

ano 14 - n. 56 | abril/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristiane Maurício
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

La revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia – Alcance indemnizatorio

Juan Gustavo Corvalán

Abogado por la Universidad de Buenos Aires, postgraduado en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Salamanca, Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Austral. Doctorando en Derecho en la Universidad del Salvador. Profesor Titular, Asociado y Adjunto en diferentes Universidades Nacionales y privadas. Juez de primera instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de Derecho Público Integral.

María de las Nieves Macchiavelli Agrelo

Abogada por Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Belgrano. Secretaria de primera instancia en la Justicia Contencioso, Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, actualmente se desempeña como Secretaria Judicial del Cuerpo de Asesores del Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

María Victoria Finn

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Especialización en curso de Abogacía del Estado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Prosecretaria Coadyuvante de primera instancia en la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Actualmente se desempeña en el cuerpo de asesores del Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resumen: La extinción de los contratos administrativos y los efectos que ello conlleva, implica necesariamente el estudio de dos factores: por un lado, la responsabilidad de las partes, y, por el otro, el alcance de la indemnización, si ésta corresponde. Por medio del presente trabajo, nos proponemos enfocarnos en uno de los modos anormales de terminación de los contratos administrativos, esto es, la revocación del contrato por la autoridad pública, invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia, analizando concretamente, el alcance de la reparación debida al cocontratante en dicho caso. Para ello, estudiamos el caso en la Argentina y procedimos a recopilar la normativa vigente en la materia, como así también, qué es lo que ha dicho la jurisprudencia al respecto. Frente a ello, advertimos dos corrientes diametralmente opuestas: la tesis amplia y la restrictiva, según se admita o no, una indemnización integral, comprensiva del lucro cesante. Finalmente, del análisis normativo y jurisprudencial efectuado, concluimos que existe un deber constitucional y convencional de reconocer una indemnización "justa" frente al sacrificio del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública o interés social, en los casos y las formas establecidas por la ley (art 21 inc. 2 CADH).

Palabras-clave: Revocación. Oportunidad, mérito y conveniencia. Indemnización justa. Lucro cesante y daño emergente. Contrato administrativo.

Sumario: Liminar – I Recepción normativa nacional – II Tesis existentes a la luz del criterio jurisprudencial de la CSJN – Conclusiones – Referencias

Liminar

La problemática que se deriva de la revocación¹ del contrato administrativo² con invocación de la oportunidad, mérito y conveniencia³ por parte de autoridad pública, ha sido objeto de diversas posiciones doctrinarias.⁴

En estas breves líneas, intentaremos desarrollar tres cuestiones centrales: primero, las diferentes posturas en torno a si corresponde o no otorgar una reparación integral frente a tales supuestos; segundo, si nos hallamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual del Estado; tercero, cuál es la interpretación que debe hacerse frente a lo dispuesto por las normas de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

I Recepción normativa nacional

Los preceptos normativos que en esencia regulan el régimen de la revocación por razones de interés público, hasta el momento no han sido objetados constitucionalmente por nuestra Corte Suprema.^{5 6}

¹ Adherimos en este punto a la posición doctrinaria que sostiene que la extinción de un contrato administrativo por parte de una autoridad pública, invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia, constituye un acto de revocación encuadrado en el art. 18 de la LPA y del Decreto 1.510/97 (en virtud de lo dispuesto en el art. 7 inc. f de ambos ordenamientos normativos) en tanto conforma una prerrogativa estatal propia del régimen exorbitante que caracteriza a los contratos administrativos (v. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo — t. III, AP/DOC/2371/2012, apartado 760; Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 10ª edición, t. 3, Capítulo 4, apartado IV-25; Balbín, Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, IV, Ed. La Ley, 2001, p. 625/627 y Parada Ramón, Derecho Administrativo I, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 189). Ver también la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976 arts. 59 y ss. En contra de esta postura y sosteniendo que se trataría en el caso de una rescisión unilateral sin culpa del contratista ver Cassagne, Juan Carlos “El Contrato Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, 2005, p. 155).

² A los efectos de intentar una definición de los contratos administrativos, deberá analizarse el elemento subjetivo (que una de las partes sea una autoridad administrativa) objetivo (fin público o propio de la Administración) y la finalidad (satisfacción de necesidades públicas), a lo que cabe agregar la existencia explícita o implícita de cláusulas exorbitantes del derecho privado (v. CSJN Fallos: 316:212, 315:58, 321:714 entre otros).

