

Preservar la ejecución de los contratos del Estado en tiempos de COVID-19 *

Ezequiel Cassagne **

Argentina, mayo del 2020

Argentina, como la gran mayoría de los países del mundo, vive en estos tiempos un estado de emergencia ocasionado por la pandemia del virus COVID-19 - declarada por la Organización Mundial de la Salud-. Esta emergencia ha sido declarada por el término de un año, en el primero de los decretos de necesidad y urgencia que el Gobierno se vio obligado a dictar (Decreto 260/2020). En rigor, lo que hizo el Poder Ejecutivo fue ampliar la emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por el Congreso Nacional en diciembre del año pasado (ley 27.541, sancionada en tiempos previos al COVID), prorrogando su plazo y fundando esta ampliación en el estado de necesidad provocado por el rribo del virus a nuestro territorio, y la eventual circulación que luego aconteció. A partir de allí se emitieron varios decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se adoptaron distintas medidas tendientes a proteger la vida, como la famosa cuarentena (que hoy sigue vigente en varias partes del país), y se regularon muchas actividades.

Ciertamenta, **estamos muy lejos de haber ganado la guerra al virus o siquiera tener la situación controlada**. En este escenario, muchas de las medidas sanitarias que restringen derechos de los ciudadanos habrán de mantenerse, algunas se modificarán o eliminarán, y muchas nuevas medidas deberán adoptarse conforme vaya evolucionando la circulación del COVID y también teniendo en cuenta el comportamiento social frente a las reglas impuestas. **Todas las medidas de emergencia deben ser por esencia transitorias**, no deben desnaturalizar los derechos, y deben ser proporcionales a los fines que persiguen. Por ejemplo, si hay dos alternativas igualmente válidas, debe optarse por la alternativa que afecte en menor grado los derechos y garantías de los ciudadanos.

*Artículo publicado en el periódico argentino *Infobae* el 04 de mayo del 2020. Disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/05/04/preservar-la-ejecucion-de-los-contratos-del-estado-en-tiempos-de-covid-19/>

** Abogado, especialista en Derecho Administrativo. Socio de Cassagne Abogados y Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).

En nuestro Estado de Derecho está terminantemente prohibida la arbitrariedad, aún en el marco de un Estado de Necesidad como el que estamos viviendo. De hecho, los Estados de Necesidad son instrumentos de defensa de los derechos constitucionales, pues si no se permiten ciertas restricciones de nuestros derechos cuando una situación de emergencia lo exige, el sistema colapsa por completo. Cualquier desviación de los principios señalados puede ser revisada por la justicia y ser declarada inconstitucional.

Sin desmerecer en modo alguno la importancia de las medidas que tienden a proteger la salud y la vida de las personas, y que buscan impedir la aceleración de los contagios de esta enfermedad a la par de lograr el tiempo suficiente para equipar el sistema sanitario, **se impone ahora que pasemos a una segunda fase de donde, además de dichas medidas, se concreten políticas públicas de emergencia orientadas a impedir que nuestra economía se vea profundamente dañada a raíz de la paralización de muchos sectores productivos y de consumo.**

Hay numerosas medidas que nuestro sistema productivo, económico y financiero requiere de inmediato, y son las que **deben orientarse a partir de ahora a subsidiar a los individuos y las actividades que lo necesiten, a ordenar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos que se ven impactadas por esta situación, a evitar el quiebre o cierre de empresas, industrias y comercios, y a reactivar el aparato productivo y de servicios, o al menos amortiguar el impacto económico, productivo, y financiero negativo de la crisis sanitaria.**

Para ello **es necesario que el Congreso retome su actividad** -cuestión que por fin parece que sucederá-, y se avoque a **sancionar en forma urgente un paquete de leyes de emergencia dirigidas a paliar la crisis.** El Poder Ejecutivo, la ADIP y el Banco Central no tienen las suficientes facultades constitucionales para dictar todas las medidas necesarias en este escenario. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo ni aun mediante decretos de necesidad y urgencia puede tratar temas fiscales. La Administración Pública solo está facultada a conceder planes de pago, pero en modo alguno podría crear, eliminar, aumentar o reducir tributos. Por su parte, muchas otras medidas como incentivos fiscales, subsidios, promociones industriales o no industriales también requieren ley.

