



COLUMNA DE OPINIÓN

La batalla por la medida cautelar innovativa II

Jorge W. Peyrano (*)

Nos ha parecido adecuado echar mano a tan llamativo epígrafe —inspirado en una obra de García de Enterría (1)— porque en lo íntimo hemos experimentado la sensación de haber librado una verdadera batalla para hacer prevalecer en nuestro medio el ideario de la medida cautelar innovativa (2), contienda iniciada hace ya bastantes años (3). Durante su devenir, sumamos aliados y adherentes (el sector de la doctrina que nos acompañó), triunfamos en algunos combates (v.gr., la medida cautelar innovativa fue aceptada por la comunidad científica en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Salta en 1979 y, de modo más terminante, en el seno del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal acaecido en Santa Fe en 1995), y también hemos asimilado la permanente derrota (si es que se la puede llamar así) que significa que solo recientemente algún código procesal civil argentino ha tenido la valentía de llamar las cosas por sus nombres y, así, regular expresamente la medida innovativa, *nomen iuris incluido* (4).

Ayer bregábamos por la aceptabilidad de la cautelar innovativa; hoy, en cambio, la lucha se centra en la recepción (o no) de la equiparación total entre medida innovativa y tutela anticipada urgente. Dicha equiparación es rechazada, terminantemente, por doctrina autoral reconocida (5). La opinión vertida por Luiz Marioni es ilustrativa sobre el particular en cuanto señala que “La tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material. Por esta razón, se caracteriza por la instrumentalidad y por la referibilidad. La tutela cautelar es un instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida en que busca garantizar su fructuosidad. Además, la tutela cautelar siempre se refiere a una tutela

CONTINÚA EN PÁGINA 9

El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19

Ezequiel Cassagne (*)

SUMARIO: I. El rol constitucional del Estado en la emergencia.— II. La exigencia de legitimidad (legalidad y razonabilidad) de los actos estatales de emergencia.— III. La intervención del Estado en la economía en épocas de emergencia.— IV. La recomposición de los contratos públicos.

➔ 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 o ideológicas, ni oportunismos.

I. El rol constitucional del Estado en la emergencia (**)

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

Nuestra Constitución Nacional adopta este modelo de Estado, a la par que estatuye la forma republicana y representativa de gobierno (1). El reconocimiento de la república hace al Estado de Derecho, pero no se agota ahí mismo. El Estado de Derecho se construye cada día, y se va fortaleciendo de precedentes y de hitos que pueden ir cambiando de acuerdo con distintas épocas. El derecho fluye, no es inmóvil.

El ordenamiento jurídico que el Estado debe respetar y hacer cumplir viene dado por la Constitución Nacional, los tratados in-

ternacionales, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los precedentes, y los principios generales del derecho.

Es en la Constitución Nacional donde se reconocen los derechos y garantías de los ciudadanos, entre los que encontramos el derecho a la vida, la libertad de expresión, la propiedad, la igualdad, el derecho a trabajar, a reunirse, la libre circulación, el derecho de defensa, y muchos otros más (2). También en nuestra Carta Magna se definen las competencias de los tres poderes públicos que conforman el Estado: El Poder Ejecutivo (3), el Poder Legislativo (4) y el Poder Judicial (5). La reforma del año 1994 incorporó nuevos derechos y garantías acordes con nuestro tiempo, como los derechos de los usuarios y consumidores o el derecho a un ambiente sano, entre otros (6).

En nuestro sistema la dignidad de la persona es la fuente central de todos los principios y derechos (7). Se trata de un sistema constitucional sancionado en el año 1853, que hoy sigue plenamente vigente. Todos los derechos y garantías allí establecidos no pueden ser alterados por las leyes que las reglamentan (8). Ciertamente no se trata de derechos absolutos, dado que deben armonizarse entre sí y deben también armonizarse entre los derechos de todos los ciudadanos (9).

El rol del Estado está muy bien definido en nuestra Constitución. El Estado es el garante de nuestros derechos y garantías, y debe promover el bienestar nacional y la prosperidad del país (10). Si uno lee el preámbulo, allí mismo los constituyentes se preocuparon en resaltar que entre los fines del Estado se encuentran afianzar la justicia, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad. Y fueron estos mismos constituyentes de 1853 quienes también contemplaron la posibilidad de declarar, en casos de conmoción interior que pusiera en peligro la vida en sociedad, en estado de sitio la provin-

cia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales (11).

Argentina es un país que vive en estado de emergencia desde hace ya varias décadas. Los argentinos nos hemos ido acostumbrando a convivir en situaciones de emergencia en las cuales muchos de nuestros derechos constitucionales se ven restringidos, a veces indefinidamente, a pesar de que la emergencia solo le permite al Estado, como lo ha dicho la Corte Suprema en más de una oportunidad, limitar derechos de manera transitoria, precisamente mientras dure ese estado de necesidad originado por la situación de emergencia, y siempre que no se desnaturalicen (12). Pero en la Argentina la excepción ha ido convirtiéndose poco a poco en la regla y lo anormal se ha convertido en normal.

La emergencia está reconocida en la propia Constitución Nacional, y aparece tanto cuando se regulan los decretos delegados, como cuando se regulan los decretos de necesidad y urgencia (13). Ambas facultades legales se hallan fundadas en el estado de necesidad. El art. 76 de la CN le permite al Congreso Nacional dictar leyes de emergencia por las cuales se deleguen facultades legislativas al Poder Ejecutivo a los fines de dictar decretos con rango de ley para atender esas situaciones de emergencia. Por su parte, el art. 99, inc. 3º, de la Carta Magna reconoce facultades al Poder Ejecutivo en casos de necesidad y urgencia para dictar decretos con rango de ley, algunos de los cuales pueden estar fundados en una situación de emergencia que habilite la suspensión transitoria de derechos constitucionales. Es dable aclarar que la necesidad y urgencia no siempre es emergencia; y a su vez la emergencia no siempre implica urgencia. De hecho, el presupuesto habilitante para los decretos de necesidad y urgencia

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

La batalla por la medida cautelar innovativa II

Jorge W. Peyrano 1

DOCTRINA

El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19

Ezequiel Cassagne 1

NOTA A FALLO

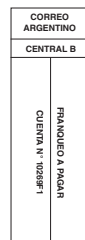
Hacia una nueva mirada sobre el error en las contrataciones electrónicas

Gonzalo Casanova Ferro 10

JURISPRUDENCIA

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. Tarifa errónea. Conocimiento por parte del consumidor. Políticas comerciales para captar clientes. Error de hecho. Efectos de la publicidad. Solicitud de la nulidad del contrato. Resolución injustificada del contrato. Daño moral. Procedencia. Daño punitivo. Rechazo (CNCom.)..... 9

ESTAFA. Sentencia arbitraria. Decisión que absuelve al imputado. Requisitos del tipo penal. Elemento no requerido por la ley, doctrina o jurisprudencia. Negligencia de la víctima. Disidencia. *Certiorari* negativo (CS) 11



El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19

● VIENE DE TAPA

es que existan circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes. Pueden ser circunstancias de emergencia o no. Pero si se configura una situación de emergencia que requiere de respuestas urgentes de naturaleza legislativa, los decretos de necesidad y urgencia son una opción válida constitucional, como veremos ha sido el caso de los decretos de necesidad y urgencia dictados a raíz del COVID-19, que tienen como fundamento esa emergencia.

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

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

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

(**) “El pesimista se queja del viento, el optimista espera que cambie y el realista ajusta las velas” (William George WARD).

(1) Art. 1º de la CN.

(2) Ver arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 32, entre otros; y especialmente el art. 75, inc. 22, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y les reconoce jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a varios tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen el derecho a la vida, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Proto-

En rigor, la emergencia no habilita a frustrar o aniquilar derechos, sino a suspender su goce de manera transitoria. Por tal motivo, son válidas las medidas que restrinjan temporariamente durante un plazo breve y razonable los derechos —como el de propiedad, por ejemplo—, sin que se lesione o menoscabe su sustancia (16).

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

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

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

en contraposición a la ética de máxima que todo lo permite en *pos* de la emergencia (18). A su vez, la posibilidad de suspender el goce de ciertos derechos no debe confundirse con la suspensión de las garantías constitucionales. La Corte Suprema se ha encargado de aclarar en varios precedentes que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (19).

En este punto es importante aclarar que la situación de emergencia generada por el coronavirus no habilita bajo ningún motivo, en nuestra opinión, a la declaración del estado de sitio. El fundamento de nuestra posición radica en que el Estado de sitio constituye una respuesta institucional ante una emergencia de carácter político generada por una conmoción interior o por un ataque exterior, en donde exista la perturbación del orden, supuestos que no se dan en este caso (20). En tal entendimiento, sería inconstitucional y muy peligrosa una declaración de estado de sitio que faculte al Estado a arrestar personas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación fundada en el estado actual de necesidad sanitario creado por esta pandemia. No solo no sería proporcional, sino que no se presentan los supuestos de hecho previstos por la propia norma constitucional, al menos en la situación actual en la Argentina. Distinto sería el caso si como consecuencia de la pandemia se genera un estado de conmoción interior de tal gravedad que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, que torne necesario declarar un estado de sitio.

Ello en modo alguno importa desconocer que esta emergencia es un desafío completamente distinto a las emergencias anteriores que ha sufrido nuestro país. A pesar de ser Argentina un país habituado a vivir en situaciones de emergencia, el escenario provocado por la pandemia del COVID-19 —declarada por la Organización Mundial de la Salud (21)— es bastante más grave, requiriéndose un imperioso fortalecimiento del rol del Estado y la consecuente protección de las garantías de los individuos.

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

El Congreso nacional ha dictado en innumerables ocasiones la emergencia del país, justificando el uso de remedios excepcionales y extraordinarios (22), pero en esta oportunidad nos enfrentamos a una emergencia global, producida por factores exógenos al Estado. Podríamos decir que en Argentina es la primera emergencia no autoinfligida.

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

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

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

En este orden de ideas, el *principio de subsidiariedad* es uno de los principios rectores que justifican la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado —justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación— y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada —educación, salud, servicios públicos—. Este principio tiene una manda negativa por medio de cual el Estado debe abstenerse de intervenir en las actividades que los individuos pueden realizar por sí mismos sin inconvenientes y en un marco de igualdad, pero al propio tiempo contiene una

colo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

(3) Art. 99 de la CN.

(4) Véase art. 75 de la CN.

(5) Cfr. arts. 116 y ss.

(6) Ver arts. 41 y 42 de la CN.

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

(8) Art. 28 de la CN.

(9) Cfr. CS, *in re* “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta” de fecha 28/04/1922, Fallos: 136:170; *in re* “Avico, Oscar A. c. de la Pesa, Saúl G.”, de fecha 07/12/1934, Fallos: 172:21.

(10) Ver arts. 6º, y 75, incs. 12, 18, 19, 23 y 32 de la CN.

(11) Art. 23 de la CN.

(12) Cfr. CS, *in re* “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, de fe-

cha 27/12/1990, LA LEY, 1991-C, 158; *in re* “Videla Cuello, Marcelo sucesión de c. La Rioja, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos 313:1638 (1990).

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

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

(15) CS, *in re* “Vicente Martini e Hijos SRL infracción ley 12.591”, de fecha 27/12/1944, Fallos: 200:250.

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

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

(18) CS, *in re* “SAGÜÉS, Néstor P.”, “Derecho Constitucional y derecho de emergencia”, *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales XXXV*, Buenos Aires, 1990, p. 11.

(19) Cfr. CS, *in re* “Cassin, Jorge H. y otros c. Provincia de Santa Cruz”, de fecha 31/10/1994, Fallos: 317:1462 y “Guida, Lilianna c. Poder Ejecutivo Nacional”, de fecha 02/06/2000, Fallos: 323:1566. Véase al respecto VERGARA, Esteban (n.), “Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19”, en ED 11/05/2020, donde el autor repasa la inveterada doctri-

na sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de aquellas garantías judiciales que, aun en estados de emergencia, resultan indispensables conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(20) Cfr. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., p. 519.

(21) Evaluación efectuada por la Organización Mundial de la Salud en fecha 11/03/2020; *in re* “Nordensthol, Gustavo J. c. Subterráneos de Buenos Aires”, de fecha 02/04/1985, Fallos: 307:326. Véase <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline-covid-19>.

(22) Entre las tantas declaraciones de emergencia de Argentina dictadas por el Congreso Nacional, recuérdese la configuración del estado de emergencia en el año 2002, por medio de la ley 25.561, a raíz de la profunda crisis del año 2001. Esta emergencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2019, por las siguientes leyes: 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896, 27.200 y 27.345. Al principio la emergencia fue prorrogándose por término de un año, pero a partir de la ley 26.729 el Congreso comenzó a prorrogarla por dos años en cada ocasión. Otras normas de emergencia han sido las leyes 23.696 y 23.697, durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, y la ley 24.344 durante la presidencia de Fernando de la Rúa.

(23) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Admi-

manda positiva, que en tiempo de COVID-19 resulta importante, que estipula que el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar la actividad necesaria para el bien común; en este caso, para vivir dignamente, trabajar o producir (23).