³ Más allá de la dificultad dialéctica que conlleva intentar una definición concreta de los términos a los que se refiere conceptos jurídicos indeterminados como la oportunidad, el mérito y la conveniencia, resulta oportuno recordar la definición adoptada por Laura M. Monti al indicar que la Administración extingue el acto “... con base en una discrecional interpretación del interés público que la lleva a decidir no continuar con la tramitación, ya sea porque ha concluido en la inconveniencia de ejecutar el contrato, o bien ha resuelto efectuar modificaciones en el proyecto o a otras características relativas a su ejecución, o por cualquier otra razón dejada a su apreciación prudencial” (v. Monti, Laura M., Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, publicado en Contratos Administrativos, segunda edición de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Rap, p. 409).

En virtud de ello nos referiremos al interés general, interés público y razones de oportunidad, mérito y conveniencia en forma indistinta.

⁴ A modo ilustrativo y a los efectos de conocer en profundidad las diferentes posturas existentes ver Mónica Muij Montero en Contratos Administrativos, Ismael Farrando (h.) Director, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss; Ariel Cardaci Méndez, en Revocación del contrato de Obra Pública. Cuestiones de Oportunidad, mérito o conveniencia, Ed. Astrea, Bs.As., 2014, entre otros.

⁵ En efecto no pretendemos desconocer las críticas vertidas en torno a la legitimidad de la sanción del Decreto 1.023/2001 (Conf. Gordillo, t. 1, Capítulo, p. XI-14).

⁶ No debe perderse de vista que la Administración se rige por el principio de competencia y vinculación positiva a la ley. Así, Cassagne sostiene que “... En definitiva, el contenido actual de la vinculación de la Administración

En este contexto, creemos prudente destacar dos cuestiones importantes inherentes a la problemática señalada.

Por un lado, la Constitución Nacional no prevé el alcance o el “quantum” indemnizatorio ante la privación de la propiedad, frente a las posturas que pregonan la reparación integral o bien la exclusión del lucro cesante.

Por otro, la Convención Americana de Derechos Humanos protege la propiedad previendo una indemnización “justa” frente a su restricción (v. art. 21). Si bien dicho término no delimita explícitamente el “quantum”, podría ello constituir un “piso mínimo” que deberá ser determinado en el concreto, conforme las circunstancias y presupuestos del caso.

Ahora bien, a nivel infraconstitucional el derecho a una indemnización se encuentra previsto la Ley Nacional de Procedimiento Administrativos a través de su art. 18, disponiendo que los contratos serán regidos por las respectivas leyes especiales (conf. art. 7º inc. f).

Así, el Decreto 1.023/2011 regula el régimen de las contrataciones del Estado, el cual resulta aplicable a la gran mayoría de los contratos,⁷ incluidos los de Obra Pública (conf. art. 4º inc. b).

Desde esta perspectiva, el art. 12º del precitado decreto establece las facultades y obligaciones de la Autoridad Administrativa, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Así, en el inc. b, segundo párrafo se establece que: “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”.

a la ley u ordenamiento jurídico, traducida en el principio de legalidad administrativa, muestra que la norma jurídica no es vista como un límite externo de actuación de los poderes públicos, en el sentido que frente a un poder de libre determinación inicial sólo se oponen los límites impuestos por el ordenamiento —doctrina de la vinculación negativa de la Administración por la ley—, sino, por el contrario, como una condición o habilitación previa del ordenamiento para la actuación administrativa —doctrina de la vinculación positiva. En definitiva, estos principios jurídicos fueron cristalizados normativamente en la Ley Fundamental alemana de 1949, donde en el artículo 20.3 se establece que el Poder Ejecutivo está ‘sometido’ a la ley y al Derecho” (V. Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), 1998, AP 1701/002463).

De esta manera, el Ejecutivo no podrá apartarse de lo específicamente regulado en la norma, y el co-contratante deberá conocer y atenerse a dichas reglas, so riesgo de incurrir tanto el contratista como la Administración en un obrar ilegítimo, lo que ocasionará la nulidad de todo lo actuado. Así la CSJN ha sostenido reiteradamente que “... la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación (Fallos: 308:618 y 316:382)” (“Lix Klett S.A. 1. C. (s/ quiebra) el Biblioteca Nacional – Sec. de Cultura de la Nación s/ cobro de sumas de dinero” del 31.07.2012).

⁷ Conforme el art. 4º, dicha norma es de aplicación a los contratos de: Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. Como así también a los contratos de Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. Quedan excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, y los comprendidos en operaciones de crédito público (v. art. 5º).

En idéntica línea, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 893/2012, reglamentario del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, prevé en su art. 21º: “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, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado”.

