivada de ellas⁷²

Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de destacar el carácter “imprevisible” que deben revestir las medidas invocadas como “hecho del príncipe” en la causa “Rosa María Juana Martínez Suárez de Tinayre c/ATC” (1986)⁷³, considerando que el órgano contratante no podía invocar una decisión propia para eximirse de responsabilidad contractual. El Máximo Tribunal sostuvo que el canal integraba la organización estatal, más allá del ropaje de sociedad anónima que ostentaba, habida cuenta de los intensos vínculos que la ligaban a la Administración.

La Procuración del Tesoro ha señalado que al presentar su propuesta el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que, eventualmente, deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que den lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe o del caso fortuito (*Dictámenes*, 278: 133).

4. IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL “HECHO DEL PRÍNCIPE” FRENTE AL “PLEXO COVID-19”.

Consideramos inaplicable la teoría del “hecho del príncipe” por parte de los contratistas públicos para obtener una reparación integral frente a las medidas adoptadas por el Estado Nacional en el contexto de la emergencia sanitaria desatada por la pandemia del COVID-19. Pensamos que, por el contrario, la Administración se encuentra habilitada para proceder a la extinción de dichos contratos, sin responsabilidad alguna.

Seguidamente explicaremos las razones que fundamentan nuestra postura.

4.1. La aplicación de la Ley de Responsabilidad del Estado (LRE) N° 26.944 a las contrataciones públicas.

⁷² Cfr. ORTIZ de ZÁRATE, Mariana-DIEZ, Horacio P., “Perfiles...”, cit., p. 86.

⁷³ *Fallos*, 308: 821.

La LRE ha previsto la aplicación supletoria de sus disposiciones a la responsabilidad contractual del Estado, en ausencia de regulación⁷⁴.

Es evidente que, para que proceda la responsabilidad contractual del Estado, deben concurrir los requisitos previstos en los artículos 3° o 4° de la LRE. Por ende, de acuerdo a la regulación conferida a los factores de atribución por la LRE en sus arts. 3° inc. d) y 4° inc. d), la responsabilidad contractual del Estado se habrá configurado cuando: a) medie una falta de servicio contractual o b) el contratista sufra un sacrificio o daño especial que no está obligado a soportar⁷⁵.

Partiendo de la base de la legitimidad de los Decretos dictados durante la crisis - aspecto sobre el que, advertimos, media consenso generalizado-, entendemos que la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, no puede generar al Estado una responsabilidad sin falta o legítima, toda vez que las consecuencias de esa catástrofe *no suponen un daño o sacrificio especial en tanto, es de público y notorio conocimiento que están siendo soportadas por toda la comunidad argentina y por casi todos los países del planeta.*

La teoría del sacrificio especial, sobre la cual ya se había pronunciado nuestra Corte Suprema, fue sostenida por MAYER, para fundar la obligación de indemnizar, aunque el acto estatal que causase el daño, fuera legal, siempre que se hubiere perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada a los demás⁷⁶.

MAYER entendió que resultaba condición para que se configurase la responsabilidad del Estado que el daño ocasionase un perjuicio material o empobrecimiento del particular. El sacrificio es, entonces, en esta tesitura, un elemento calificador del daño y no todo daño producido será indemnizable, ya que el general será el precio por la convivencia social⁷⁷.

⁷⁴*La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta norma en forma supletoria*”.

⁷⁵De acuerdo: PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada, Thomson Reuters La Ley, Buenos aires, 1° edición, 2015, p. 238. En idéntico sentido: ROSATTI, Horacio, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1° edición, 2014. ps. 626-627

⁷⁶ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 2° edición, 1982, traducción del alemán de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, t. IV, p. 217.

El sustento jurídico, suficiente y directo, que en nuestro sistema se ha encontrado para la aplicación de la teoría del sacrificio especial, más arriba comentada, es el art. 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que *‘todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, siendo la igualdad la base de las cargas públicas’*. Asimismo, se debe agregar a ello la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental.