Tras las demoras iniciales, el Congreso Nacional, con el objetivo de sancionar las leyes necesarias que regulen esta emergencia (24), ha comenzado su tratamiento en sesiones remotas, sobre todo en lo concerniente a las restricciones de las libertades constitucionales, y a varias ayudas públicas que requiere la ciudadanía, muchas de cuales por tratarse de materia tributaria no pueden otorgarse por decretos de necesidad y urgencia. Esta situación comenzó a cambiar, luego del fallo de la Corte Suprema en la causa “Fernández de Kirchner”, por medio del cual el Alto Tribunal ha ratificado que el Senado de la Nación tiene facultades suficientes para decidir sesionar en forma virtual (25).

Resulta que, si bien al principio de la pandemia el riesgo a contagio ha sido una justificación suficiente para evitar las reuniones en los recintos, hoy en día se ha probado que los medios electrónicos disponibles permiten el ejercicio de la actividad legislativa sin mayores inconvenientes y con las garantías del caso, como sucede en varios países desde hace meses, e incluso en algunas provincias de nuestro país. Por ello ha sido muy importante que la Cámara de Diputados haya aprobado su funcionamiento remoto el día 29 de abril, y lo propio ha hecho la Cámara de Senadores el 4 de mayo (26).

Igual razonamiento cabe aplicar al funcionamiento de otro poder del Estado, el Poder Judicial. Hasta ahora, a nivel nacional y federal, el Poder judicial, a través de la Corte Suprema de la Nación, ha decidido dictar una feria judicial, que viene prorrogando por todo el tiempo en el que Poder Ejecutivo ha mantenido el aislamiento obligatorio (27). Es evidente que existe cierta sintonía entre ambos poderes respecto de la situación de parálisis de la actividad jurisdiccional del Estado, dado que el Poder Ejecutivo no la ha excepcionado del aislamiento obligatorio, como sí lo ha hecho con diversas actividades que ha considerado esenciales. En nuestra opinión, la actividad judicial no solo debe ser considerada una actividad esencial, sino que el funcionamiento de la justicia importa una garantía constitucional de todos los ciudadanos que no puede ni debe ser suspendida por razones de emergencia, dado que, además, de impartir justicia entre las personas —que deber ser efectiva (28)—, la actividad jurisdiccional del Poder Judicial importa el ejercicio de la competencia constitucional de uno de los poderes del Estado, siendo un

factor importante de contralor de la actividad legislativa y administrativa. Su restricción o autolimitación atenta contra la misma idea de República, y altera el equilibrio de poderes propio de su principio de separación, consagrado en nuestra Constitución Nacional.

II. La exigencia de legitimidad (legalidad y razonabilidad) de los actos estatales de emergencia

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

En rigor, por medio del primero de los decretos de necesidad y urgencia, el dec. 260/2020 de fecha 12/03/2020, el Poder Ejecutivo amplió la emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por el Congreso nacional en ley 27.541, prorrogando su plazo (por un año desde la sanción del decreto) y fundando esta ampliación en el estado de necesidad provocado por el arribo del virus a nuestro territorio, y la eventual circulación que podía ocurrir —y que luego aconteció—. A partir de allí se emitieron varios decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se adoptaron distintas medidas tendientes a proteger la vida, como la por todos conocida *cuarentena* —y sus prórrogas—; y se regularon muchas actividades.

En efecto, pocos días después, el 16 de marzo de 2020 fue dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2020, por el cual se dispuso la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país; prohibición que luego fue ampliada a ciudadanos argentinos que se encontraran en el exterior. Este decreto fue luego prorrogado por los Decs. de Necesidad y Urgencia 313/2020, 331/2020, 365/2020, 409/2020, 459/2020 y 493/2020, manteniéndose vigente la prohibición de ingreso al territorio nacional hasta el 7 de junio de 2020 inclusive, según la norma mencionada en último término.

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

El 20 de marzo de 2020 se publicó el DNU 297/2020, que estableció, en todo el territorio nacional, el denominado *Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio*, hasta el día 31 de marzo inclusive, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. En esa misma norma se indicaron en forma taxativa los servicios y actividades exceptuados de cumplir con el aislamiento ordenado. Esta medida de aislamiento fue sucesivamente prorrogada por los Decretos de Necesidad y Urgencia 325/2020 (29), 355/2020 (30), 408/2020 (31), 459/2020 y 493/2020 (32).

Fue en este último decreto donde se dispuso que los gobernadores de las provincias puedan dar excepciones a los departamentos o partidos de hasta 500.000 habitantes, con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales (33), y en el caso de que estos excedan esa cantidad de habitantes, y no integren el Área metropolitana de Buenos Aires (AMBA), también podrán darse excepciones siempre y cuando el protocolo para el funcionamiento de esos departamentos o partidos se encuentre incluido en el “Anexo de Protocolos autorizados por la autoridad sanitaria nacional” (34).

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

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

A su vez, entre otras medidas importantes el Poder Ejecutivo dispuso la suspensión de términos en los procedimientos administrativos reglados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus normas reglamentarias y complementarias, mediante los decs. 298/2020 (de fecha 19/03/2020), 327/2020 (de fecha 31/03/2020), 372/2020

(de fecha 14/04/2020), 410/2020 (de fecha 26/04/2020), 458/2020 (de fecha 11/05/2020) y 494/2020 (de fecha 24/05/2020), encontrándose vigente dicha suspensión hasta el 7 de junio de 2020 según el último decreto mencionado. Estos decretos no han sido de necesidad y urgencia, pues tratándose de la suspensión de los procedimientos de la propia Administración Pública, no es competencia exclusiva del Poder Legislativo, razón por la cual bastaba que fueran utilizadas las facultades autónomas y reglamentarias que posee el Poder Ejecutivo (35).

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

Una de las cuestiones que ha generado mucha crítica ha sido el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 457/2020, en virtud del cual se modificó el Presupuesto General de la Administración Pública para el ejercicio 2020 y se suspendió, durante el ejercicio 2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones de la emergencia ocasionada por el COVID-19 (36). Esa norma también facultó al jefe de gabinete a realizar las reasignaciones presupuestarias que impliquen una reducción de los gastos reservados y de inteligencia, pero esta facultad no ha sido cuestionada.

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

Hay que comprender que esta herramienta es constitucional, pero en modo alguno es ilimitada (37). Hay exigencias formales, materias vedadas —como la impositiva o penal— y toda medida que se tome debe ser le-

{ NOTAS }

nistrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª ed., t. I, ps. 61-63, con citas de los Dres. Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Massini, y Sagüés; Cfr. MESSNER, Johannes (1967), “Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural” (Ed. Rialp, Madrid), ps. 949 y ss. Véase también ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004), “Principios de Derecho Público Económico” (Ed. Comares, Granada, 3ª ed. ampliada), con especial referencia a Pío XI (1931), *Quadragesimo Anno* (Roma), ps. 111-112; y UTZ, Arthur (1961), “Ética social” (trad. de Carlos Latorre MARÍN, Ed. Herder, Barcelona, t. I), ps. 312 y ss.

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

(25) Cfr. CS, *in re* “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de

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

(26) Ver Decreto Presidencial de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación 8/2020, de fecha 04/05/2020, refrendado por Decreto Presidencial de la Cámara de Senadores N° 15/2020, y res. de fecha 29/04/2020 de la Cámara de Diputados que aprueba el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto.

(27) La Corte Suprema de la Nación dispuso, por Acordada 6/2020, la feria extraordinaria —por las ra-

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

(28) El *principio de la tutela judicial efectiva* tiene rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra Carta Magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica. El principio de la tutela efectiva es la contracara del *principio de la inviolabilidad del juicio* —art. 18 de nuestra CN—, y debe aplicarse todo proceso jurisdiccional. Según el art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22

de la CN, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

(29) De fecha 31/03/2020.

(30) De fecha 11/04/2020.

(31) De fecha 26/04/2020.

(32) De fecha 10/05/2020 y 25/5/2020 respectivamente.

(33) Véase art. 3º, dec. 459/2020.

(34) Cfr. art. 4º, dec. 459/2020.

(35) Cfr. art. 99, incs. 1º y 2º, de la CN.

(36) Las limitaciones al jefe de Gabinete para reestructurar partidas se encuentran contempladas en el art. 37 de la Ley 24.156.

(37) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., t. I, ps. 192 y ss.

gítima, es decir, razonable y proporcionada. Ciertamente, de no haberse dado esta urgencia, hubiese sido necesario que el Congreso dictara una ley de emergencia específica y delegara en el Poder Ejecutivo el dictado de los reglamentos de emergencia necesarios para afrontar esta situación, conforme se encuentra previsto en el art. 76 de nuestra CN. Pero ello no ha sucedido, dado el estado de necesidad urgente que exigió una respuesta inmediata.

Al respecto, debemos destacar que ninguna de las medidas adoptadas a través de los decretos de necesidad y urgencia antes mencionados han versado sobre temas vedados por la Constitución Nacional. A su vez, consideramos que están dados los supuestos de urgencia que exige la Constitución Nacional para el dictado de estas decisiones y, como hemos expuesto, también que en el marco de la emergencia actual las medidas adoptadas pueden restringir derechos constitucionales. De hecho, es incuestionable la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos mientras el Congreso, a raíz de la pandemia, no se reunía a legislar. No obstante ello, incluso ante la posibilidad de que el Congreso se encuentre sesionando, también puede convalidarse la utilización de esta herramienta, pero ciertamente de manera aún más restrictiva; y siempre que, a pesar de que el Congreso pueda sancionar leyes, exista una urgencia que justifique su dictado, conforme lo autoriza la Constitución (38).

Por lo expuesto, y por las razones que hemos indicado en el acápite anterior referidas a la ausencia de presupuestos que justifiquen en nuestro caso el estado de sitio, no compartimos la opinión de aquellos autores que sostienen que la prohibición de circulación —o sea, el aislamiento social obligatorio— solo podría dictarse por medio de una ley formal que declare el estado de sitio (39).

Lo dicho hasta aquí en modo alguno desconoce que toda medida de esta naturaleza que restrinja libertades constitucionales —aun en el caso anterior donde el Congreso no se reunía a legislar— debe interpretarse restrictivamente y su control debe ser estricto, ya que la posibilidad que da la Constitución al Poder Ejecutivo de ejercer facultades legislativas se concede con sujeción a las exigencias formales antes referidas y únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad (40).

Además de ello, el Poder Ejecutivo debe necesariamente enviar los decretos de necesidad y urgencia al Congreso para su pos-

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

A raíz de ese mandato constitucional, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.122, que regula el procedimiento de convalidación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. Y en ejercicio de la competencia atribuida por esa ley, la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo se reunió en forma virtual el día 28 de abril de 2020 para tratar los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia, validando los veinte decretos dictados hasta ese momento. Luego, el 18 de mayo, la referida Comisión volvió a reunirse, validando en su dictamen seis decretos posteriores. Ha quedado pendiente su aprobación por el plenario de ambas cámaras, cuestión no menor que no debiera ser demorada bajo ningún concepto, pues si bien los decretos de necesidad y urgencia son válidos mientras no sean rechazados por ambas Cámaras (41), tratándose de graves limitaciones constitucionales es saludable, para nuestra República, que sean ratificados por el Congreso Nacional, sobre todo teniendo en cuenta que ambas cámaras han retomado la actividad parlamentaria, de manera remota y virtual, y han comenzado a tratar en forma diaria proyectos de leyes. Es dable destacar que el Senado ha aprobado varios de estos decretos en su sesión especial del día 13 de mayo de 2020 (42).

Ahora bien, debemos destacar que muchas de las decisiones adoptadas por la Administración Pública constituyen lo que en Derecho denominamos *actividad discrecional administrativa*, que le permite al Poder Ejecutivo elegir entre varias alternativas, todas igualmente válidas. No es infrecuente escuchar preguntas del tipo de: ¿es legal que la cuarentena se extienda hasta fin de junio? ¿resulta legal que por decreto de necesidad y urgencia se extienda hasta junio

cuando en Brasil es mucho más flexible? ¿es legal que no me permitan ir al trabajo, si en países como Suecia o Alemania siguen con la vida normal? La respuesta a este tipo de interrogantes y tantos otros es que sí, es legítimo, en la medida que esos actos sean razonables. Esta es la función que debe ejercer el Poder Ejecutivo en un Estado de Derecho en épocas de excepción y urgencia. Es más, es un rol indelegable del Poder Ejecutivo actuar como lo está haciendo. Y sus decisiones son —dentro de lo razonable— enteramente discrecionales, aunque algunos de sus alcances puedan no gustarnos o consideremos que quizás existen alternativas mejores.

Ello en modo alguno significa que el Gobierno de turno tenga libertad para actuar de manera arbitraria. Sus actos siempre deben ser razonables, transparentes, y deben explicarse sus motivos expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (43). Si la Administración Pública, amparándose en la discrecionalidad y en los poderes de emergencia, dictara actos arbitrarios, será función del Poder Judicial controlarlos y revocarlos si fuere necesario. Los jueces podrían, a petición de los ciudadanos, p. ej., controlar si las medidas dispuestas en los actos dictados son proporcionales a los fines buscados.

