

**REVOCACIÓN POR OPORTUNIDAD DE CONTRATOS  
DE INFRAESTRUCTURA Y RESARCIMIENTO  
DEL *LUCRO CESANTE***

**(Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones  
aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)\***

**I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

No seríamos originales si dijéramos que desde variados ámbitos se sostiene que nuestro país requiere de un plan de inversiones en infraestructura pública sostenido en el tiempo –proveniente tanto de fuentes de financiamiento del sector privado como público de la economía– en prácticamente todas las áreas imaginadas<sup>1</sup>, de una magnitud tal que –junto a otras acciones económicas– sería capaz de convertirse en el motor del desarrollo económico que nuestro país requiere impostergablemente, al punto de que con renovados bríos todos los planes de gobierno –tanto nacional, como provinciales y municipales– lo incluyen pregonando –especialmente en tiempos electorarios– que permitirá sacar definitivamente a la sociedad argentina de las recurrentes crisis que le toca vivir.

El interrogante –de crucial dimensión– es si tal cometido es posible de ser logrado en el ámbito nacional con disposiciones contenidas en un reglamento delegado que –a mi modo de ver– no solamente ha excedido notoriamente el ámbito de la delegación conferida por el legislador con sustento en el Artículo 76 de la Constitu-

\*“Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante. (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)”; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 320:17, Ediciones Rap S.A. (mayo 2005).

<sup>1</sup> Véase Ferreres, Orlando, “Crecer a largo plazo”, *Revista Noticias*, Año XXII, N° 1.481, del 14-05-2005, pp. 40/42.

ción Nacional, sino que a través suyo, y bajo la invocación de que era necesario derogar o modificar normas –incluso de rango legislativo– que perjudicasen la competitividad de la economía (arg. Artículo 1º, apartado II, inciso e) Ley N° 25.414), se ha fijado un haz importante de competencias en cabeza, no ya del propio Poder Ejecutivo, sino de órganos administrativos de inferior rango, en tanto éstos asuman el carácter de contratantes, que posibilitan –incluso– la negación del más elemental principio de toda contratación, como es el cumplimiento estricto del acuerdo válidamente celebrado y de un resarcimiento pleno e íntegro con desplazamiento de los principios generales aplicables a todo contrato.

Podría argumentarse –en contra de lo dicho– que es material y jurídicamente imposible aplicarle al Estado la regla de que el contrato es ley para las partes, en cuanto él, como creador del ordenamiento jurídico, puede para el caso dado desplazar dicha regla invocando el interés público<sup>2</sup>, pero ello sería admisible –al menos en nuestro ordenamiento– a condición de que cuando lo haga sea a través de una ley formal y asumiendo plenamente las consecuencias patrimoniales de semejante decisión (argumento que surge de los Arts. 17 y 19 de la Constitución Nacional).

Que ciertas reglas vigentes para todos los contratos son también aplicables a los contratos administrativos configura hoy una afirmación generalmente aceptada, al menos en algunos aspectos que podrían considerarse consustanciales al ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, en el estado actual de cosas no hay lugar para poner en duda que el *principio general de la buena fe* en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, receptado normativamente en nuestro medio por el Artículo 1198 del Código Civil, es plenamente aplicable a los contratos que celebran las Administraciones públicas, aunque su objeto sea de naturaleza administrativa.

Tampoco deberían abrigarse dudas acerca de que el contrato administrativo, en cuanto es un acuerdo de voluntades, integra el género de los contratos y por ello también sus estipulaciones forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Así expresamente lo ha decidido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en criterio que no se ha visto hasta la fecha modificado<sup>4</sup>. Puede ser que tampoco, y merced a las constantes declaraciones de emergen-

<sup>2</sup> Gallegos Fedriani describe con elocuencia el fenómeno diciendo: “Es imposible, teóricamente, reconciliar la idea de una promesa que obliga, con la existencia de un poder de hacer leyes que pueden variar el efecto de aquella promesa”. Ver Gallegos Fedriani, Pablo O., “Los contratos privados de la Administración”, en *Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, febrero 2002, p. 30, Separata de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*.

<sup>3</sup> González Pérez, Jesús: “El de la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración”, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 4ª edición actualizada, p. 29.