En este sentido, la Corte había recalcado la *especialidad* necesaria que debía revestir el perjuicio para configurar un sacrificio especial en *“Piria”*⁷⁸ reconociendo, además, que toda obra pública debía respetar la garantía individual de la inviolabilidad de la propiedad y su uso (*“Laplacette”*⁷⁹, *“Los Pinos”*⁸⁰, *“Galanti”*, etc.).

El perjuicio antijurídico puede mantenerse como tal aun cuando comprenda a varios individuos y adquiera cierta generalidad. El problema se presenta en la medida en que aumenta el número de afectados por un sacrificio especial, pues la figura pierde su contorno inicial y entran a jugar los argumentos atinentes a la ruina fiscal y a la paralización de la actividad estatal.

En efecto, cuando la carga fuese soportada por gran parte de la sociedad, la pretensión de obtener una reparación por toda la comunidad aliviaría solo momentáneamente a algunos, pero sin restablecer el equilibrio buscado por esta teoría.

Por ello es que, acertadamente pensamos, el inciso e) del art. 4° de la LRE, *exige que el perjuicio sea diferenciado del que sufre el resto de la comunidad*.

La doctrina, en relación al “hecho del príncipe” también ha hecho hincapié en la necesidad de que las medidas generales afecten al cocontratante de manera especial o particular, caso contrario no hay lugar para la indemnización⁸¹. En idéntica línea que *“...tratándose de una disposición de carácter general que incida en forma indirecta en el cumplimiento de las obligaciones del cocontratante, para que sea admisible el*

⁷⁷ Ver GARCIA, Cándido E., “La doctrina del daño especial” en Revista Argentina de Derecho Administrativo. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, N° 14, ps. 59-69.

⁷⁸ Fallos, 185: 95.

⁷⁹ Fallos, 195: 66.

⁸⁰ Fallos, 293: 617.

⁸¹ Cfr. VEDEL, Georges, *Droit...cit.*, p. 659.

*derecho a la indemnización pertinente, es necesario que produzca un daño diferencial y no común, como ocurre con el cambio de toda legislación que afecta o lesiona derechos de la generalidad de los habitantes: leyes sanitarias, laborales impositivas, monetarias, etc...”*⁸². Y que: “...el perjuicio debe ser el resultado de una situación diferencial o especial del cocontratante, es decir, no debe tratarse de consecuencias que lo afecten de la misma manera que al resto de las personas que se hallan en su misma situación general, o sea, como comerciante, industrial, etc”⁸³.

En este sentido, se afirma que la teoría del sacrificio especial no está pensada ni funcionaría para perjuicios cuantitativamente extendidos sobre los particulares. Al respecto, la Corte ya había fijado una posición restrictiva en la causa “*Buenos Aires Eximport*”⁸⁴: ‘pretender iguales beneficios para todos sería un objetivo claramente utópico, incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico...un mundo idílico’. El legislador ha ratificado, pues, esta idea.

Además del referido aspecto cuantitativo, no menos importante es precisar el aspecto cualitativo. Sobre el particular, la cuestión a determinar es en qué consiste la situación jurídicamente protegida que debe presentar el particular damnificado para pretender la responsabilidad del Estado.

Al respecto la Corte en la ya citada causa “*Revestek*” entendió que aquella debía ser un derecho adquirido, al expresar que ‘...no existe derecho adquirido al mantenimiento de una normativa...’ (en el caso se trataba de una pauta cambiaria establecida por una Circular del BCRA).

La LRE sigue este criterio jurisprudencial pues entiende por configurado el sacrificio especial cuando se verifica la conculcación de un derecho adquirido, con lo que cierra la posibilidad de contemplar otras situaciones jurídicas, como la afectación que pueda provenir de la aplicación inmediata de la ley nueva a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes⁸⁵ (también llamada retroactividad impropia o *retrospección*) o la tutela de expectativas plausibles (confianza legítima).