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

Juan Francisco Linares ha sostenido, en su célebre estudio sobre la razonabilidad de las leyes, que el *principio de razonabilidad* se funda en el art. 28 de nuestra CN que dice: “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores capítulos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (46). Este precepto resulta extensivo a todos los actos de los distintos poderes públicos (47).

Es así que, desde la óptica del derecho constitucional, Sola señala que “uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben solo emanar de una autoridad políti-

ca elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un Estado Democrático de Derecho, también, además de ser legítimos (...) deben reflejar los valores e intereses de la población” (48). Precisamente la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad como la razonabilidad —o justicia— de los mismos” (49).

En rigor, un adecuado análisis de razonabilidad es la forma de controlar eficazmente las potestades discrecionales de la Administración. Para ello, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado (50). En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (51).

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

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

{ NOTAS }

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

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

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

(41) Cfr. arts. 17 y 24 de la Ley 26.122.

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

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

(44) FERNÁNDEZ, Tomás R., “De la Arbitrariedad de la Administración”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 216.

(45) CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad adminis-

trativa”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 189.

(46) Cfr. LINARES, Juan Francisco, “Razonabilidad de las leyes”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, 2ª ed., p. 165.

(47) CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad...”, ob. cit., ps. 198 y 201.

(48) SOLA, Juan Vicente, “Control Judicial de Constitucionalidad”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 579.

(49) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad...”, ob. cit., p. 119.

(50) Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 8ª ed., t. I, p. 444.

(51) Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., ps. 449 y ss.

(52) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Ed. Thompson - Civitas, Madrid, 2004, 1ª ed., t. I, p. 519. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado, porque este no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso,

casi inexistente”, en BALBÍN, Carlos, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 806.

(53) Al respecto, Schmidt-Assmann sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones —sobre todo cuando se trata de normas de programación final—, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “La teoría general del Derecho administrativo como sistema”, Ed. INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 221.

(54) CS, en “Silva Tamayo, Gustavo E. c. EN - Sindicatura General de la Nación - res. 58/2003 - 459/2003 s/ empleo público”. Sentencia del 27/12/2011. Ver también Fallos: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra CN establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de los que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de nuestra Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos(55). Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Una de las formas de controlar la razonabilidad consiste en verificar si el acto es proporcional, esto es, si hay una proporción entre el fin y el medio elegido(56). Supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables(57).

El jurista español Javier Barnés Vázquez, por su parte, nos explica que el juicio de proporcionalidad debe realizarse mediante tres análisis, el de proporcionalidad en sentido estricto, el de necesidad, y el de adecuación. En tal sentido, al examen de proporcionalidad típica, que ya hemos comentado, se le suma el juicio de necesidad, que exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos de todas las posibles que puedan tomarse; y el de adecuación, por medio del cual debe valorarse la idoneidad del fin(58).

Sagüés distingue tres exámenes de control de razonabilidad que pueden realizarse de las normas y los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta a valorar su sentido de justicia(59).

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

integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada(60).

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, la justicia ha declarado inconstitucional la decisión del Poder Ejecutivo local de exigir una autorización a aquellas personas mayores de 70 años que quisieran salir de sus casas para ir al supermercado o realizar cualquier actividad exceptuada por las normas nacionales que limitan la libre circulación. En este fallo, de primera instancia, el juez ha evaluado que la imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana, al nro. 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos, resulta una exigencia más gravosa para el colectivo de personas que para el resto de la población”(61).

Al propio tiempo, la justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha convalidado en reiteradas oportunidades las medidas de confinamiento obligatorio, en hoteles porteños, dispuestas por el Gobierno de la Ciudad para aquellos habitantes que arribaran a la Ciudad provenientes de países considerados “de riesgo”(62).

En Francia, el Consejo Constitucional ha validado, el 11 de mayo de 2020, la gran mayoría de las limitaciones que contiene la ley, dictada el 08/05/2020, que establece la prórroga del estado de urgencia sanitaria. No obstante, ello, el referido tribunal declaró inconstitucional algunas de sus previsiones, entre ellas, el aislamiento de las personas que entren en territorio nacional, sin la intervención de un juez. También los jueces estimaron que el aislamiento completo de los pacientes de COVID-19, que implica no poder salir de su domicilio o de algún lugar durante más de 12 horas por día, no se podrá adoptar sin el control de un juez de las libertades(63).

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

Hasta el momento, en nuestra opinión, las medidas que ha adoptado el Poder Ejecutivo nacional han sido todas razonables, dentro de la discrecionalidad que ha tenido(64). Se ha valorado correctamente que entre los derechos humanos afectados por la pandemia el más trascendente es el derecho a la vida y, en consecuencia, las medidas adoptadas estuvieron orientadas a la protección de ese bien tan preciado. A su vez, estas decisiones dictadas fueron oportunas y necesarias, como la limitación de la circulación de las personas, el cierre de fronteras, el control del abastecimiento de productos, la asistencia económica a los sectores precarizados, la garantía del suministro y prestación de los servicios públicos a ciertas personas, las restricciones a ciertas actividades, comercios e industrias, los permisos y las excepciones dadas, el congelamiento de alquileres y de tarifas, la prohibición de las ejecuciones hipotecarias y los controles sanitarios.

No podemos dejar de observar que ciertos países del continente americano, como los Estados Unidos, México y Brasil, que no han adoptado a tiempo similares medidas, han sufrido una mayor cantidad de contagios y muertes. Incluso países como Chile, Perú y Ecuador tienen bastante más contagiados y fallecimientos por coronavirus que Argentina. Pero el caso de Brasil es el más elocuente, dado que si bien ese país lindero tiene una población cuatro veces y media más grande que la Argentina, al cierre de este artículo cuenta con un registro, a raíz de esta pandemia, de treinta veces más de contagiados; y de cuarenta y ocho veces más de muertes, que nuestro país(65), lo que demuestra que la mayor cantidad de casos en Brasil no es una cuestión vinculada al tamaño de su población sino a la velocidad de circulación del virus, precisamente lo que se quiere evitar en la Argentina con las medidas antes señaladas. Es un hecho también que al cierre de este artículo se está dando en ambos países un crecimiento exponencial tanto de contagios como de fallecimientos, lo cual también revela el acierto de las medidas adoptadas en nuestro país, al encontrarnos con una situación bastante más controlada y de menor impacto que la de dichos países, al menos por ahora.

Excedería este trabajo analizar y explicar en detalle la razonabilidad de cada medida; y ello tomaría un artículo por cada una. *Prima facie* parecen todas razonables en atención a la emergencia que vive nuestro país y el mundo entero. No obstante ello, la medida que nos genera mayor preocupación es el dec. 457/2020, que otorgó al jefe de gabinete poderes extraordinarios para reasignar partidas presupuestarias. Así lo ha expresado María Angélica Gelli en un reciente trabajo: “como es sencillo de advertir, la acumulación de poder en el Presidente de la Nación que emana del DNU 457/2020 es enorme; y en punto a la reestructuración de partidas presupuestarias resulta, a mi modo de ver, excesiva”(66). Si bien la autora no lo señala

en forma expresa, de considerarse excesivas las facultades otorgadas al jefe de gabinete, el dec. 457/2020 sería en esa parte inconstitucional, pues no sería razonable ni proporcional.

III. La intervención del Estado en la economía en épocas de emergencia

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

Ciertamente, a la fecha en que me encuentro escribiendo este artículo, estamos muy lejos de haber ganado la guerra al virus o siquiera tener la situación controlada. En este escenario, muchas de las medidas sanitarias que restringen derechos de los ciudadanos habrán de mantenerse, algunas se modificarán o eliminarán, y muchas nuevas medidas deberán adoptarse conforme vaya evolucionando la circulación del COVID y según sea la reacción del comportamiento social frente a las reglas impuestas. Como he dicho *ut supra*, todas las medidas de emergencia deben ser por esencia transitorias, no deben desnaturalizar los derechos; y ser proporcionales a los fines que persiguen. Por ejemplo, si hay dos alternativas igualmente válidas, debe optarse por la alternativa que afecte en menor grado los derechos y garantías de los ciudadanos. En nuestro Estado de Derecho es dable reiterar, a fuerza de cansancio, que está terminantemente prohibida la arbitrariedad, aun 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.

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

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

{ NOTAS }

discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (Fallos: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última *in re* “Perfil c. Estado Nacional s/ amparo”, CS, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

(55) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad...”, ob. cit., ps. 198 y 201.

(56) Cfr. COVIELLO, Pedro, “El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino”, REDA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, marzo/junio 2011, p. 144.

(57) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 18.

(58) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al

principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, 135, Madrid, 1994, ps. 495 y ss.

(59) SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., ps. 700-701.

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

(61) Véase JCont. Adm. y Trib. N° 14, sec. N° 27, *in re* “Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo”, sentencia de fecha 20/04/2020, AR/JUR/11730/2020. Ver también: ÁLVAREZ, Atilio, “Jueces hay en la República. En torno al fallo Lanzieri”, en ED, de fecha 13/05/2020.

(62) Cfr. sentencia de fecha 28/03/2020, de la Cá-

mara en lo Penal, Contravencional y de Faltas, sobre Hábeas Corpus, AR/JUR/5518/2020; y de fecha 31/03/2020, sobre Hábeas Corpus, número de causa: AR/JUR/6639/2020.

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

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

y mitigar el impacto sanitario del COVID-19, y encuentran fundamento en la necesidad de preservar la salud y el orden público.

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

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

tiguar el impacto económico, productivo y financiero negativo de la crisis sanitaria.

Para ello el Congreso debe retomar su actividad —con continuidad— y abocarse a sancionar en forma urgente un paquete de leyes de emergencia dirigidas a paliar la crisis. El Poder Ejecutivo, la AFIP y el Banco Central no tienen las suficientes facultades constitucionales para dictar todas las medidas necesarias en este escenario. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo ni aun mediante decretos de necesidad y urgencia puede tratar temas fiscales (67). 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 la sanción de una ley.

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

Entre ellas, por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia 311/2020, de fecha 25 de marzo de 2020, se prohibió a las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a determinados usuarios considerados particularmente afectados por la emergencia sanitaria, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1 de marzo de 2020.

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

A su vez, el Decreto de Necesidad y Urgencia 320/2020, sancionado ese mismo día, dispuso la suspensión, hasta el 30 de septiembre de 2020, de los desalojos y la suspensión de ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles y habitaciones destinados a vi-

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

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

En cuanto a medidas económicas de asistencia directa, el Poder Ejecutivo creó el “Ingreso Familiar de Emergencia”, como una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional, destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el dec. 260/2020. Dicha prestación consistió en una suma fija de \$10.000, abonada en el mes de abril (68).

Dada la persistencia de la situación de emergencia, y en tanto las medidas de aislamiento ordenadas por el Poder Ejecutivo Nacional fueron sucesivamente prorrogadas, se adoptaron luego diversas medidas paliativas, entre las cuales cabe destacar la que dispuso la prohibición de los despidos y suspensiones sin justa causa; o por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, por el plazo de 60 días (69).

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

Producción, cuyas funciones son básicamente definir, con base en criterios técnicos, los beneficiarios de dicho régimen (70).

El mencionado *salario complementario* consiste en una asignación abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), equivalente al 50% del salario neto del trabajador, aunque con un tope máximo por empleado. Por otra parte, el Crédito a Tasa Cero consiste en una financiación a ser acreditada en la tarjeta de crédito del beneficiario. Dicha financiación no podrá exceder una cuarta parte del límite superior de ingresos brutos establecidos para cada categoría del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y, a su vez, tendrá un límite máximo de 150.000 pesos. El Fondo Nacional de Desarrollo Productivo bonificará el 100% de la tasa de interés y del costo financiero total que devenguen los créditos otorgados a personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y trabajadores autónomos (71).

Otro ejemplo de intervención del Estado en la economía es la limitación de derechos dispuesta por varias resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior en la que se fijaron precios máximos para bienes, intimándose a las empresas que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de esos mismos bienes a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada (72).

En ese marco, por medio del dec. 351/2020, se convocó a los intendentes de todos los municipios del país a realizar, en forma concurrente con la Nación, la fiscalización del cumplimiento de los precios máximos establecidos por la Secretaría de Comercio Interior. Esta convocatoria se circunscribe a los supuestos comprendidos en el art. 15 de la Ley de Abastecimiento, es decir, a aquellos casos en los que la infracción afectara o pudiera afectar el comercio interjurisdiccional (73).

En fecha 21 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud de la Nación y el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación dictaron la resolución conjunta 1/2020, por la cual intimaron a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras de la cadena de producción de “insumos críticos sanitarios” a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud, por un plazo de 90 días. A su vez, el Ministerio de Salud dictó la resolución 695/2020, de fecha 01/04/2020, que obliga a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras de ventiladores mecánicos invasivos a no realizar entregas sin su autorización previa.