En el ámbito específico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el alcance de la indemnización ha sido expresamente dispuesto por el legislador a través de la ley 2.095. Allí se dispuso que la utilización de las prerrogativas referidas a la interpretación de los contratos, resolución de dudas en su cumplimiento, modificación, caducidad, rescisión o resolución, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “no genera derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.⁸

II Tesis existentes a la luz del criterio jurisprudencial de la CSJN

La extinción del contrato administrativo por razones de interés público constituye una actividad lícita de la administración generadora de responsabilidad contractual.⁹ Por tanto, no resultan aplicables de modo directo los criterios jurisprudenciales vertidos respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado.¹⁰

Sentado ello, a lo largo del tiempo y a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema, se ha ido forjado un criterio amplio y otro de carácter restringido, según se entienda que la indemnización resulta comprensiva del lucro cesante¹¹ o solo del daño emergente.¹²

Veamos ambas tesis.

⁸ Ley 2.095, art. 9º inc. “a”.

⁹ En efecto la actuación del Estado, tanto en su actividad contractual, como extracontractual, lícita o ilícita, le generará responsabilidad siempre que la actuación pueda serle imputada y exista una relación de causalidad entre la actividad y el daño ocasionado, así refieren que “La imputación es la relación entre un comportamiento como condición y una sanción como competencia establecida por un acto de voluntad de una norma, mientras que la causalidad es la relación entre una causa y un efecto descrita por la ley natural que es independiente de tal intervención [...] en el ámbito administrativo no se refiere tanto a la autoría del hecho dañoso como a saber a quién corresponde resarcir por mandato legal” (V. Juan - Cruz Alli Aranguren, Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el derecho administrativo Francés, Ed. Universidad Pública de Navarra, 2009, Pamplona, España, p. 464/465).

¹⁰ Ello, en tanto se tratan de dos supuestos diferentes. En efecto, para que proceda la responsabilidad extracontractual por actividad lícita, se requiere ciertos presupuestos: existencia de un daño cierto, relación de causalidad entre el accionar del Estado y el daño, posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado, ausencia de deber jurídico de soportar el daño, y existencia de un sacrificio especial en el afectado. En la responsabilidad contractual estos factores son analizados de modo diferente, en tanto se modifica el origen de la responsabilidad: el nexo causal está dado directamente por la existencia del contrato administrativo. Asimismo, existe una sujeción voluntaria del contratista al régimen previsto por el ordenamiento, lo que no significa que por ello éste no debe ser justo y razonable.

¹¹ Tomaremos como definición del lucro cesante, la intentada por la CSJN en el precedente “Sánchez Granel” Fallos: 306:1409, cuando sostiene que el lucro cesante comprende las “ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas” (v. Cº 4).

¹² Daño emergente, entendido como la pérdida efectiva sufrida en los bienes existentes en el patrimonio del contratista al momento de la revocación.

1 Tesis amplia

En la “tesis amplia” se insertan los pronunciamientos que propugnan un reconocimiento integral de la reparación al contratista que abarque el daño emergente y el lucro cesante.¹³

Los fundamentos de esta postura pueden resumirse del siguiente modo:¹⁴

- a) La responsabilidad Estatal que genera la obligación de responder, tiene origen en los artículos 16º —derecho a la igualdad— y 17º —derecho de propiedad— de la Constitución Nacional.¹⁵
- b) Todo co-contratante ostenta una expectativa de lucro que integra su derecho de propiedad;
- c) La reparación integral resguarda conductas disvaliosas de la administración que tiendan a revocar caprichosamente los contratos sin reparar adecuadamente los daños;¹⁶
- d) Razones de equidad y justicia social;
- e) El artículo 18 de la LNPA no limita ni establece el alcance de la indemnización;
- e) Por último, se argumentan dos razones por las cuales no corresponde aplicar el régimen de la expropiación:
 - e.1) primero, la expropiación debe ser interpretada y aplicada en forma restrictiva toda vez que constituye una excepción constitucional al principio de reparación integral;
 - e.2) segundo, la expropiación transfiere un derecho, mientras que la revocación lo extingue.

1.1 Criterios jurisprudenciales

La CSJN no ha sido uniforme en torno a las causas de extinción de los contratos administrativos por razones de interés público.¹⁷ No obstante, a partir del leading

¹³ Defendida principalmente en la doctrina nacional, entre otros, por CASSAGNE, ESCOLA, GORDILLO, BIANCHI, DROMI y BARRA. Mientras que en la doctrina comparada, podemos mencionar a GARCÍA DE ENTRERRÍA, FERNÁNDEZ y SAYAGUÉS LASO, entre otros (V. citas bibliográfica de Mónica Buj Montero, “Contratos Administrativos...” cit., p. 556/557)

¹⁴ V. Mónica Buj Montero, “Contratos Administrativos...” cit., p. 556/562.