En Argentina se necesitan crear nuevas reglas de juego para salir de esta crisis, y ello sólo puede hacerse desde el Estado. Se trata de un importante rol del Estado que la ciudadanía sola no puede afrontar. A su vez, **el Estado debe hacer todos los esfuerzos posibles en el plano económico para mantener el empleo, y fomentar asimismo su constante creación.** El principio de subsidiariedad es uno de los principios rectores que justifican la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad, y estipula que el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar la actividad necesaria para el bien común, en este caso, para vivir dignamente, trabajar o producir.

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

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

La normativa vigente exige de responsabilidad al contratista que por causas de fuerza mayor no pueda cumplir su obligación contractual. Estas causas deben ser ajenas, inevitables e imprevisibles. Es una situación que puede darse en algunos contratos y en otros no. Y es algo que puede ser definitivo o transitorio. Ciertamente no procede la invocación abstracta sino que deberá demostrarse que no se pudo cumplir determinada obligación y la causa de ello. Y mientras dura esa causal, quedan suspendidos los plazos de cumplimiento y no se aplican multas ni sanciones. En muchos casos la fuerza mayor da derecho al contratista a rescindir el contrato sin culpa suya.

Pero lo que en general sucede a raíz de las situaciones de emergencia como la actual en **los contratos públicos en ejecución, es que estos se tornan excesivamente onerosos,** como consecuencia de varios factores, provenientes de la propia situación de crisis que genera el COVID-19 o de las medidas dictadas por el Gobierno para contenerlo que inciden en el quiebre de la ecuación económica y financiera de los contratos, tornándose muy gravosa su prestación. **Ello pone en riesgo el cumplimiento de los contratos -y por ende, su finalidad-, la situación patrimonial de las empresas y las fuentes de trabajo que genera.**

Y aquí es donde **el Estado tiene un rol determinante, debiendo tomar decisiones que eviten un daño mayor y preserven los contratos públicos.** Entre las soluciones previstas por la normativa hay diferentes modos de rescisión de los contratos, desde mutuo acuerdo, o por causales de fuerza mayor, o por decisión de la propia Administración motivada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso deberá indicarse su fundamento en forma expresa. Pero todas estas alternativas importan la terminación de los contratos, y sus consecuencias pueden resultar altamente perjudiciales para las empresas y los trabajadores, y también para la sociedad, pues si la finalidad por la que se celebró tal contrato se mantiene deberá convocarse a una nueva licitación, con los costos y la prolongación en el tiempo que ello conlleva.

En cambio, **el Estado debiera orientar sus esfuerzos por tratar de recomponer los contratos afectados.** Es más, es un deber del Estado hacer, siempre que el contratista lo acepte o lo solicite. Esta alternativa se funda en el principio del mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos públicos, propio del Derecho Administrativo, que ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema de la Nación en varias oportunidades. **A través de renegociaciones contractuales se acuerdan modificaciones de ciertas obligaciones para restablecer el equilibrio inicial de cada contrato. De esta forma se mantiene el empleo y la actividad que la ejecución de estos contratos genera, y hace posible el cumplimiento de fin de interés público de cada uno de los contratos estatales.** Es importante destacar que el derecho de mantener la ecuación de los contratos también puede ser invocado a favor de la Administración Pública.

Para llevar adelante un proceso de renegociación de los contratos públicos, sería aconsejable crear órganos ad-hoc en cada Ministerio, con funcionarios actuales, que se dediquen de manera exclusiva a la revisión de los contratos públicos, a los fines de proponer su readecuación si fuere posible. Esta función **tendrá que ser absolutamente transparente** -mediante la publicación de todos los avances del trámite de renegociación, el acceso irrestricto del expediente y la posibilidad concreta de participación de terceros interesados-, **debiendo respetarse las garantías de igualdad y razonabilidad. Será necesario extremar las medidas de control público,** tanto interno como externo, siendo importante la intervención directa de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, y otorgándole un rol activo a la Auditoría General de la Nación. Ya lo dijo William George Ward en su época, el pesimista se queja del viento, el optimista espera que cambie y el realista ajusta las velas. **Confiamos en que quienes conducen los destinos de nuestro país sean realistas y comiencen cuanto antes un proceso de ajuste de los contratos públicos, pues no hacerlo nos adentraría en la tormenta.**