Estas últimas medidas mencionadas, limitativas de derechos, han sido dictadas en el marco de lo dispuesto por la ley 20.680 de Abastecimiento, de 1974, que autoriza al Poder Ejecutivo la fijación de precios máximos y el control de la producción y comercialización de bienes y servicios para asegurar su abastecimiento en el territorio de la República Argentina. La Ley de Abastecimiento ha recibido por parte de la doctrina fuertes críticas, dada su evidente inconstitucionalidad en varios aspectos formales —sobre todo a partir de la reforma constitucional que establece límites claros a la delegación legislativa que dicha ley no cumple— y sustanciales, pero dicho análisis excede el presente trabajo (74).

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

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

IV. La recomposición de los contratos públicos

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

La normativa vigente exige de responsabilidad al contratista que por causas de fuerza mayor no pueda cumplir su obligación contractual (75). 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

{ NOTAS }

(67) Cfr. art. 99, inc. 3º, de la CN.

(68) Véase dec. 310/2020, de fecha 24/03/2020.

(69) Medida dispuesta en el decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020, de fecha 31/03/2020.

(70) Decreto de Necesidad y Urgencia N332/2020, de fecha 31 de marzo de 2020, luego modificado por los DNU 347/2020 y 376/2020.

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

(72) Por medio de la resolución 100/2020, la Secreta-

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

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

(74) A los fines de profundizar en el análisis de la constitucionalidad de la Ley de Abastecimiento, ver: CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE,

Santiago, “Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2015.

(75) Ver el tratamiento de la fuerza mayor regulado en el art. 1730 del Cód. Civ. y Com., que se aplica de manera analógica a los contratos públicos. Allí establece que “... El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”. Por su parte, La ley 13.064 de Obras Públicas, en sus arts. 39, 50 *in fine*, 53 y 54, exime de responsabilidad al contratista cuando se presenta una fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones del contrato. El Régimen General de Contratación de la Administración Pública Nacional también establece que la fuerza mayor exime del cumplimiento de la obligación, en caso de que fuere de carácter natural. Así se encuentra establecido en el art. 13, incs. a) y c) del dec. 1023/2001. En nuestra opinión, ha sido un desacierto acotar la fuerza mayor a los acontecimientos de origen natural; y aun cuando esa sea la redacción de la norma, una interpretación razonable conlleva extenderlo a supuestos

que no sean de origen natural pero que imposibiliten el cumplimiento de la obligación por causas ajenas, imprevisibles e inevitables por parte de quien lo invoca. De eso se trata la fuerza mayor, que no distingue de orígenes, salvo por sus características esenciales recién referidas. De ahí que, para obtener un reconocimiento pleno de la fuerza mayor, que abarque todos los supuestos, debe invocarse el art. 1730 del Cód. Civ. y Com., a los fines de darle su adecuado encuadre. Una cuestión no menor es que el Reglamento del Régimen de Contrataciones, que ha sido modificado constantemente, cuando regula la fuerza mayor no la restringe a hechos de origen natural. Cfr. arts. 93 y 94 del dec. 1030/2016. Ahora bien, en el caso de la fuerza mayor originada por el COVID-19, podría eventualmente incluirse dentro de la concepción que exige el origen natural de la fuerza mayor. Por su parte, la regulación de los contratos de participación público-privada también contempla la necesidad de mitigar el impacto de la fuerza mayor. Ver al respecto art. 9º, inc. b, de la ley 27.328. En tal sentido, en los contratos de PPP viales se establecieron

cumplir determinada obligación y la causa de ello. Y mientras dura esa causal, quedan suspendidos los plazos de cumplimiento y sin aplicarse multas ni sanciones (76). En muchos casos la fuerza mayor da derecho al contratista a rescindir el contrato sin culpa suya (77).

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

Por otra parte, los contratistas, al igual que sucede en los contratos privados, pueden dejar de cumplir sus obligaciones si el Estado deja de cumplir las propias, cuestión que se presenta con mayor frecuencia en situaciones de emergencia como la presente. Se trata de la aplicación de la excepción de incumplimiento contractual (78), que ha sido receptada por el Derecho administrativo, pero exigiéndose que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración le ocasione al contratista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato (79).

Sin perjuicio de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación —aplicable por analogía a los contratos administrativos— contiene una regla, el de la *tutela preventiva*, que a nuestro modo de ver implica una instancia mayor de protección que la clásica *exceptio non adimpleti contractus*. En rigor, el art. 1032 de dicho Código establece que una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño, porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia. Este principio novedoso de la tutela preventiva podría ser invocado también por el Estado, desde luego.

Pero lo que en general sucede a raíz de las situaciones de emergencia como la actual en los contratos públicos en ejecución es que 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 Estado para contenerlo —*hechos del príncipe*—, que inciden en el quiebre de la ecuación económica y financiera de los contratos, tornándose muy gravosa su prestación. Ello pone en riesgo el cumplimiento de los contratos —y, por ende, su finalidad—, la situación patrimonial de las empresas y las fuentes de trabajo que genera.

Y aquí es donde el Estado tiene un rol determinante, debiendo tomar decisiones tendientes a evitar un daño mayor y a preservar los contratos públicos (80). Entre las soluciones previstas por la normativa hay diferentes modos de rescisión de los contratos, desde mutuo acuerdo (81), por causales de fuerza mayor (82), o por decisión de la

propia Administración motivada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia (83), en cuyo caso deberá indicarse su fundamento en forma expresa. También podría una de las partes pedir la rescisión del contrato invocando la teoría de la imprevisión, al haberse modificado las condiciones tenidas en cuenta al momento de su celebración (por aplicación del principio *rebus sic stantibus*). Pero todas estas alternativas importan la terminación de los contratos; y sus consecuencias pueden resultar altamente perjudiciales para las empresas y los trabajadores, y también para el Estado y la sociedad, pues si la finalidad por la que se celebró tal contrato se mantiene, deberá convocarse a una nueva licitación, con los costos y la prolongación en el tiempo que ello conlleva.

No obstante ello, como señala la doctrina, “nada impide que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades” (84). En efecto, los contratos administrativos en Argentina pueden modificarse con acuerdo de ambas partes, pero siempre que esa modificación no exceda del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato (85). Esta limitación cuantitativa no se aplica al contrato de obra pública, dado que su régimen especial no ha fijado límite alguno (86).

Y si bien el contrato administrativo puede modificarse por acuerdo de partes, esa modificación no debe alterar el fin del contrato ni el derecho de igualdad de aquellos oferentes que en su momento compitieron para obtener dicho contrato; o de aquel universo de oferentes que, de haber conocido de antemano dichas modificaciones, hubieren tenido intenciones de competir (87).

Estas previsiones deben respetarse en un escenario de normalidad contractual, pero no son aplicables estrictamente frente a supuestos extraordinarios que alteran las ecuaciones económicas del contrato, como ser, situaciones de emergencia o que den lugar a la teoría de la imprevisión. En estos casos se impondrá la necesidad de recomponer la ecuación financiera, para lo cual deberán implementarse todos los cambios necesarios a los fines de su restablecimiento. De hecho, como se verá más adelante, se trata de un derecho del contratista. Asimismo, debe comprenderse que algunos contratos, por su larga duración, son esencialmente dinámicos y mutables, como es el caso de las concesiones de servicios públicos, por ejemplo. En rigor, estos contratos están destinados a cambiar; lo previsible es que cambien (88). No obstante ello, el límite de cualquier modificación que hagan las partes por mutuo acuerdo es que no se altere el fin del contrato.

Argentina ha tenido una importante experiencia no tan lejana de renegociación

de contratos públicos, como consecuencia de la crisis económica generada en el año 2001, que impactó en el equilibrio económico de los contratos, debiéndose adoptar disposiciones de emergencia que a su vez generaron su propio impacto en los contratos públicos. En el año 2000, p. ej., se dictó la ley 25.344 de Emergencia Económico-Financiera, que declaraba en emergencia la situación económico-financiera del Estado Nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional. Dicha normativa facultaba al Estado Nacional a rescindir los contratos de todo tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, previendo a su vez que la rescisión no procedía en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre el Estado y el contratista que se inspire en el principio de sacrificio compartido (89).

En el año siguiente, el 2002, se dictó la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, que prohibió las cláusulas de ajuste de los precios y tarifas, y las cláusulas indexatorias, ordenándose al Poder Ejecutivo la renegociación los contratos celebrados por la Administración Pública, incluidos los de obra y servicios públicos (90).

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

En cualquier caso, resulta importante destacar que en la Argentina se reconoce el *principio del equilibrio financiero del contrato público*, como un principio propio de la contratación administrativa. En este entendimiento, el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en el derecho de propiedad, dado que a nadie puede imponerse sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación (91).

El principio comentado también descansa en la *garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas* (92), ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público (93). Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple

la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales (94).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que “el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término” (95). Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al “mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato”, en tanto este integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el art. 17 de la CN (96).

Se acepta por lo tanto de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado (97).

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

En tal sentido, el Régimen General de Contrataciones prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo (98). Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como *teoría de la imprevisión*, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible.

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

{ NOTAS }

numerosas cláusulas que exigen del cumplimiento de las obligaciones contractuales en casos de fuerza mayor, además de la exigencia de contar con seguros que cubrieran este tipo de eventos.

(76) Cfr. art. 94 del Reglamento del Régimen de Contrataciones dec. 1030/2016. Ver también art. 35 de la Ley 13.064 de Obra Pública.

(77) Así se establece en el art. 53, Ley 13.064 de Obra Pública.

(78) Cfr. art. 1031 del Cód. Civ. y Com.

(79) Cfr. CS, *in re* “Cinplast SA c. ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones)”, Fallos 316:212, 1993.

(80) Los deberes de evitar causar un daño no justificable y de no agravar el daño si ya se produjo, están consagrados en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

(81) Ver art. 97, dec. 1030/2016.

(82) Cfr. art. 53, Ley 13.064 de Obra Pública.

(83) Cfr. art. 12, inc. b, dec. 1023/2001, y art. 95,

dec. 1030/2016.

(84) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 94.

(85) Cfr. art. 100, inc. a), p. 1 del Reglamento del Régimen General de Contrataciones, aprobado por dec. 1030/2016. Es la misma previsión que tenía el anterior Reglamento, el dec. 893/2012, en su art. 124.

(86) Téngase en cuenta que si bien el tít. I del Régimen General de Contrataciones (1023/01) es aplicable a los contratos de obra pública regidos por la ley 13.064, no así la Reglamentación del Régimen General de Contrataciones (dec. 1030/2016).

(87) Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, p. 478. En el contrato de obra pública, si bien la ley 13.064 no establece límites

cuantitativos ni cualitativos en los casos de modificaciones consensuadas entre comitente y contratista, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han fijado varios límites en orden a salvaguardar la igualdad y la transparencia, tales como: a) que se trate de trabajos relacionados con el opus contractual originario; b) que las porciones de obra que se incorporan no posean individualidad propia susceptible de ser calificada como *trabajos complementarios*; o que c) el cambio en el objeto de la contratación no transforme el emprendimiento primitivo en uno nuevo. Véase DRUETTA, Ricardo - GUGLIELMINETTI, Patricia, “Ley 13.064 de Obras Públicas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., comentada y anotada, ps. 230-231.

(88) Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, p. 472.

(89) Ver arts. 1º, 2º y 3º de la ley 25.344.

(90) Véase arts. 8º y 9º de la ley 25.561.

(91) Art. 17 de la CN.

(92) Art. 16 de la CN.

(93) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, ob. cit., ps. 469 y ss.

(94) Véase CASSAGNE, Juan Carlos, “El equilibrio económico financiero del contrato administrativo”, en REDA, I, Buenos Aires, 1989, p. 32.

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

(96) BERÇAITZ, Miguel A., “Teoría general de los contratos administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 409.

(97) Conf. ESCOLA, Héctor, “Contratos Administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 452.

(98) Véase art. 13, inc. a), del dec. 1023/2001.

(99) Cfr. SC Santa Fe, *in re* “Transportes La Florida SRL y otros c. Municipalidad del Rosario”, citaonline: 70007649.

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

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimidas (100). La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. De allí que en el contrato de obra pública el procedimiento de redeterminación de precios es esencial para el mantenimiento de la ecuación de los contratos y se aplica en todos los contratos de manera regular y constante. Este mecanismo, cuya última modalidad ha sido instaurada por el dec. 691/2016, autoriza a los contratistas a reclamar la redeterminación de los precios de la obra pública cuando los costos reflejen una incidencia de aumento superior al cinco por ciento (101).

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la “Teoría del Hecho del Príncipe” —*factum principis*—, que posee base constitucional en los arts. 16 y 17 de la CN, que consagra el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que “no existe duda de que, mediando un *hecho del príncipe*, el cocontratante particular debe ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato” (102). La doctrina explica, asimismo, que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta álea administrativa, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño (103). Muchas de las medidas adoptadas por la Administración Pública en el marco de esta pandemia constituyen *hechos del príncipe*, como,

p. ej., la prohibición de circulación, el cierre de fronteras, el cierre de ciertos comercios, etcétera.