<sup>4</sup> En forma muy reciente la Corte Suprema ha reiterado su criterio de que “[...] los contratos administrativos constituyen una ley para las partes (Fallos: 313:376, considerando 11 del voto del Juez Fayt; 315:1760); en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), y la

cia llevadas a cabo legislativamente y con fundamento en sus amplias delegaciones de facultades –la más de las veces inconstitucionales–, falten argumentos en los tiempos que corren para poner en tela de juicio esta última afirmación, ya que ciertamente tal fenómeno produce una manifiesta degradación del derecho administrativo hasta su práctica desaparición<sup>5</sup>.

Pero si el contrato administrativo participa de las características esenciales de todo contrato en cuanto es un *acuerdo de voluntades*, como ha recordado la Corte Suprema, con tristeza habrá que concluir en que la admisión de que el poder administrador puede desplazar la regla sin habilitación legal expresa y razonable o con invocación de situaciones de necesidad y urgencia, implicaría tanto como la negación de su misma existencia<sup>6</sup>.

No es del caso ingresar aquí en la polémica suscitada en un sector de la doctrina acerca de las implicancias derivadas de la recepción normativa de facultades de muy amplio alcance en cabeza de la Administración pública en el ámbito de la contratación administrativa, pero sería oportuno admitir que el reconocimiento de la existencia de esos poderes implícitos en sistemas jurídicos que no han podido evitar los excesos provenientes de la confusión generada entre el interés público y el de los administradores de turno no ha dado –ciertamente– los mejores resultados.

Es en buena medida laudable el propósito del Decreto N° 1.023/2001 dirigido a uniformar el régimen jurídico de los procedimientos de selección del contratista para el denominado Sector Público Nacional, que hasta su dictado estaban establecidos en las normas reguladoras de cada contrato y de ese modo armonizar los preceptos aplicables con los principios que venían impuestos por las normas del derecho supranacional (v. gr.: La Convención Americana Contra la Corrupción), evitando de tal manera su obligatoria aplicación<sup>7</sup>, pero ciertamente el espectro queda incompleto a poco

---

modificación unilateral llevada a cabo por la administración, con independencia de la voluntad del contratista, no puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto por el Artículo 1197 del Código Civil (*Fallos*: 312:84)”; Cfr. “Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón” P.864.XXXVI. Sentencia del 2 de diciembre de 2004. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 319, abril 2005.

<sup>5</sup> La bibliografía jurídica en este aspecto es sumamente vasta, pero pueden citarse, entre muchos otros, Crivelli, Julio César, *La Emergencia Económica Permanente*, Buenos Aires, Ábaco, p. 30 y sigs., 2001; Urritigoyti, Javier, “Del derecho de la emergencia al derecho de la decadencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*:289:261 y sigs, Año XXV.

<sup>6</sup> Mairal, Héctor, “Los Contratos Administrativos en el marco de la Emergencia Pública Argentina”, en AA VV, *El Derecho administrativo de la emergencia, III* (Sebastián Alanis - Coordinador), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

<sup>7</sup> Fenómeno que venimos elogiando desde hace bastante más de una década, cuyo comienzo ubicamos con la Ley de Reforma del Estado N° 23.696 y prosiguió con la Ley N° 24.156 de Administración Financiera, y para ello nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en el Estudio Preliminar de las sucesivas ediciones de la *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, edición especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Buenos Aires, Ediciones Rap, ver, por citar un ejemplo, 10ª edición, 2004.

que reparemos en el hecho de que sus prescripciones sólo comprenden el segmento definido por el Artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y han sido excluidos los sujetos del inciso b) del mismo artículo<sup>8</sup>, pues si bien ambos espectros organizacionales configuran el denominado Sector Público Nacional, en la consideración que del mismo realiza la citada Ley N° 24.156, el Régimen de Contrataciones no ha mencionado ese segundo universo. La exclusión menos aún se justifica si la disposición se ha dictado para hacer más transparente el funcionamiento de este sector de la economía.

Un fenómeno de características semejantes aunque con una finalidad diferente es descrito en el ámbito del derecho comunitario europeo a partir de la adopción del concepto de *poderes de adjudicación*, el cual tiene como objetivo evitar mediante subterfugios y ficciones la aplicación obligatoria del derecho comunitario y con ello la vigencia plena de los postulados básicos de libertad económica del mercado integrado, particularmente el de la libre circulación de bienes y servicios entre los Estados miembro<sup>9</sup>.