⁸²BERCAITZ, Miguel A., *Teoría...*cit. p. 390

⁸³ESCOLA, Jorge, *Teoría...*cit., Volumen I, ps. 457-458.

⁸⁴*Fallos*, 316: 397.

⁸⁵ Código Civil, art 3°; Código Civil y Comercial de la Nación, art. 7°.

En suma, consideramos que la LRE, es la ley *posterior y específica* que, en ausencia de previsiones en las leyes especiales respecto de los requisitos para hacer valer la responsabilidad contractual legítima del Estado, exige la presencia de un *sacrificio especial* en el particular contratista.

La pandemia desatada por el nuevo coronavirus COVID-19, por sus características, configura un supuesto de caso fortuito *generalizado que permite que la Administración proceda a rescindir discrecionalmente las contrataciones no esenciales, sin que ello de lugar a reparación de ninguna especie a los cocontratantes.*

4.2. Aplicación analógica de la regulación contenida en el artículo 955 del Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabría considerar la aplicación analógica de la regulación contenida en el artículo 955 del Código Civil y Comercial⁸⁶.

Sobre esta norma se ha dicho que la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, tiene como consecuencia la extinción de la obligación, debiendo la prestación: a) haber devenido imposible de cumplir en forma total, definitiva y absoluta; b) que el deudor no haya obrado con culpa o dolo; y c) que el caso fortuito o la fuerza mayor no le sea imputable⁸⁷ y que el límite de la responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento está generado por el caso fortuito: si opera el *casus*, el deudor queda liberado de su obligación y exonerado de responsabilidad⁸⁸.

El artículo 1° de la LRE señalaPor un lado el art. 1° de la LRE señala que “*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”.

Esta previsión es un espejo del artículo 1764 del Código Civil⁸⁹, pero en modo alguno puede impedir la aplicación de las disposiciones de este último por *analogía* tal

⁸⁶ Que en lo que aquí interesa reza así: “*La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación,, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue las obligaciones sin responsabilidad...*”

⁸⁷ Cfr. ALTERINI, Jorge H., ob. cit., Tomo IV, p. 747.

⁸⁸Cfr. RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil...cit.*, Tomo III, p 393.

⁸⁹“*Las disposiciones del Capítulo 1 (De la responsabilidad civil) de este Título (Otras fuentes de las obligaciones)no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”.

como lo viene sosteniendo nuestra Corte Suprema a partir del *leading case* “*Ganadera Los Lagos S.A.*”⁹⁰. Doctrina ésta mantenida en la causa “*Meridiano*”⁹¹ en la cual el Alto Tribunal, luego de considerar la aplicación analógica de las disposiciones sobre nulidades del Código Civil a los actos administrativos, expresó “...*lo que no significa subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos*”.

El Derecho Administrativo toma criterios privatísticos pero no los mantiene incólumes: los regula según sus propios criterios publicísticos, basados en las normas fundamentales contenidas en las constituciones o bien, en ausencia de regulación, les confiere, a través del tamiz de la analogía, un sesgo particular que ya no permite identificarlos con su concepción originaria.

En efecto, la analogía es una inveterada técnica interpretativa a la que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se encuentra una norma aplicable al caso, hipótesis en la cual se configura una “laguna” o, más específicamente en Derecho Administrativo, un “caso administrativo no previsto”⁹².

Dicha regla consiste en un proceso lógico merced al cual se induce, del análisis de soluciones particulares, el principio que las informa para así buscar, seguidamente, las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que les es aplicable por deducción⁹³. Se trata de un método de interpretación harto frecuente en el Derecho Administrativo, por cuanto a su ya apuntada condición de Derecho en formación, sensible a los cambios de la realidad social y política que lo circunda y a la cual

⁹⁰Fallos, 190: 142. Dijo allí el Tribunal Cívero que las reglas del derogado Código Civil., arts. 1037 y ss., sobre nulidades de los actos jurídicos “...*si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo, sino al Derecho Privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo cuyas normas y soluciones también deben a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina*”.