Es por todo ello que consideramos que el Estado debe orientar sus esfuerzos a tratar de recomponer los contratos afectados. Es más, es un deber del Estado hacerlo, siempre que el contratista lo acepte o lo solicite. A través de renegociaciones contractuales se acuerdan modificaciones de ciertas obligaciones para restablecer el equilibrio inicial de cada contrato. De esta forma se mantiene el empleo y la actividad que la ejecución de estos contratos genera; y hace posible cumplir el 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. Sería aconsejable que el Congreso Nacional, que ha comenzado a sesionar, dictara una ley que regule el procedimiento de renegociación de los contratos y fije las pautas y principios a seguirse.

Al respecto es dable destacar que en la Provincia de Buenos Aires el Poder Ejecutivo ha dictado el dec. 204/2020, de fecha 02/05/2020, por medio del cual se aprobó un “Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Bienes y Servicios del Sector Público”, que puede ser iniciado por la Provincia o por el contratista particular. Es interesante observar que en dicho régimen el contratista deberá acreditar el impacto producido por la emergencia mediante una explicitación circunstanciada y documentada de la afectación directa e inmediata que la emergencia económica pueda haber tenido sobre las obligaciones en curso de ejecución (estructura de costos y toda otra documentación que estime pertinente), que demuestre una afectación superior al diez por ciento de la ecuación económico-financiera del contrato.

Por su parte, el gobernador de la Provincia de Santa Fe dictó el dec. 415/2020 por el cual se crea un Programa de Emisión de Títulos de Deuda para el Ejercicio 2020 con destino a la atención de renegociaciones de contratos públicos y se faculta, asimismo, al ministro de Economía a autorizar la emisión de cheques de pago diferido con destino a la atención de dichas renegociaciones (104). Los considerandos del decreto dan cuenta de una situación inédita que ha provocado la disminución abrupta de la recaudación provincial, tanto por la disminución de los recursos coparticipados como por la disminución de la recaudación de tributos provinciales, dinámica que es de prever se sostenga

en el tiempo ante la continuidad de las medidas extraordinarias de emergencia pública sanitaria, lo que podría dar lugar incluso a la eventual invocación de fuerza mayor por parte de la esa Provincia.

En la Provincia de Mendoza, en fecha 19/03/2020 el Poder Ejecutivo ya había dictado el dec. 401/2020 que habilita al Sector Público Nacional a renegociar los contratos públicos por medio de acuerdos entre las partes. El decreto fue luego ratificado por la legislatura provincial el 02/05/2020, a través de un debate desarrollado por videoconferencia.

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

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

En nuestra opinión, para llevar adelante un proceso de renegociación de los contratos públicos en el ámbito nacional, sería aconsejable crear órganos *ad hoc* en cada ministerio y entidad autárquica, con funcionarios actuales, que se dediquen de manera exclusiva a la revisión de los contratos públicos, a los fines de proponer su readecuación,

si 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 (105) y de la Sindicatura General de la Nación (106), y otorgándole un rol activo a la Auditoría General de la Nación (107).

Todo proceso de renegociación contractual debe realizarse de buena fe. Este es el principio cardinal que debe guiar una recomposición de los contratos públicos. Adviértase que el propio Código Civil y Comercial establece que en los contratos de larga duración la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos (108). Si existe esta regla para los contratos privados, más aún deberá aplicarse a la contratación administrativa.

Cita on line: AR/DOC/1735/2020

MÁS INFORMACIÓN

García Moritán, Patricio, “La intervención estatal en la economía y el principio de subsidiariedad. A propósito del COVID-19”, LA LEY 25/05/2020, 9, AR/DOC/1729/2020

Wett, Luis Darío, “Derecho a la emergencia: Decreto 351/2020. Algunas consideraciones en torno al rol de los gobiernos municipales en la actualidad”, Sup. Adm. 2020 (mayo), 8, AR/DOC/1275/2020

Flores, Álvaro Bautista, “La contratación pública frente a la emergencia sanitaria”, Sup. Adm. 2020 (mayo), 1, AR/DOC/1276/2020

Cortese, Martín A., “Restricciones excepcionales de derechos ante emergencias sanitarias”, Sup. Adm. 2020 (mayo), 6, AR/DOC/1274/2020

LIBRO RECOMENDADO

COVID-19 Implicancias Jurídicas y Tributarias
Autor: Bertazza, Humberto J. - Folco, Carlos María - de Diego, Julián A. - Fernández, Luis Omar - Calderón, Maximiliano R. - Wierzba, Sandra M. - Rajmilovich, Darío
Disertante: Marquez, Jose Fernando
Directores: Sabene, Sebastián E. - Ceteri, José Luis
Edición: 2020
Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(100) Art. 30 de la ley 13.064.

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

(102) ESCOLA, Héctor J., “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

(103) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 107.

(104) Ver arts. 1º y 6º, dec. 415/2020.

(105) El Procurador del Tesoro de la Nación ejerce la función consultiva jurídica interna de la Administración Pública. En el ámbito nacional de nuestro país, la función consultiva fue ejercida primigeniamente por el Fiscal General, designado en 1862. Luego, en el año 1865 el Fiscal General fue sucedido por el Procurador del Tesoro de la Nación (creado por ley 74 del año 1863), máximo asesor jurídico del Estado, que a partir del año 1947 dirige, a esos fines, el actual Cuerpo de Abogados del Estado creado en

la ley 12.954. Entre sus funciones, el Procurador del Tesoro de la Nación asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas [27-28]. Por su parte, el Cuerpo de Abogados del Estado que dirige está integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Estos abogados dependen técnica y profesionalmente de la Procuración, pero orgánicamente mantienen su posición —y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)— en la estructura de los organismos a los que asesoran. No obstante, ello, se aconseja que sea la propia Procuración del Tesoro la que intervenga en estos trámites de recomposición contractual.

(106) La ley 24.156 creó la Auditoría General de la Nación, como una entidad descentralizada, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación, que tiene la función de control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo. Al respecto, véase art. 102 de la ley 24.156. Asimismo, el sistema de control diseñado en esa ley ha permitido la

creación de Unidades de Auditoría Interna en todas las jurisdicciones y Entidades de la Administración Pública, que, si bien dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, son coordinadas técnicamente por la Sindicatura. Es importante destacar que, aunque es interno, se trata de un control posterior a la actuación administrativa. A su vez, es dable precisar que la Sindicatura General de la Nación está a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación, designado por el Presidente de la Nación —del que depende directamente—, con rango de Secretario de la Presidencia de la Nación.

(107) Por medio de la ley 24.156, en el año 1992 se creó la Auditoría General de la Nación, órgano de control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones de los respectivos contratos, que luego adquirió rango constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 86 de la CN). Este órgano de control externo tiene personería jurídica propia, y depende

del Congreso Federal. Entre sus facultades, puede requerir la colaboración de todas las entidades del sector público nacional y efectuar todas las auditorías financieras, de legalidad y de gestión que estime pertinentes. La Auditoría General de la Nación se conforma de siete miembros designados por las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación cada uno como Auditor General, duran ocho años en su función y pueden ser reelegidos. Solo podrán ser removidos por el propio Congreso en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes. Ciertamente, la Auditoría General de la Nación audita numerosos contratos administrativos en cada una de sus auditorías, y sería fundamental que participe activamente en un proceso de renegociación de los contratos públicos. En el caso de los contratos de participación público-privada, la auditoría que efectúa este órgano es obligatoria, pues así lo exige la ley 27.328 en su art. 22.

(108) Ver art. 1011 del Cód. Civ. y Com.

COLUMNA DE OPINIÓN

La batalla por la medida cautelar innovativa II

VIENE DE TAPA

satisfactiva del derecho, que desde luego puede ser exigida o que, dependiendo de la ocurrencia de ciertas circunstancias, podrá ser exigida. La tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización —y no su seguridad— mediante una cognición sumaria o verosimilitud. En realidad, la tutela anticipatoria, dejando de lado hipótesis excepcionales, tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que se origina mediante verosimilitud y, por ello, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria” (6). Igualmente, y ya en el plano local, merece ser recordado el criterio sentado por Berizonce en cuanto afirma que “la tutela anticipatoria en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos” (7).

Urge que las cosas vuelvan a su quicio clásico y que así la innovativa sea verdaderamente una cautelar, resultando inepita para transmitir provisoriamente derechos; y que la tutela anticipada de urgencia sea lo que es, un incidente o contingencia que permite que, llegado el caso, el magistrado transmita al requirente todo o parte de lo que se le pide. Lo que no se puede

ya aceptar es que se siga haciendo asumir a la innovativa el papel de tutela anticipada de urgencia. En la actualidad constituye un verdadero anacronismo tal postura cuando se cuenta con un sólido armazón de conocimientos, prácticas y precedentes que convalidan ampliamente el despacho de tutelas anticipadas de urgencia, aun en defecto de texto legal expreso sobre el particular.

En la Argentina, a falta de una regulación específica del instituto, con la que Brasil sí cuenta, sucede que en la mayoría de las provincias y en el plano nacional se ha echado mano pretorianamente a la medida cautelar innovativa para hacerla funcionar como motorizadora de una tutela anticipada de urgencia: ello luego de que la Corte Federal abriera rumbos en los conocidos casos “Camacho Acosta” (8) y “Pardo” (9). Recalcamos que únicamente se puede hablar de tutela anticipada cuando existe un factor acelerador (la urgencia, p. ej.) de los tiempos normales de duración del proceso civil en cuestión.

En tanto, la innovativa es una cautelar que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad a los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder de igual tenor. En ningún caso, como sucede con cualquier precautoria, su material puede coincidir con el objeto de la futura sentencia de mérito. Tampoco puede transmitir provisoriamente derechos. Es hartamente conocido el brocardico “la materia de lo cautelar no puede coincidir con el posible contenido de una sentencia futura”.

No es cierto que la tutela anticipada de urgencia reclame un mucho mayor número de recaudos que para despachar una innovativa. En verdad y en los tiempos que corren, el único agregado que exige un despacho favorable de una tutela anticipada de urgencia es la debida sustanciación del pedido, exigencia que resulta hartamente explicable.

Si algo distingue la tutela anticipada diferenciándola claramente de la cautelar innovativa es que para despachar la primera se debe observar la situación del requirente, mientras que si se trata de una cautelar innovativa la atención debe recaer en el destinatario. En el primer supuesto se trata de verificar si concurre urgencia o *periculum damni*, mientras que en la segunda se debe tener en cuenta primordialmente la situación del destinatario. Mientras el *periculum in mora* observa la relación procesal, su connatural insuficiencia para formar prontamente cosa juzgada y así pasar al trámite de ejecución y la consiguiente necesidad de conjurar la posible insolvencia sobreviniente del demandado, el *periculum damni* implica algo distinto, porque involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral a la relación litigiosa que viene a aquejar al actor, a punto tal que se encuentre justificado otorgar *in continenti* todo o parte de la pretensión de mérito porque en caso contrario el proceso respectivo no será “efectivo”. Comprobar que existe *periculum damni* (también denominado “urgencia”) equivale a sostener que media “peligro de infructuosidad” en el proceso de que se trate.

Hemos presenciado la profusa aceptación legislativa de la medida innovativa que es citada por el Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes, el de Río Negro, el de Santa Cruz y por el Proyecto de nuevo Código Pro-

cesal Civil de Santa Fe. Asimismo, el reciente Código Procesal Civil modelo para la Justicia de Familia de la ciudad de Buenos Aires también lo incorpora. Igualmente, entre otros, los Códigos Procesales Civiles de San Juan, Misiones y de Chaco regulan por separado y detalladamente a la tutela anticipada de urgencia, lo que también sucede con el art. 403 del Anteproyecto del Nuevo Código Procesal Civil de la Nación.

El título “marcial” del presente obedece a que, realmente, todo lo relacionado con la medida cautelar innovativa y sus aladaños ha sido objeto de encendidos debates encontrados.

En cuanto al “II” que abre este trabajo, tiene por motivo subrayar que se trata de una lucha distinta, inserta en un marco diferente. En la actualidad se combate para evitar que se confundan las cosas y se malogre lo hasta aquí obtenido.

Creemos que la tarea ha concluido por ahora. La primera batalla ha sido ampliamente ganada pese a la menguada tropa que inicialmente apoyaba a la innovativa.

Resulta sorprendente comprobar que varios de quienes la impugnaban hoy la defienden y usan sin rubores. Es que no se puede impugnar exitosamente un instituto que aleja la posibilidad de los “hechos consumados”, siempre tan deletéreo respecto de la adecuada atribución de los derechos en pugna. Confiamos en que la segunda batalla también tendrá resultado favorable para quienes pensamos que se debe avanzar por la senda prevaleciente.

Cita online: AR/DOC/678/2020

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado de la Universidad Católica de Rosario; doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL); presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; ex profesor titular de Derecho Procesal Civil (UNR, UNL y UCA).

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La batalla por las medidas cautelares”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed.

(2) PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

(3) Data de 1975 nuestro primer trabajo sobre lo que, con el tiempo, llegaría a ser la medida cautelar innovativa. Nos estamos refiriendo a “Una revolución procesal inadvirtida”, *Revista de Estudios Procesales*, 23, ps. 23 y ss.