Pero de esa necesidad de uniformar los procedimientos de selección no puede derivarse la atribución de regular también de manera uniforme –como lo hace el decreto delegado– todos los contratos que celebra el Sector Público Nacional declarándole aplicables las soluciones que se pregonan concebidas para un sector de ellos (los de objeto administrativo) y aún dentro de estos sin atender su diversa realidad económica.

Así, del denominado fenómeno de la *iuspublicación* de los sistemas de contratación estatales que describe la doctrina<sup>10</sup> no debería implicarse una conversión de todos los contratos que celebra el Estado en contratos administrativos, sino estrictamente limitarse a las reglas que rigen el procedimiento de selección y para hacer más competitivo y transparente el funcionamiento de este sector de la economía, propósi-

<sup>8</sup> En contra de tal criterio se expresa Cassagne, Juan Carlos, “La caracterización legal de las contrataciones de la Administración nacional”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, N° 49, p. 701 y sigs., en especial p. 715.

<sup>9</sup> Cfr. Moderné, Frank, “La Contratación Pública en el espacio económico europeo”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho –Universidad de Buenos Aires–, Lexis Nexis, 2004, p. 231 y sigs. En sentido análogo, describiendo el caso español a partir de la reciente modificación del Régimen de Contratos Públicos operada por el Real Decreto Ley N° 5/2005, del 11 de marzo, puede verse Mellado Ruiz, Lorenzo, “El Sistema Jurídico de la Contratación Pública en España: novedades del Régimen de los Contratos realizados por Entes Públicos de Gestión sujetos al Derecho privado”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap: 321* (junio, 2005). Claro que el fenómeno comunitario es ya más amplio y de las libertades económicas en el espacio así integrado se está actualmente dando paso a un nuevo espacio de libertades humanas consideradas fundamentales. (Cfr. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Europa, un espacio de libertad”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap: 318:9*, marzo 2005; Amaya, Jorge A., “Constitución o Tratado. Un triunfo de la democracia europea”, misma publicación N° 322, julio 2005 (en prensa).

<sup>10</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La caracterización legal...”, *op. cit.*, p. 703.

to con el que me he manifestado decidido partidario hace muchos años respecto al poder de adquisición y contratación que asumieron los prestatarios de servicios públicos, a condición –claro está– de que fuera establecido como deber mediante la sanción de una ley formal (argumento que surge del Art. 19 de la Constitución Nacional)<sup>11</sup>.

A mi modo de ver, y para entrar de lleno en la respuesta al interrogante que he planteado al comienzo, la ley debería lisa y llanamente negarle al órgano contratante el ejercicio de la potestad revocatoria de contratos válidamente celebrados, fundándose para ello en razones de interés público o bien de oportunidad, mérito o conveniencia en aquellos contratos que no posean objeto administrativo, y en los que sí lo poseyeran en tanto no mediara una ley especial previa estableciendo las consecuencias patrimoniales de su invocación; máxime cuando se encuentren en juego inversiones de gran magnitud, cuando sean necesarios plazos extensos de funcionamiento para su amortización o cuando las condiciones del sujeto contratante hayan sido especialmente tenidas en cuenta para la elección.

Antes de juzgar como herética la afirmación vertida en el texto, obsérvese que como lo ha advertido la doctrina<sup>12</sup> tal posibilidad es expresamente admitida por el ordenamiento jurídico nacional, pues el Artículo 19 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299/2000, ratificado más tarde por la Ley N° 25.415, y que instaura el Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial, expresamente se ocupa del asunto. De igual manera en el orden de las legislaciones provinciales debe citarse la Ley N° 8.836 de la provincia de Córdoba, por cuyo Artículo 55 se faculta al Poder Ejecutivo al otorgamiento de derechos reales administrativos temporarios sobre los bienes afectados en los contratos de concesión o licencia para la construcción de obras, trabajos o servicios públicos, con el fin de abaratar costos de financiamiento que se traduzcan en menores precios, tarifas o peajes a los usuarios y en esos supuestos, en caso de que la autoridad no hubiese realizado ninguna previsión en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones con relación a la revocación por razones de interés público, se debe aplicar derechamente la Ley de Expropiaciones.