⁹¹Fallos, 301: 292.

⁹²Ver y ampliar en LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Bs. As. 1976, p. 30 y ss.

⁹³Y que, además de estos elementos lógicos, según se ha dicho, contiene un elemento valorativo o axiológico (Ver. VILLAR PALASÍ, José L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1° edición, 1975, ps. 218-221).

aprehende, potencia sensiblemente las situaciones en las cuales la normación resulta incompleta o inexistente.

Para que tenga cabida la analogía, tanto lógica, como jurídicamente, la semejanza entre los dos casos, el normado y el que se somete a resolución, debe ser relevante, o sea, presentar una cualidad común a ambos que constituya razón suficiente para atribuirle esa consecuencia, a la que se llama *ratio legis*⁹⁴.

La letra del artículo 2° del Código Civil y Comercial al tratar la interpretación⁹⁵, refiere a las “leyes análogas”, de manera similar a como lo hacía el Código de Vélez en su artículo 16.

Si se admite la plenitud hermética del orden jurídico, la analogía supone un medio de autointegración que permite llenar las lagunas o casos administrativos no previstos⁹⁶, es decir, carentes de regulación especialmente aplicable al supuesto concreto.

La propia naturaleza del Derecho Administrativo torna frecuente que se presenten estas lagunas por lo que la jurisprudencia ha hecho uso del remedio de la analogía también con asiduidad, a partir del referido caso “*Ganadera Los Lagos*”, en materia de obligaciones, incluso en lo atinente a la extinción de las mismas; en la construcción de la figura del contrato administrativo; al trazar los lineamientos de la teoría de la responsabilidad del Estado; etc.

La analogía, entonces, no debe confundirse con la aplicación subsidiaria de normas comunes para regir conductas de Derecho Público, en ausencia de leyes administrativas que, es precisamente, la posibilidad que veda la LRE.

⁹⁴Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, p. 247. Este autor, luego de recordar el aforismo romano que consagra la analogía: “*ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*”, señala que también la aplicación analógica puede abarcar ya no una norma individual, sino la de un bloque de determinadas materias a otras no reguladas y que denomina como analogía *iuris*.

⁹⁵ “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”

⁹⁶Ampliar en LINARES, Juan F., ob. cit., p. 53 y ss.

En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de lo establecido en el 3° párrafo del artículo 1° de la LRE y en el artículo 1764 del Código Civil y Comercial, es posible recurrir, por medio de la interpretación analógica, a las soluciones previstas en el Código Civil. Ello teniendo en cuenta que la LRE contiene solo una serie de lineamientos y aspectos genéricos en torno a la responsabilidad estatal⁹⁷.

A mayor abundamiento debe recordarse el Mensaje de elevación del proyecto de la LRE del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso en el cual se expuso: *“La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos, 190: 142, 310: 1578 y 321: 174, entre otros)”*.

En consecuencia, la situación provocada por la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, contemplado en el artículo 955 del Código Civil y Comercial que resulta analógicamente aplicable a las contrataciones administrativas.

5. UN SUPUESTO ESPECIAL: LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (P.P.P.)

La obtención de los recursos necesarios para financiar la ejecución de las prestaciones a su cargo constituye una obligación esencial de los contratistas bajo el régimen de Participación Público Privada (conforme artículo 1° y concordantes de la Ley N° 27.328 y artículos 1°, 9°, apartado 9, y concordantes de la Reglamentación aprobada por el Decreto N° 118/17).

En tal sentido, la doctrina referida al citado régimen legal y reglamentario ha señalado que *“sin financiación privada no hay PPP ... Si la financiación del objeto del*

⁹⁷En sentido análogo: PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 54.