(4) PEYRANO, Jorge W., “La medida cautelar innovativa embozada”, en *Procedimiento civil y comercial*, Ed. Juris, Rosario, 1994, t. 3, ps. 59 y ss.

(5) MITIDIERO, Daniel, “Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, Ed. Marcial Pons, Madrid, Madrid, 2013, *passim*.

(6) MARINONI, Luiz G., “Tutelas urgentes y tutelas preventivas”, Ed. Comunitas, Lima, 2010, p. 33.

(7) BERIZONCE, Roberto, “Tutela anticipada y definitiva”, cita online: 0003/001255.

(8) Vide el texto de dicha sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentado por ARAZI, Roland, *Revista de Derecho Procesal*, 1, Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 1999, ps. 385 y ss.

(9) Puede consultarse “Pardo” y la evolución registrada en la materia, en nuestro comentario publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, febrero de 2012, Ed. La Ley, ps. 189 y ss.

NOTA A FALLO

Contrato de transporte aéreo

Tarifa errónea. Conocimiento por parte del consumidor. Políticas comerciales para captar clientes. Error de hecho. Efectos de la publicidad. Solicitud de la nulidad del contrato. Resolución injustificada del contrato. Daño moral. Procedencia. Daño punitivo. Rechazo.

Véase en página 10, Nota a Fallo

1.- No ha sido debidamente acreditado que el demandante hubiera tomado conocimiento del error en que incurrió la aerolínea —en el caso, la publicación de una tarifa irrisoria— y, en ese contexto, las presunciones que surjan de la prueba indiciaria no pueden aplicarse en contra del consumidor, en lo que se refiere tanto a las normas como al contrato; bien pudo ocurrir que el actor advirtie-

ra que se trataba de una gran oportunidad y por esa razón se embarcara en un vuelo que duraría casi 44 hs, con varias escalas, con tal de poder cumplir con la ilusión de viajar a Australia y estar allí diez días.

2.- La capacidad del actor para reconocer que si la tarifa es errónea o si se trató de una promoción se diluye frente a las prácticas comerciales que se despliegan para captar clientes en una economía cada vez más competitiva.

3.- El ordenamiento no puede invalidar el contrato frente a cada error, porque correría el riesgo de perjudicar el interés general a la seguridad y el dinamismo del tráfico jurídico, en coherencia con el significado que el vínculo negocial recibe del sistema.

4.- A fin de determinar los efectos de la publicidad, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpreta-

ción que le da el consumidor medio, ello, partiendo de la base de que la publicidad atrae al usuario o consumidor potencial, entra, penetra, es internalizada, puesto que se usa una técnica de captación, de sugestión, de convencimiento acerca del bien o servicio pretendido sobre la base de lo mostrado.

5.- No es cierto que la demandada no hubiera invocado la nulidad del contrato, ya que si bien no lo introdujo como una pretensión autónoma, en su contestación de demanda refirió reiteradamente al error en que incurrió y cuestionó la validez de la oferta.

6.- La agencia de viajes pretendió resolver el contrato que la unía al actor pero sin tener derecho a hacerlo; ante tal decisión, resulta procedente la acción intentada conforme lo previsto por el art. 10 bis LDC, que brinda opciones al consumidor frente al incumplimiento de la obligación por parte del proveedor.

7.- Es perceptible —y por lo tanto procedente la indemnización del daño moral— el serio disgusto en el orden emocional que le ocasionó al consumidor enterarse, al día siguiente de haber concluido la compra de su pasaje para viajar en las vacaciones de invierno, de que la aerolínea había dispuesto unilateralmente su cancelación; y no le ofreció al actor pagar la diferencia o buscar alguna solución para que pudiera realizar el viaje en las fechas pactadas, es decir, en ningún momento le dio la opción de abonar la diferencia de precio y respetar, cuando menos, su lugar en el avión.

8.- Si bien luce demostrada la conducta negligente de aerolínea, ello no torna procedente la aplicación de una multa por daño punitivo, pues todo habría sido consecuencia de un error involuntario; la demandada comunicó inmediatamente dicha circunstancia y se comprometió a devolver el dinero, reintegrándolo, en el caso del actor, en el

mismo resumen de la tarjeta de crédito donde se registraba el cobro del precio del pasaje.

- 9.- Corresponde rechazar la indemnización del daño punitivo, en tanto que no ha sido probada la existencia de un actuar intencional y habitual por parte de la aerolínea, sin que se advierta tampoco una manifiesta o grosera conducta propia en el trato comercial con el consumidor (del voto de la Dra. Tevez).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Cancelación emisión de pasajes.

Referencias de la víctima:
Sexo: Masculino.

Componentes del daño:
Daño moral genérico: \$10.000

122.587 — CNCom., sala F, 28/11/2019. - Ferro, Leandro Damián c. United Airlines Inc. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/47500/2019]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa del 6% anual.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

Hacia una nueva mirada sobre el error en las contrataciones electrónicas

Gonzalo Casanova Ferro (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso.— III. La vulnerabilidad del consumidor de servicios aéreos.— IV. El cambio en el paradigma del error.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Leyendo los pormenores del caso y sin pretender deducir o concluir sobre algún tipo de cultura organizacional, fue inevitable memorar aquel insólito video de YouTube(1) donde un pasajero del vuelo 3411 de United Airlines (en adelante, UA) que partía desde Chicago con destino a Luisiana era arrastrado por el pasillo literalmente fuera de la cabina por una mera cuestión de sobreventa(2), esto en virtud de la decisión unilateral de la aerolínea de seleccionar tres personas al azar para que desistieran de viajar una vez que ya estaban acomodadas dentro del avión. Pero lo más desconcertante no fue el hecho sino la nota en la que el presidente de UA, Oscar Muñoz, pretendió explicar lo inexplicable comentando que, si bien lamentaba lo ocurrido, se había cumplido con los protocolos para “reacomodar” al pasajero en este tipo de circunstancias. Este procedimiento le costó a UA una caída de 4% en el valor de sus acciones y una convocatoria del comité de transporte del Congreso de los EE.UU. para dar explicaciones sobre maltratos y arbitrariedades reiteradas hacia los consumidores y sus bienes(3). Pensar que el pasajero debe responder por el error de la empresa y no al revés es un paradigma global que afortunadamente está cambiando. Pensar que frente a un conflicto entre dos partes donde se debate la cuestión de un error en la administración de justicia deberá tutelar a quien lo provocó, pero supeditar su tutela a la diligencia o no del receptor, resulta cuando menos poco prudente.

II. El caso

El 25/03/2018 Leandro D. Ferro compró con su tarjeta de crédito un pasaje en internet (en cuotas y con varias escalas en el medio) rumbo a Sidney vía UA a un precio sumamente conveniente en el marco de la campaña de promoción denominada “travel sale” y por medio de una agencia debidamente habilitada: Almundo.com. Le fueron enviados a su correo electrónico los boletos y el respectivo código de reserva. Al día siguiente la agencia le notifica que ha habido un error imputable a la compañía aérea. Y el 9 de abril recibe una nueva comunicación de la agencia informándole que le iban a hacer la devolución en su tarjeta en el curso de los siguientes 15 a 30 días.

L. D. Ferro demandó en primera instancia a UA para que emitiera a su favor el pasaje que adquirió con destino a Sidney por considerar que la cancelación fue unilateral y arbitraria. Reclamó

en subsidio; y para el caso en que la emisión de los pasajes fuera de cumplimiento imposible, el importe necesario para adquirir los pasajes con el mismo itinerario y para la misma época del año según los valores vigentes al momento de la liquidación. Asimismo, reclamó daño moral y pidió que se aplique daño punitivo. La demandada, por su parte, opuso excepción de incompetencia, reclamando que lo actuado se girara al fuero civil y comercial federal. Negó todos los hechos y desconoció las comunicaciones de Almundo.com. Seguidamente relató el procedimiento internacional que posee la empresa para el armado y la composición de tarifas; manifestando que el 26/03/2018 un analista de precios de UA cometió un error al pretender igualar una tarifa de Quantas utilizando un tipo de cambio incorrecto, lo cual implicó una publicación de precios errónea, situación que tardaron aproximadamente dos horas en advertir y corregir. UA argumentó entonces que en la Argentina se cancelaron los contratos de transporte, pues se los consideraba nulos a partir de un error esencial de hecho. Que lo irrisorio de la tarifa daba cuenta por sí misma de que se trataba de un error evidente. Indicó que no se verificaron los supuestos generadores de responsabilidad y negó poner a disposición las sumas abonadas por el actor para el pasaje. En primera instancia se rechazó la excepción de incompetencia en razón de la materia. Se decidió que el error invocado era perfectamente reconocible y que por ello afectó fatalmente el negocio. En la exposición de agravios la demandada cuestionó que le fueran impuestas las costas por el planteo de incompetencia y el actor, en cambio, requirió la revocación íntegra de la sentencia. La Cámara revisó lo actuado y llegó a otra conclusión; entendió que el error no era “reconocible” en los términos del art. 266 y en consecuencia no se verificaba el vicio en el consentimiento que podía conducir a la nulidad del contrato. Situación que había conducido a una resolución injustificada. Por lo que se hizo lugar a la indemnización en la suma de \$10.000 y si bien se rechazó la inconstitucionalidad también planteada para los daños punitivos reclamados por la demanda, se rechazaron porque los elementos facticos no demostraron que se configurara el accionar sancionatorio (de hecho, se reconoció el error y se devolvió lo depositado inicialmente). Las costas se impusieron a la demandada vencida.

III. La vulnerabilidad del consumidor de servicios aéreos

Si abrimos el angular de nuestra mirada y nos retrotraemos al momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar al caso, ve-

remos que desde el punto de vista del demandante había más de una estrategia posible.

Una era considerar el art. 63 de la ley 24.240 donde se indica que “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley” y tramitar entonces el reclamo vía ANAC(4).

Una segunda alternativa hubiera sido considerar el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto a la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de valor y asumir entonces que Almundo.com debía hacerse responsable (sin perjuicio de las eventuales acciones de repetición) y en todo caso reclamar ante la autoridad de aplicación que en el supuesto(5) asume el actual Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación.

Finalmente se optó por el camino más largo, pero también más completo en términos de recursos defensivos, que consiste en reclamar primero ante el organismo de Defensa del Consumidor y, agotada esta instancia, abrirse paso en la vía judicial.

Los pasajeros de todo el mundo saben que frente a situaciones como la sobreventa, cancelaciones, demoras y pérdidas de conexiones imputables a las empresas son pocas las chances que tienen para resolverlas sin conflicto. Tan así es y tal es el estado de resignación global, que esto ha dado lugar al nacimiento de un nuevo tipo de plataformas y aplicaciones para el expeditivo cálculo de las indemnizaciones(6).

Si se hubiera admitido la cancelación y basados únicamente en el Código Aeronáutico, concretamente en el art. 150, el pasajero apenas hubiera podido pedir el reintegro de lo abonado y en el mejor de los casos algunos gastos ordinarios de desplazamiento y estadía. Basados, en cambio, en el art. 8º, inc. III, de la res. 1532/1998 podría haberse argumentado que con el precio abonado no se cubrían cargos o tasas, lo cual habilitaba la negativa a brindar transporte. La cancelación no trató de justificarse. Se insistió entonces en el error esencial y la nulidad del contrato y por lo tanto, como bien, se expresa la Cámara “la accionada pretendió resolver el contrato sin tener derecho a hacerlo”.

Y es que claramente el contrato de transporte aéreo es un contrato de consumo(7). Conforme al art. 1093 del Cód. Civ. y Com., transportista y pasajero coinciden en la descripción de los sujetos involucrados en el contrato de consumo unidos por el vínculo proveedor/usuario que marca el art. 3º de la LDC y, si bien se remarca el carácter supletorio de la LDC, no es menos cierto que en caso de duda debe aplicarse el principio de *in dubio pro consumidor*, tal como lo expresa el mismo art. 1094 del

mismo Código. Para el caso, la cancelación por parte de la aerolínea debe ser interpretada a la luz del art. 19 de la LDC, al decir que “Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

Pero si esto no fuera suficiente, también hay que agregar que la oferta de UA se hizo por medios electrónicos y estuvo vigente breve pero efectivamente en la red (arts. 1106 al 1116 del Cód. Civ. y Com.). Esto significa en términos del art. 7º de la LDC que “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones”. Y si bien es cierto que la jurisprudencia ha sostenido que realizada la oferta y aceptada por el consumidor se perfecciona el contrato(8), el proveedor, léase *Almundo.com/UA*, confirmó esta aceptación con el envío de los boletos y código de reserva.