## II. LA INCONSTITUCIONAL SOLUCIÓN DEL RÉGIMEN NACIONAL DE CONTRATACIONES.

En lo que aquí interesa debe señalarse que, entre las facultades y obligaciones que *especialmente* el Artículo 12 del Régimen le atribuye a la autoridad administrati-

<sup>11</sup> Cfr. Mertehikian, Eduardo, “La Regulación de los Servicios Públicos Privatizados”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 197:5 (febrero 1995). Solución que propugnamos también cuando tuvimos oportunidad, junto al Profesor Ismael Mata, de elaborar el Anteproyecto de Actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064 por invitación que nos cursara en el año 1994 el entonces Ministerio de Justicia de la Nación y en cuya redacción y coordinación cupo importante intervención al Profesor Armando N. Canosa. Es esa la solución que adopta la Ley N° 25.551 de Compre Trabajo Argentino.

<sup>12</sup> Mairal, Héctor, “La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas” en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo - Director, *La Ley*, Suplemento Especial, mayo 2004.

va, se encuentra la del inciso b) de dicha norma que dispone la posibilidad de “aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos”, y estableciendo en su segundo párrafo lo siguiente: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.

Ahora bien, sin perjuicio de que en estricta forma la disposición sólo debiera haberse ocupado de las consecuencias de la modificación contractual (pues de eso trata exclusivamente el primer párrafo), en ese estricto supuesto podría encontrar justificación la limitación indemnizatoria dispuesta en el segundo párrafo pues –por definición– el contrato sigue su curso; debemos centrarnos –siguiendo en ello la opinión de la más calificada doctrina– en que en el supuesto de extinción anticipada el resarcimiento del daño que la disposición viene a negar “constituye el equivalente del sacrificio derivado por la desaparición del contrato, no el equivalente de la prestación faltante” ya que, por cierto, “la utilidad del contrato no se agota totalmente en la prestación: puede consistir también en otras utilidades consiguientes”<sup>13</sup>.

Tampoco debe omitirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>14</sup> ha dejado establecido que el *lucro cesante* debe ser entendido como el conjunto de ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y debidamente acreditadas y que –en términos estrictos–, conforme lo ha señalado también una muy autorizada doctrina, se trata de “la frustración de ganancia, la privación de un acrecentamiento patrimonial que el acreedor, verosímilmente, hubiera podido obtener según las circunstancias, si el cumplimiento se hubiera producido”<sup>15</sup>. Es claro también que “no basta con una mera posibilidad en abstracto de ganar más, sino que es necesaria la realidad concreta de haber dejado de ingresar determinada suma” y que

<sup>13</sup> Cfr. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Traducción de R.O. Fontanarrosa - S. Sentís Melendo - M. Volterra, T. II, p. 346, EJEA, Buenos Aires, 1986.

<sup>14</sup> *Fallos*: 306:1409. En igual sentido se pronunció la SCJBA en la causa “García, Ezequiel P. c/ provincia de Buenos Aires”, del 11-08-1992, decisión que mereció el oportuno comentario del Profesor Armando N. Canosa, “Diferencias entre los distintos supuestos de responsabilidad por sus actos lícitos”, *El Derecho*, ejemplar del 19-05-1993. La cuestión acerca del alcance de la expresión “daños y perjuicios” viene ya definida por el Código Civil, en donde los Artículos 519 y 1069 precisan ambos conceptos, disponiendo el primero: “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo”; en tanto que la segunda de las normas citadas establece: “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”. Por su parte, el Artículo 520 del mismo Código establece: “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”, a no ser que el incumplimiento fuere malicioso, en cuyo caso el resarcimiento comprenderá también las consecuencias mediatas (Art. 521, Código Civil).

<sup>15</sup> Morello, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense, Abeledo Perrot, 1974, 2ª edición, pp. 180/181.

para que resulte procedente su resarcimiento “tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que ésta se habría conseguido”, sino que “basta cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso”<sup>16</sup>.