*contrato surge directamente del Estado, que la entrega durante la ejecución del proyecto, el contrato será de obras públicas o de servicios públicos o de suministro, tipologías en las que puede alojarse cualquier objeto contractual incluido en el art. 1° que un privado rinda al Estado, con financiación pública, pero no será un contrato de PPP*⁹⁸.

Se trata de un álea asumida por el contratista, quien afronta el riesgo de obtención de los fondos necesarios para la ejecución de las obras, incluido el resultante de cambios en la situación de los mercados financieros que dificulten la obtención del financiamiento necesario.

Ya antes de desatarse la emergencia sanitaria producto de la pandemia, la doctrina había observado las dificultades que se presentaban para obtener el financiamiento privado necesario para encarar estos proyectos en nuestro país⁹⁹.

En el escenario de crisis que atravesamos, consideramos que estos contratos deberían, particularmente, ser extinguidos por fuerza mayor, ante la imposibilidad de los contratistas de conseguir el financiamiento necesario para la ejecución de las obras, en virtud de la retracción de las variables económicas, ajena, imprevisible e irresistible, es decir, no jurídicamente imputable para ninguna de las partes.

6. CONCLUSIÓN.

Estimamos, siguiendo a la doctrina de nuestra Corte Suprema¹⁰⁰, que nos encontramos ante una doble emergencia: económica y sanitaria que da lugar a un estado de necesidad que obliga a nuestro Estado a acudir a remedios extraordinarios para preservar la existencia misma de la de la sociedad y/o su propia conservación institucional.

⁹⁸CRIVELLI, Julio César, *Inversión Privada en el Sector Público*, Editorial Astrea-Ediciones RAP, Buenos Aires, 1° edición, p. 151.

⁹⁹ Ver: CASSAGNE, Ezequiel, "Un nuevo marco jurídico para el desarrollo de las asociaciones público-privadas en la Argentina" en REGAZZONI, Carlos J. (Director), *Contratos de Participación Público-Privada*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 1° edición, 2017, p. 134

¹⁰⁰CSJN, "Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional-Ministerio de Economía-BCRA) s/amparo, Fallos, 313: 1513 (1990); "Videla Cuello, Marcelo, sucesión de c/La Rioja, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos, 313: 1638 (1990). .

Instituciones que resultan razonables y adecuadas en tiempos de normalidad institucional, se tornan absolutamente inservibles en situaciones como la que estamos atravesando a raíz de la pandemia desatada por el nuevo coronavirus COVID-19, y que configura un “caso fortuito universal”, inédito hasta entonces.

Si bien el concepto de interés público es una noción, de contornos proteicos, no lo es menos que ella conecta directamente con la justificación teleológica del concepto de Estado y, a lo largo de la historia constitucional de nuestra Nación, ha sido tributario del mandato constitucional de promover el bienestar general y la prosperidad del país y de las provincias. Y ello marca a las claras la necesidad de proteger, a través de las medidas de emergencia, ese bienestar general o prosperidad que, conforman, a nuestro entender, aquello que suele definirse como “procura existencial”¹⁰¹ y que, estimamos, no es otra cosa que la vigencia, respeto y realización de los Derechos Humanos de jerarquía y prevalencia *fija* como lo son la vida y la salud de los habitantes de nuestro país.

Desde esa premisa y adoptando decisiones marcadas por la emergencia, pero en modo algunos apartadas de la juridicidad, sostenemos que la Administración se encuentra facultada para rescindir, sin responsabilidad, aquellas contrataciones que no resulten prioritarias en el marco de la presente emergencia económica y sanitaria.