IV. El cambio en el paradigma del error

El denominado “travel sale” es un evento digital sumamente singular que dura una semana y generalmente se ubica en el mes de marzo. Es un espacio construido entre la Faevyt(9) y la Cámara de Comercio Electrónico para promover el turismo y la venta a través de agencias de viajes debidamente habilitadas. En este contexto y durante este período tan corto (que no permite mucho margen para la comparación) es que pueden aparecer ofertas significativas que no deberían producir suspicacias. Se trata de un espacio digital avalado, con buenas ofertas y por tiempo extremadamente limitado. Rige entonces el art. 8º de la LDC: “Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente” (art. 1103 del Cód. Civ. y Com.). La publicidad es, en sí misma, un acto negocial con una doble finalidad: individual y social, sirve para atraer la atención del público y comunica las bondades y cualidades de un producto o servicio(10). La construcción de la confianza es pues su esencia; y en la percepción del consumidor se da, como bien señala Barbado, “La apariencia jurídica, que no es la realidad subyacente, es la que tienen en cuenta los terceros de buena fe al contratar”(11). La confianza es el valor implícito de las empresas. La finalidad de la publicidad en el marco precontractual de las “palabras preliminares” tiene el objeto explícito de convencer y en una economía cada vez más competitiva no es descabellado encontrarse con oportunidades comerciales brindadas por un profesional cuya experticia se presume. En todo caso, es

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado, miembro de la Academia Argentina de Turismo. Exfuncionario del Ministerio de Turismo de la Nación. Profesor de Política y Legislación Turística en grado de la UADE y posgrado en UBA Ciencias Económicas y UNSAM.
(1) https://www.youtube.com/watch?v=nJdCBsWS_nU.

(2) En nuestro país para estos casos rige la res. 203/2013 de ANAC.

(3) <https://www.youtube.com/watch?v=5YGc4zOqozo>.

(4) anac.gov.ar.

(5) Ley 18.829 y dec. 2182/1972 y res. 263/2003 Mintur.

(6) <https://www.lanacion.com.ar/turismo/derechos-del-pasajero-como-cuando-reclamar-aerolineas-nid2273745>.

(7) BARREIRO, Karina, “Transporte aéreo y derechos del consumidor”, en *Derecho del turismo*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, t. 2.

(8) ST Formosa, 12/07/2013, “Aerolíneas Argentinas sucursal Formosa s/apelación ley provincial 1480”, AR/JUR/46418/2013.

(9) faevyt.org.ar.

(10) MAGUILLO, Roberto A., “Publicidad”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.

(11) BARBADO, Patricia, “Los principios de confianza y transparencia en la relación de consumo”, RDD 2016-1,

una carga del proveedor: “Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio” (art. 1101, Cód. Civ. y Com.).

¿Cuál es el nudo de la cuestión? A nuestro entender, el que trata con toda lógica el juez de Cámara: los requisitos del error inexcusable, la acreditación entre la esencialidad y la posibilidad de reconocimiento, por oposición a lo que se discutía de “excusabilidad vs. inexcusabilidad” en el viejo Código Civil o sea centrado en la persona que emitía la declaración y no tanto en el receptor (12). A lo largo de toda su defensa UA argumentó la nulidad del contrato por error esencial. Ahora bien, lo que se debate aquí son tres de los artículos del Código Civil y Comercial: el art. 265, que trata sobre el

{ NOTAS }

“Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Edit.

(12) VITOLLO, Daniel R., “Manual de Contratos”, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2017, t. 1.

(13) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “El error de derecho en la impugnación de particiones hereditarias aprobadas judicialmente”, JA 1979-I-588, 1979, citando a

error de hecho, el 267, que plantea los supuestos del error esencial, y el 266, sobre el error reconocible. Los primeros simplemente ponen el foco en el vicio de la voluntad y la nulidad del acto y el segundo aclara que el error es reconocible cuando “el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”. Dicho de otra forma, seguridad jurídica de un lado o asumir que puede haber un error detrás de cada oferta [y cargar consecuentemente con el deber de diligencia al consumidor (13)] y la buena fe exigible en toda contratación del otro. En las circunstancias en las que se planteó la operación comercial, el bajo precio por sí solo no permite presumir que el actor pudo reconocer el error invocado por la demandada y, en esta línea, si asumimos la validez del contrato, su resolución unilateral resulta injustificada, dando lugar a la responsabilidad de UA.

PIETROBON, Vittorino, “El error en la doctrina del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, p. 271.

(14) Convenio de Varsovia de 1929, Protocolo de La Haya 1955, Convenio Complementario de Guadalajara de 1961, Protocolo N° 4 de Montreal de 1975 y Convenio de Montreal de 1999, Convenio de Bruselas de 1970 (vigente entre

V. Conclusiones

Hay a nivel internacional y local dos sistemas que primero se contradecían y hoy pugnan por armonizarse. Por un lado, el desarrollo de una teoría de la responsabilidad aerocomercial signada por los tratados internacionales (14) y por otro la voluntad de la OACI en la sexta conferencia mundial sobre transporte aéreo (ATconf/6) (15), que invitó al Grupo de Expertos sobre Regulación del Transporte Aéreo (ATRP) a trabajar sobre los derechos de los consumidores (16).

A nivel nacional ya vimos que el art. 63 de la LDC junto con el Código Aeronáutico y la res. 1532/1998 (17) pretendieron imponer un régimen de responsabilidad más protectorio para las líneas aéreas en detrimento del usuario, sin advertir que las conquistas de los derechos del

nosotros hasta 2009) y el Tratado de Atenas.

(15) Montreal, 2013.

(16) KNOBEL, Horacio, “La protección del pasajero aéreo en la jurisprudencia”, en *Derecho del turismo*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, t. II.

(17) MINISTERIO DE ECONOMÍA OBRAS Y SERVI-

consumidor no eran una mera tendencia sino una superación que se fue ampliando y perfeccionando por obra de la ley (y aquí fue clave la jerarquización de estos derechos tanto por la reforma constitucional de 1994 como por la sanción en 2015 del Cód. Civ. y Com.) (18) junto a la jurisprudencia consecuente que se ha venido acumulando. En pocos años la industria aerocomercial creció vertiginosamente y también creció su influencia normativa. No obstante, no estamos frente a un fenómeno que podríamos explicar como pendular sino más bien frente a una verdadera evolución irreversible. El presente caso, seguramente sin pretenderlo, ha sido pues un epítome de esta tensión que hoy se resuelve claramente a favor del usuario.

Cita online: AR/DOC/403/2020

CIOS PÚBLICOS, “Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo”.

(18) WAJNTRAUB, Javier, “El fortalecimiento de los derechos de los consumidores en el Código Civil y Comercial”, RDD 2016-1, “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Edit.

JURISPRUDENCIA

Estafa

Sentencia arbitraria. Decisión que absuelve al imputado. Requisitos del tipo penal. Elemento no requerido por la ley, doctrina o jurisprudencia. Negligencia de la víctima. Disidencia. Certiorarínegativo.

1.- La sentencia es arbitraria, porque parece aludir a que no habría habido engaño, cuando afirma que: “corresponde disponer la absolución del imputado en orden al delito de estafa (art. 172 del Cód. Penal), al no configurarse el elemento del ardid”, pero no se comprende de qué modo habría podido arribar a esa conclusión si, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia absolutamente pacíficas y unánimes, la acción de engaño (o lo que es igual, ardid) consiste en provocar error en la víctima, lo cual no parece racionalmente posible negar que hubiese ocurrido en el caso (del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

2.- La sentencia es arbitraria, pues es el propio juez quien reconoce la existencia del engaño; para negar después la relación de causalidad que debe existir entre el engaño y el error de la víctima en la estafa. Aun si esta fuese la interpretación correcta de los términos del fallo, esto es, la falta de causalidad entre engaño y error, ella sería igualmente arbitraria, pues tampoco se condice en absoluto con las circunstancias fácticas de la causa de las que surge que el engaño causó el error en la víctima, que en todo momento pagó creyendo erróneamente que lo hacía contra la entrega de un recibo auténtico con el que el imputado expresaba la voluntad de dar por cancelada la segunda cuota pactada (del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

3.- El argumento de la sentencia impugnada relativo a que la falta de cuidado por parte de la víctima convierte en atípica la conducta del autor de la supuesta estafa, o bien, a la inversa, la tipicidad del delito de estafa requeriría, además de los elementos que son mencionados tradicionalmente (engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), que la víctima haya obrado diligentemente, es una interpretación que choca con el dato insoslayable de que prácticamente toda estafa presupone un descuido de la víctima y que ello es en definitiva lo que hace posible

que tenga éxito el engaño. Reclamar como elemento adicional para la tipicidad que la víctima no haya obrado descuidadamente importaría exigir un requisito que ni la ley ni la doctrina ni la jurisprudencia piden y consagrar una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante (del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

122.588 — CS, 22/05/2020. - S., C. J. s/ Estafa y estafa en grado de tentativa -dos hechos- en concurso real.

[Cita on line: AR/JUR/17496/2020]

Dictamen del Procurador General

-I-

La Sala B del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa hizo lugar al recurso de casación con el que la defensa de C. J. S. apeló la decisión del Tribunal de Impugnación Penal de esa Provincia que había confirmado la sentencia de la audiencia de juicio que lo condenó como autor de los delitos de estafa y tentativa de estafa, en concurso real, y le impuso la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

En relación con la condena por el delito de estafa, la Corte provincial entendió que era errónea la interpretación que los magistrados de las instancias anteriores habían hecho de los elementos exigidos por el artículo 172 del Cód. Penal y su aplicación a los hechos de la causa, pues juzgó que el comportamiento injustificadamente arriesgado o negligente de la víctima, S. D. A., es lo que daría cuenta de su disposición patrimonial perjudicial —la entrega de ochocientos setenta mil dólares estadounidenses (u\$s 870.000)— y no la conducta engañosa del acusado, lo que impediría la subsunción de los hechos imputados en el tipo penal de estafa. Como consecuencia, absolvió a S. en lo que respecta a esos hechos.

En cambio, en relación con la condena por el delito de tentativa de estafa —que alude a hechos vinculados a la compraventa de dos lotes de animales— el tribunal supremo pampeano consideró que la prueba producida durante el juicio había sido arbitrariamente valorada, por lo que anuló el pronunciamiento condenatorio y reenvió las actuaciones al tribunal de impugnación a fin de que se dicte una nueva sentencia conforme a derecho (cf. copia de la sentencia de la corte provincial, fs. 5/9).

La parte querellante interpuso entonces recurso extraordinario federal, mediante el cual objetó solo la absolución dictada por el *a quo*, a la que atribuyó arbitrariedad (cf. fs. 15/35). La Corte provincial lo declaró inadmisilible (cf. fs. 48/49 vta.), y eso motivó la presentación de esta queja.

-II-

En prieta síntesis, el recurrente tacha de arbitraria la interpretación y aplicación al caso que hizo el *a quo* del artículo 172 del Cód. Penal. En particular, aduce que el superior tribunal ha otorgado a esa norma un alcance que restringe irrazonablemente su ámbito de aplicación y la torna inoperante, pues exige de la víctima una diligencia que, en caso de ser observada, eliminaría prácticamente la posibilidad de que exista el delito de estafa. Como consecuencia de ello, postula que se ha conculcado también el derecho de la víctima a acceder a la verdad, que funda en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, asimismo, que se ha configurado en el caso un supuesto de gravedad institucional.

-III-

No paso por alto que las cuestiones derivadas de la interpretación de las normas de derecho común y su aplicación a los hechos del litigio constituyen, en principio, una materia propia de los jueces de la causa y ajena, por ende, a esta instancia excepcional (Fallos: 305:1104; 308:718, entre otros). Sin embargo, V.E. ha hecho excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad cuando, como sucede en el *sub lite*, la decisión impugnada no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, y consagra asimismo una interpretación de esas normas en términos que equivalen a su prescindencia (Fallos: 310:2114; 311:2314, entre otros).

Para justificar esta afirmación es preciso reseñar primero los hechos establecidos por los jueces de la causa, que constituyeron la plataforma fáctica en torno a la cual se planteó luego la discusión acerca de su correcta calificación legal.

El tribunal de juicio consideró demostrado que el imputado (i) acordó con la víctima la venta en cuotas de un campo por la suma de dos millones quinientos mil dólares estadounidenses (u\$s 2.765.000); (ii) recibió un primer pago de cuatrocientos ochenta mil dólares (u\$s 480.000) y ciento siete mil pesos (\$107.000) con la firma del boleto, el 26 de abril

de 2012, en la ciudad de Santa Rosa, y estipuló un plazo de sesenta días para el pago de la segunda cuota, de ochocientos setenta mil dólares (u\$s 870.000); (iii) transcurrido ese término, el 29 de junio de 2012, le entregó a la víctima un recibo con una firma suya falsa contra el pago de los ochocientos setenta mil dólares (u\$s 870.000); y (iv) posteriormente, procedió a desconocer el pago y rescindir la operación por incumplimiento de contrato, quedándose con el inmueble, los ciento siete mil pesos (\$107.000) y el millón trescientos cincuenta mil dólares (u\$s 1.350.000) ya recibidos.

En la sentencia también se tuvo por acreditado que el hecho fue precedido por una serie de actos del acusado tendientes a generar la confianza que facilitara el engaño. Así, se estableció que desde el inicio del negocio se desarrollaron acuerdos entre las partes basados exclusivamente en la buena fe y la confianza, situación que se evidenció, por ejemplo, al entregar el vendedor anticipadamente la tenencia y las llaves del campo, pese a que en él había aún elementos y animales que no entraban en la compraventa, al aceptar el comprador la palabra del vendedor acerca de la cantidad de animales incluidos en la venta que había en el campo, y al facilitar luego el acusado las guías para el traslado de ganado al estar aún el comprador impedido de hacerlo.