Ahora bien, debe retenerse que para el dictado del reglamento en cuestión el Poder Ejecutivo invocó expresamente la disposición del Artículo 1º, apartado II, inciso e) de la Ley N° 25.414 (cfr. tercer y último considerando del decreto), circunstancia que –remitiéndonos a su texto– obliga entonces a precisar que la atribución (enmarcada expresamente en el Artículo 76 de la Constitución Nacional y debiendo considerarla como *las bases de la delegación*, tal como lo dispone el Art. 2º de la Ley N° 25.414) estaba dirigida a “dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía”, exceptuando expresa e integralmente toda derogación, modificación y suspensión de –entre otras disposiciones– los códigos de fondo.

De tal suerte que si nos atenemos a los fundamentos vertidos para su dictado y muy especialmente a los de la finalidad de la Ley N° 25.414 (derogada al poco tiempo por la Ley N° 25.556), el ejercicio de la atribución delegada, en lo que se refiere al Artículo 12, inciso b) del Decreto N° 1.023/2001, ha excedido el ámbito de las facultades atribuidas pues no se llega a apreciar de qué manera la disposición reglamentaria se inserta en las bases de la delegación. Antes bien, el reconocimiento explícito de poderes tan amplios en la autoridad contratante y la injustificada limitación de la indemnización debida no parecen configurar un escenario proclive para proveer al Sector Público Nacional de reglas tendientes a concitar la competitividad en este sector de la economía, máxime cuando se trata de contratos de gran envergadura o complejidad<sup>17</sup>.

El constituyente ha establecido como regla general la prohibición de la delegación legislativa<sup>18</sup> y, por lo tanto, ese es el criterio que debe servir como guía para la

<sup>16</sup> Morello, Augusto M., *op. cit.*, pp. 195/196.

<sup>17</sup> Ya he expresado [cfr. “Servicios Públicos, Emergencia, Delegación Legislativa, Renegociación, Prestación Privada y Aprobación Ficta por el Congreso (A propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820)”, en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo – Director, *La Ley*, mayo 2004, p. 79 y sigs.] que desde mi punto de vista son aplicables las pautas interpretativas elaboradas por la Corte Suprema –con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994– alrededor de los conceptos de “estándar inteligible” o de “política legislativa”, al concepto de “bases de la delegación” empleadas por el Artículo 76 de la Constitución Nacional, concepto que si bien parece responder a idéntica expresión contenida en el Artículo 82.2 de la Constitución española de 1978, la doctrina explica también –con sustento en las expresiones vertidas en el seno de la propia Convención Constituyente Nacional– que la fuente de inspiración ha sido el Derecho constitucional americano y más precisamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, a cuyo fin me remito a González Campaña, Germán, “El mito de la delegación legislativa en el Derecho norteamericano”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 304:61 y para una interpretación del concepto de bases de la delegación véase la obra del profesor Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 501.

<sup>18</sup> Bianchi, Alberto B., “Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994”, en AA VV, *Derecho Administrativo* (Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff) –Juan

interpretación de toda norma que produzca una traslación de competencias legislativas cuando ella se encuentra autorizada, ya que –por lo demás– la única delegación admitida por el Artículo 76 de la Constitución Nacional es la denominada *delegación impropia*<sup>19</sup> sin perder de vista que a más de los límites que tal disposición constitucional impone a los reglamentos delegados, rige también respecto de ellos la prohibición material que establece el Artículo 99, inciso 3), del mismo cuerpo normativo para los reglamentos de necesidad y urgencia<sup>20</sup>.

### III. LA CUESTIÓN EN LA LEY N° 13.064 Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Es obligado señalar que el aparente silencio guardado en punto al alcance de la reparación debida al contratista de obra pública, cuando el contrato es revocado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, fue interpretado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que las disposiciones de la Ley N° 13.064 no negaban la indemnización del lucro cesante, sino que lo admitían (“Eduardo Sánchez Granel” y sus antecedentes)<sup>21</sup> con un criterio que no su-

---

Carlos Cassagne - Director-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 63 y sigs., especialmente p. 102. Canosa, Armando, “La Delegación legislativa en la Nueva Constitución”, en AA VV, *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, –Juan Carlos Cassagne - Director-, Buenos Aires, Depalma, 1995. Comadira, Julio Rodolfo, “Los Reglamentos Delegados”, en *Acto Administrativo y Reglamento* (Obra Colectiva que reúne las exposiciones vertidas en las Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el 30 y 31 de mayo y el 1° de junio de 2001, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, p. 679 y sigs., en especial p. 686).