La pandemia ha originado, como es público y notorio, una crisis económico - financiera de magnitud inédita desde la denominada “Gran Depresión”, producida en el año 1929. En efecto: se ha producido un desplome de las economías, incluso las de países con más altos niveles de desarrollo, lo que ha dado lugar a una pronunciada merma del intercambio comercial; un marcado deterioro de los precios de las materias primas -claramente ejemplificado por la baja del precio internacional de productos primarios, como el petróleo-; la interrupción de cadenas de producción, suministro y pagos a nivel global y la virtual parálisis de actividades tales como los servicios

¹⁰¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 26, remitiéndose a FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1969, traduit de l'allemand par Michel Fromont, p. 538, quien, al igual que otros autores alemanes, bajo el término *deseinvorsorge*, refiere a la responsabilidad que tiene el Estado de llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre sus posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como las de la política social *stricto sensu*.

vinculados al transporte y el turismo.

La pandemia ha generado un escenario de recesión a nivel mundial, que en países de Latinoamérica se refleja en la devaluación de las monedas con su consiguiente impacto en el nivel de endeudamiento, e incluso en una aceleración de los procesos de fuga de capitales que buscan refugios menos riesgosos; en este contexto, la Organización de las Naciones Unidas ha estimado que la región sufrirá una contracción económica no inferior al 5,5% durante el año en curso. En ese contexto recesivo se ha producido un colapso global de los mercados de valores a partir de febrero de 2020, con fuertes caídas reflejadas en los distintos indicadores, con reducción de la liquidez y un aumento significativo de la volatilidad de los mercados financieros como resultado de la incertidumbre respecto de la intensidad y la duración de la pandemia y de la paralización económica que ella produce¹⁰².

Consideramos que el instituto de la “fuerza mayor”, que opera de modo similar que en los contratos regidos exclusivamente por el Código Civil y Comercial, es el adecuado para dar tratamiento a las contrataciones públicas, siendo las pestes y epidemias casos típicos de orden natural que la configuran. Ello aun cuando adquiera características propias que permitan afirmar su existencia incluso cuando el suceso disruptivo no genera un impedimento absoluto para el cumplimiento del contrato, siempre que produzca una alteración significativa y de carácter definitivo sobre la ecuación económico–financiera del contrato.

La extinción de los contratos bajo la causal de fuerza mayor, permitirá, asimismo, hacer frente a la difícil situación macroeconómica; equilibrar la balanza de pagos y priorizar el uso de recursos escasos para llevar a cabo erogaciones acuciantes como la adquisición de insumos médicos para afrontar la pandemia, las importaciones esenciales para la industria, las obras esenciales tales como el agua corriente y redes cloacales, etc.

Queremos cerrar estas breves líneas compartiendo las reflexiones de RAWLS:

¹⁰² Ver: “América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19. Efectos económicos y sociales. Informe Especial–COVID 19”, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE-CEPAL, <https://www.cepal.org/es/comunicados/pandemia-covid-19-llevara-la-mayor-contraccion-la-actividad-economica-la-historia-la>).

Los bienes públicos se componen, en buena medida, de los elementos y de las condiciones que el Estado mantiene para que cada uno los utilice atendiendo a sus propios fines, como sus medios le permitan, de igual modo que cada uno tiene su destino propio en los viajes por carretera. La teoría de los mercados competitivos es una descripción modelo de este tipo de sociedad. Como los miembros de esta sociedad no se sienten impulsados por el deseo de actuar justamente, la estabilidad de los ordenamientos justos y eficaces, cuando existen, requiere, normalmente, del uso de sanciones. Por tanto, la coincidencia de los intereses privados y de los colectivos es el resultado de estabilizar los recursos institucionales aplicados a personas que se oponen como poderes indiferentes, cuando no hostiles”¹⁰³.

Publicado en “Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”, Thomson Reuters, Buenos Aires, N° 130, Julio-Agosto de 2020, Tema Seleccionado: Impacto del COVID-19 en el Derecho Administrativo, págs.263-280.

¹⁰³RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2da. edición, 1995, traducción de María Dolores González, ps. 471-472.