Asimismo, se tuvo por demostrado que entre el primer y el segundo pago hubo varios períodos en que S. (y su padre) y A. (y su familia) compartieron en un clima de cordialidad la estancia, y que durante ese tiempo el acusado manifestó en todo momento su voluntad de concretar la operación. A tal punto ello fue así que permitió al comprador comenzar a trabajar la hacienda y le propuso una segunda operación, consistente en la venta de otros ciento noventa animales.

También se comprobó (i) que en ese período acordaron que el segundo pago no se haría en la ciudad de Buenos Aires, como se había consignado en el boleto, sino nuevamente en Santa Rosa; (ii) que, por ello, en días previos el escribano M. reservó a tal fin una sala en el Banco de La Pampa, Santa Rosa, y se lo comunicó al imputado; (iii) que, no obstante, S. no concurrió al acto y, en cambio, hizo labrar un acta dejando constancia de que el comprador no se había presentado a pagar en la ciudad de Buenos Aires; (iv) que, a la par, S. pretextó no haber ido a Santa Rosa por problemas de salud, y se comprometió a avisar qué día podía viajar; y (v) que reclamó, empero, que el pago, por razones de seguridad, no se hiciera en la escribanía ni en

la sala del banco, para no ser visto saliendo con dinero, y propuso, en cambio, que se hiciera en el campo “asado de por medio”, como lo habían hablado en una ocasión.

Por último, se acreditó que, el día 28 de junio, el imputado se comunicó con la víctima y le preguntó si podía viajar a Santa Rosa al día siguiente para concretar el pago, como también que A. accedió señalando incluso que le urgía, pues tenía esa gran suma en su casa. Así se llegó al día del hecho, en el campo, ocasión en la cual, con el pretexto de una modificación, en lugar de firmar el recibo preparado por el escribano, que había llevado A., le entregó a este otro que había traído él, con el texto en cuestión ya corregido y rubricado con la firma falsa.

-IV-

Ahora bien, precisados de este modo los aspectos fácticos sobre los que debió pronunciarse el *a quo*, no se advierte con claridad, en los considerandos de su sentencia, el análisis dogmático de los elementos del tipo de estafa en que basó la conclusión a la que arribó. Pero lo que sí es seguro, en cambio, es que ninguna de las lecturas posibles de su fallo puede dar sustento a lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

En efecto, en algunos pasajes el *a quo* parece aludir a que no habría habido ardid o engaño; así, por ejemplo, cuando afirma que: “corresponde [...] disponer la absolución de C. J. S. en orden al delito de estafa (art. 172 del Cód. Penal) [...], al no configurarse el elemento del ardid que requiere el referido encuadre delictual”, o también cuando señala que: “[c]uando la disposición patrimonial ha tenido su causa en un acto derivado de la negligencia del sujeto pasivo, no puede afirmarse que estamos ante un ardid o engaño...” (fs. 8 vta.).

Sin embargo, de ser ello así, no se comprende de qué modo habría podido arribar a esa conclusión si, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia absolutamente pacíficas y unánimes, la acción de engaño (o lo que es igual, ardid) consiste en provocar error en la víctima, lo cual, a la luz de la serie de situaciones reseñadas en el apartado anterior, no parece racionalmente posible negar que hubiese ocurrido en el caso.

Tan es así que, en otros momentos de la sentencia, es el propio *a quo* quien reconoce la existencia del engaño para negar, ahora al parecer, únicamente la relación de causalidad que, también según la interpretación uniforme de este delito, debe existir entre el engaño y el error de la víctima. Así, el *a quo* luego de reprochar al tribunal de impugnación haber hecho un análisis parcial de “la actuación del sujeto pasivo, en el marco del engaño que requiere la figura”, señala que: “el tipo [...] de la estafa requiere para su configuración del elemento ‘ardid o engaño’, y para ello debe existir una relación de causalidad entre ese engaño y el ‘error’ cometido por el denunciante. Debe ser de tal magnitud, para ser admitido, que genere el error en el sujeto pasivo, indispensable para que se encuadre el accionar del sujeto activo en la figura del art. 172 del Cód. Penal”. Y unos párrafos después añade, con cita de doctrina, que: “[I]a ausencia de relación causal entre el ardid y el error pone de relieve la atipicidad de la conducta desde la estafa, tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria, ya que el error no se genera como consecuencia del ardid o engaño, sino que obedece a una causa (fs. 7 y vta.).

Pero si esta fuese la interpretación correcta de los términos del fallo, esto es, la falta de causalidad entre engaño y error, ella sería igualmente arbitraria, pues tampoco se condice en absoluto con las circunstancias fácticas de la causa, *supra* reseñadas, de las que surge que el engaño causó el error en la víctima, que en todo

momento pagó creyendo erróneamente que lo hacía contra la entrega de un recibo auténtico con el que S. expresaba la voluntad de dar por cancelada la segunda cuota pactada.

Precisamente por ello solo queda interpretar que la razón por la que el *a quo* niega en el caso la tipicidad reside en el comportamiento —a su juicio, negligente— adoptado por la víctima. A favor de esta lectura hablan el reproche que el *a quo* formula al tribunal de impugnación por no haber tratado adecuadamente ese aspecto, pero también las alusiones en ese sentido que contienen, entre otros, los párrafos que serán mencionados a continuación.

Así, sostiene el *a quo*, con apoyo de una cita de doctrina, que en el análisis de la relación de causalidad entre el engaño y el error “es preciso incluir [...] la conducta de ‘intereses contrapuestos’ de ambos sujetos, pues ‘se trata de una exigencia constante en la cual se reclama a ambos conductas diligentes. De parte del delincuente, como a cualquier otro sujeto, se le exige un comportamiento probo, conforme a derecho [...], a la vez que al sujeto errante se le reclama portarse con atención y poniendo los sentidos, sobre todo el sentido común, y todos aquellos elementos derivados de su arte, profesión, experiencia y conocimientos adquiridos e incorporados a su psiquismo para formar su forma de ser y comportamiento esperado’. Sentado lo anterior, el *a quo* afirmó que “[e]n el caso que nos ocupa, no surge la diligencia propia de un hombre de negocios, porque A. [...] habría accedido a cerrar un negocio millonario en un galpón de campo, sin ningún tipo de resguardo o medidas de seguridad. Incluso aceptó [...] que la operación se realizara junto a una persona que acompañaba a S., y que no era de su conocimiento. La falta de una actitud diligente por parte de A. no es esperable en una persona que, según su propio testimonio, está acostumbrada a la realización de actividades comerciales que implican un movimiento de importantes sumas de dinero, en este caso millonaria, y que por otra parte posee los medios necesarios para que la operación concluyera sin ningún contratiempo, con las medidas de seguridad propias de una transacción de las características referidas, máxime cuando la primera suma de dinero entregada se efectivizó en una escribanía”. Para luego concluir que: “[e]videntemente la conducta de la víctima reveló un descuido notable, y el error sucedido resultó de su propia negligencia [...]. Vale decir que el error no proviene de la situación engañosa desplegada por S., sino del accionar del propio A.” (fs. 7 y vta.).

Ahora bien, esta línea argumental, relacionada con los recaudos omitidos por la víctima, puede ser entendida, a su vez, en dos sentidos distintos. En primer lugar, es posible interpretar que el *a quo* se está refiriendo al requisito conocido en la dogmática de la estafa como de idoneidad del engaño y, más aun, que lo hace —en línea con el agravio de la defensa— desde la perspectiva de la concepción que lo trata como un problema de imputación objetiva, más específicamente de infracción de los deberes de autoprotección de la víctima (fs. 18 del legajo N° 10982/7 del Superior Tribunal de Justicia, Sala B). A su juicio, el ardid no habría sido idóneo y, por tanto, el error le sería exclusivamente imputable a la víctima.

Pero si esto fuera así, y la falta de idoneidad del ardid fuese efectivamente el argumento del *a quo*, no se comprende sobre qué base pudo haber llegado a esa conclusión, si de la descripción del hecho contenida en la sentencia no se desprende ni que el engaño hubiese sido burdo (en especial, la firma), ni tampoco que hubiese recaído sobre circunstancias respecto de las cuales el autor no tuviese el deber de expresarse con veracidad y fuese, en cambio, asunto del comprador procurarse información, presupuesto este para que pueda hablarse de infracción de deberes de

autoprotección. Repárese en que el engaño, y la *mise en scène* que lo acompañó, recayeron sobre un hecho interno relevante: la voluntad real de transmitir el dominio del inmueble contra el pago de la suma acordada, así como sobre la descripción de la prestación correspondiente a esa etapa del contrato: la cancelación de la segunda cuota pactada, es decir, sobre aspectos esenciales que daban sentido económico y jurídico a la operación. Y más allá de la discusión en detalle, propia del derecho común, sobre cuáles son las informaciones concretas cuya veracidad garantizaría el derecho penal a través del delito de estafa, no parece razonable, so riesgo de desvirtuar la figura y tornarla inoperante, excluir, en el marco de una compraventa, aquellas afirmaciones que refieren a los aspectos que se acaban de mencionar. En cualquier caso, una conclusión en contrario reclamaba una fundamentación de esta índole, ausente en el fallo, que no podía ser suplida con la mera invocación de un comportamiento descuidado por parte de la víctima, como hizo el *a quo*.

Esta mención conduce al otro sentido en que, según fue anunciado *supra*, podría ser entendida la argumentación del *a quo* referida a los recaudos omitidos por la víctima en ocasión de efectuar el pago de la suma de dinero: la falta de cuidado por parte de la víctima convierte en atípica la conducta del autor, o bien, formulado a la inversa, la tipicidad del delito de estafa requeriría, además de los elementos que son mencionados tradicionalmente (engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), que la víctima haya obrado diligentemente.

Empero, esta interpretación choca con el dato insoslayable de que prácticamente toda estafa presupone un descuido de la víctima y que ello es en definitiva lo que hace posible que tenga éxito el engaño. En otras palabras, si cada quien obrara en sus asuntos con el máximo de diligencia, no habría estafas. De allí pues que reclamar como elemento adicional para la tipicidad que la víctima no haya obrado descuidadamente, no solo importaría exigir un requisito que ni la ley, ni la doctrina y la jurisprudencia que pacíficamente la han interpretado, piden, sino además consagrar una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante, sin más razón que la sola voluntad de los magistrados (Fallos: 326:1864; 323:1122; 312:1039).

No paso por alto que una argumentación de esta índole podría también ser interpretada en el sentido de que con ella no se pretende afirmar que cualquier descuido de la víctima excluiría la tipicidad, sino solo aquellos de determinadas características o referidos a ciertas circunstancias que la víctima debía verificar, porque el autor no tenía a su respecto el deber de manifestarse con veracidad. Pero si se trata de discernir hasta qué punto se halla garantizada jurídico-penalmente la confianza de la víctima en las manifestaciones del autor y hasta dónde es ella quien debe adoptar los recaudos para verificar su veracidad, entonces esta argumentación se reconvierte en la anterior, es decir, la referida a la idoneidad del ardid, la cual, por las carencias ya señaladas, tampoco puede dar base a la resolución del *a quo*.

Por último, no puedo pasar por alto que pese a estar resolviendo, en este punto, una casación sustantiva y haber declarado expresamente hallarse impedido por esta razón de revisar la determinación de los hechos definitivamente fijados en la resolución del recurso ordinario, el *a quo* se explayó luego largamente sobre esos aspectos, cuestionó la valoración de la prueba que sustentó la condena en las dos instancias previas y puso incluso en duda que se hallara siquiera probado el pago de los ochocientos setenta mil dólares. Estas consideraciones descalifican aun más el fallo, pues no solo importan un exceso de jurisdicción, sino que además su-

gieren que pudieron influir en la decisión de las cuestiones sustantivas, lo cual resulta inadmisiblemente. A ello se suma que tampoco se comprende la pertinencia del mérito que hizo, a tal fin, de lo dispuesto en el artículo 1184, incisos 1° y II, del Cód. Civil (entonces vigente), si en la causa no se discutía que el pago en discusión —que se dio por probado— habría tenido lugar en el marco de la ejecución del boleto de compraventa, es decir, precisamente en la etapa preparatoria y por ello previa al acto de escritura traslativa de dominio que exige aquella norma.

En definitiva, como se adelantó al comienzo de este dictamen, en ninguna de sus lecturas posibles puede la sentencia del *a quo* ser considerada derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Siendo ello así, debo concluir que el pronunciamiento impugnado presenta vicios que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, frente a lo cual resultan ociosas otras consideraciones respecto de los restantes agravios.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada para que, por quien corresponda, se dicte otra con arreglo a derecho. Buenos Aires, 26 de agosto de 2019. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, mayo 22 de 2020.

Considerando:

Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación interino obrantes en el dictamen que antecede, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino y en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase. — *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia). — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisiblemente (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino y en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Desestimar la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día de notificada, efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz*.