<sup>19</sup> Conforme también así lo expresamos en el trabajo citado en nota 17.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Es que como lo ha señalado el profesor Cassagne, la interpretación que corresponde realizar es la que armoniza los preceptos de los Arts. 76 y 99, inciso 3), de la Constitución Nacional, pero a mi modo de ver siempre han de prevalecer las reservas legales del último de los artículos citados, puesto que de lo contrario se verificaría el esquema constitucional asistemático que el mencionado autor también advierte (Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La Configuración de la Potestad Reglamentaria”, *La Ley*, ejemplar del 26-11-2003). Hemos adherido así a la tesis que en esta materia ha dejado expuesta el Profesor Gordillo (Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, 2003, p. VII-32, numeral 13.2.) y ello en mi opinión además es así por la sencilla circunstancia de que el legislador no puede darle al Poder Ejecutivo una facultad que el propio constituyente en términos expresos y concluyentes le ha negado, reservándola en exclusividad al legislador. Ver también las opiniones en favor y en contra de tal postura que este último autor cita en el lugar indicado (ver especialmente nota n° 13.10 en la p. VII-34.). A la misma conclusión, pero por fundamentos diversos, arriba la profesora María Angélica Gelli (*Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, segunda edición ampliada y actualizada, apartado 5.3., pp. 621/622).

<sup>21</sup> En efecto el criterio jurídico expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI” (*Fallos*: 306:1409) no era nuevo en la jurisprudencia del Alto Tribunal y ya había sido expuesto en “Boccaro, Armando” (*Fallos*: 277:225) y en orden a la admisión del lucro cesante en el contrato de obra pública reconoce valiosos antecedentes en las sentencias recaídas en las causas “S.R.L. Livio Dante Porta y Cía. SAIC c/ Ferrocarriles Argentinos”, (*Fallos*: 286:333) y en “S.R.L. Pensavalle c/ Nación Argentina” (*Fallos*: 296:729).



frío variaciones posteriormente ya que la solución recaída en la causa “Motor Once”<sup>22</sup> actúa en un plano diferente<sup>23</sup>.

Por otra parte, la ausencia de una norma específica en la Ley N° 13.064 debe ser integrada –tal como lo ha llevado a cabo el Alto Tribunal– con la disposición del Artículo 1638 del Código Civil, que establece: “El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad por reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia”.

La solución que viene a aportarnos ahora el Decreto N° 1.023/2001 al negar la procedencia de este rubro indemnizatorio se aparta sin justificación no solamente del criterio establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus diversos pronunciamientos sobre el punto, sino del derecho de fondo que regula específicamente el supuesto y cuya aplicación debe ser directa.

Retomando el interrogante del comienzo, y para decirlo con todas las palabras y en lenguaje sencillo, resulta abiertamente contradictorio requerir inversión de riesgo en infraestructura pública mediante la celebración de contratos que la doctrina ha calificado certeramente como de larga duración<sup>24</sup> y, al mismo tiempo, proveer un cuadro normativo integrado por disposiciones de naturaleza reglamentaria, no sólo inconveniente, sino manifiestamente inconstitucional.

No todos los contratos que celebra la Administración pública poseen *objeto administrativo*, aun cuando el Decreto N° 1.023/2001 imponga como principio de interpretación la presunción de que su sustancia es administrativa, o que aun cuando el Derecho administrativo les resulte aplicable parcialmente en lo relativo a la competencia, al procedimiento y, en ciertos casos, a la forma, siguen siendo contratos no sometidos en lo referido a su objeto al derecho administrativo<sup>25</sup>. Insisto en que tal presunción admite prueba en contrario y que –precisamente– un supuesto de que ello es así es que la Ley N° 25.561 de emergencia pública expresamente condiciona su aplicación a los contratos regidos por las reglas del Derecho público<sup>26</sup>.

A pesar de tal disparidad intrínseca, el Artículo 12, inciso b), del mentado Decreto N° 1.023/2001, dispuso, sin hacer distinción alguna de esa realidad, que tal revocación es posible de ser ejercida por la autoridad contratante aun tratándose de contratos no regidos por el Derecho administrativo y que en tal caso se excluye también

<sup>22</sup> “Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 312:649).

<sup>23</sup> Nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto cuando comentamos el fallo en *La Responsabilidad pública*, p. 147 y sigs.

<sup>24</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2002, p. 53.

<sup>25</sup> V. gr., una licencia otorgada para la explotación de casinos u otros juegos de azar; una locación de cosas regida por el Código Civil.

<sup>26</sup> Nos remitimos al trabajo citado en la nota 17.

la indemnización en concepto de lucro cesante. El citado argumento de la presunción de sustancia administrativa no es jurídicamente suficiente para desplazar la regla básica del cumplimiento estricto del acuerdo de voluntades, plenamente vigente en los contratos regidos tanto por el derecho común, como por el derecho público (Artículo 1137 Código Civil).

Se admite que el Estado posee una única personalidad y en mérito a ello puede actuar indistintamente tanto en el campo del derecho público, como en el del derecho privado, razón por la cual puede asumirse que queda sometido a sus consecuencias cuando contrata conforme con las regulaciones de este último<sup>27</sup> y –en consecuencia– el único instrumento jurídico del cual podría legítimamente valerse con capacidad de desplazar la precitada regla, basándose en razones de interés público, sería la expropiación por causa de utilidad pública legalmente declarada y previamente indemnizada.

Se podrá argumentar que aun en ese caso las disposiciones reguladoras del instituto no admiten en general la indemnización del lucro cesante (v. gr.: Artículo 10 de la Ley de Expropiaciones N° 21.499), pero la diferencia esencial radica en que la voluntad estatal declarada provendría no ya del acto de un órgano administrativo adoptado en la probable soledad de un despacho público, sino de las garantías que emanan del procedimiento sustancial y formal previsto en el Artículo 17 de la Constitución Nacional y –que en todo caso– ésta comprende el valor objetivo del bien o derecho despojado, convenida por vía de avenimiento o fijada judicialmente con amplitud de debate y prueba y todas las restantes garantías del proceso judicial. La situación no es en modo alguno comparable.

#### IV. COLOFÓN.

Es sabido que las cuestiones aquí tratadas han sido y son muy debatidas por la doctrina y reconocen, en uno u otro sentido, decisiones jurisdiccionales de suma trascendencia. La del alcance de la reparación debida al contratista de la Administración pública, en caso de que su contrato sea pasible de una revocación por razones de interés público, es –sin dudas– una de las cuestiones más controvertidas<sup>28</sup>, pero entendemos que la solución que brinda el reglamento delegado no solamente es inconveniente, sino ilegítima por inconstitucional.

<sup>27</sup> La regla de la coherencia en el obrar administrativo es una regla cada vez más olvidada, aunque no por ello menos predicable y es por eso auspicioso que la doctrina se ocupe expresamente de ella. Para un estudio acerca de la coherencia en el obrar administrativo y sus consecuencias jurídicas, nos remitimos al meduloso trabajo de Caputi, María Claudia, “La coherencia del Comportamiento Administrativo”, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Año 16, 2004, p. 879.

<sup>28</sup> En obsequio a la brevedad nos remitimos a la exposición que realizamos en *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 128 y sigs.

Por lo pronto, porque contraviene garantías consagradas por normas de rango superior (Arts. 17 y 19 Constitución Nacional) y por oponerse a disposiciones cuyo dictado corresponde, según la propia Constitución Nacional, al derecho común (Arts. 519, 1069, 1638 y ccs. del Código Civil).

Pero, además, por provenir de una regulación reglamentaria cuya equiparación de rango con la ley delegante es un aspecto muy controvertible y aún cuando así correspondiera en una interpretación que no comparto, no hay en las *bases de la delegación* operada a través de la Ley N° 25.414 disposición alguna que hubiera autorizado al Poder Ejecutivo a dictar una norma que pudiera desplazar el principio general del cumplimiento estricto de las obligaciones nacidas al amparo del acuerdo de voluntades (particularmente cuando se trate de contratos no regidos en cuanto a su objeto por el derecho administrativo), y menos aún que lo haya podido hacer negándole al contratista particular el derecho a que se le indemnice la utilidad objetivamente esperada por él cuando no ha dado motivos para la extinción anticipada del contrato, o que la extinción obedece a una objetiva y verificable situación de fuerza mayor.