¹⁵ V. Cassagne, Juan Carlos con la colaboración de Estela B. Sacristán, “El Contrato Administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2º edición, Bs As, 2005, p. 159 y ss.

¹⁶ V. Cassagne, Juan Carlos, “El Contrato...” cit., p. 159 y ss.

¹⁷ Tal como se adelantó, excluimos de este análisis tanto a los casos referidos al alcance de la indemnización por responsabilidad extracontractual lícita del Estado, como puede ser el caso del fallo “Juncalán”, como así también las causales relativas a supuestos de Caso fortuito o Fuerza Mayor (acontecimientos extraordinarios o imprevisibles que no han podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse), en donde la doctrina y jurisprudencia afirman la procedencia de la indemnización por el daño emergente (Fallos “Cacik” 1992, “Chediak” 1996, “Castellone” 2003 – “Benito Roggio e Hijos S.A. y otro c. EN” – CSJN-2013). Asimismo, se excluye a la rescisión del contratista argumentando conductas de la administración encuadradas en el “Hecho del príncipe” (actos o incumplimientos de las autoridades públicas estatales, no contratantes de tal gravedad

case “Sánchez Granel”,¹⁸ el máximo tribunal federal adoptó una postura amplia en cuanto al deber de reparar en forma integral, argumentando en esencia, cuatro razones que sintetizamos del siguiente modo:

Primero, la invocación genérica del deber de reparar frente a supuestos de responsabilidad estatal por su actividad lícita.¹⁹ La Corte utiliza este argumento sin realizar ninguna distinción en el origen de dicha actividad, sea contractual o extracontractual.

Segundo, la referencia al principio general de la responsabilidad plena,²⁰ acudiendo para ello al principio general del deber de no dañar.

Así, en diversos pronunciamientos la Corte ha optado por recurrir a reglas del derecho privado para resguardar la equidad de las posiciones, omitiendo expresamente en ciertos casos, la utilización de principios o reglas del derecho público.

En efecto, en el precedente Sánchez Granel la CSJN rechazó en forma expresa la aplicación de la regla contenida en la Ley de expropiaciones por considerar que “... esta supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del congreso valorativo de la utilidad pública...”²¹

En idéntico sentido,²² la Corte aplicó supletoriamente las reglas del Código Civil sin hacer mención alguna a los principios de derecho público (C° 4).

Tercero, la inexistencia de preceptos explícitos que rechacen el lucro cesante.

Conviene señalar que los precedentes que reúnen esta doctrina, refieren a supuestos de hechos acaecidos de modo previo a la vigencia del Decreto 1.023/2001 y 893/2012.

En efecto, tanto en los precedentes “Sánchez Granel” como “Cotecsca”, la CSJN rechazó en forma expresa que sea aplicable al supuesto, la Ley de Obra Pública de 1947, en tanto la misma no preveía expresamente la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.²³

que hacen imposible la ejecución del contrato), como puede ser el caso del Fallo “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional Decreto 1583/1996 s / Daños y Perjuicios” CSJN, del 09.06.2009.

¹⁸ CSJN “Sánchez Granel C/ DNV” 20.09.1984.

¹⁹ Fallo Sánchez Granel cit. C° 5.

²⁰ CSJN “El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional” 28.07.2005, C° 8 y 9.

²¹ CSJN “Sánchez Granel...” cit. C° 8.

²² CSJN “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cotecsca c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales” 29.03.1977. Frente a ello resulta interesante el criterio sostenido por Hutchinson cuando sostiene que no existe un principio de integralidad del resarcimiento y, reseña que la responsabilidad civil tiene por finalidad procurar al status quo ante de daño, esto es la reposición de las cosas a su estado anterior, así indica que “Algunos entienden por reparación integral la reparación total, esto es de todo el daño, pero lo integral bien puede ser la reparación global, esto es la que toma en conjunto a los daños que el sistema admite como reparables” (V. Hutchinson, Tomás, La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público publicado en el libro Contratos Administrativos, Segunda edición, Rap, cit. p.655.)

²³ Recordemos que si bien el reglamento de las contrataciones del Estado prevista por el Decreto 5.720/77, limitaba la reparación del Estado (conf. art. 88°), el mismo no se aplicaba de forma directa a las Obras Públicas (conf. art 3°); recién con la sanción del Decreto 1.023 el 13.08.2001, aplicable a los contratos regidos por la Ley de Obra Pública conforme lo dispuesto en el art. 4° inc. b, se excluyó en forma expresa la reparación del lucro cesante ante la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (conf. art. 12° inc. b).

En virtud de ello, la Corte optó por el principio de la reparación integral, aunque dejó entrever que pueden existir excepciones al sostener que: "... dicha indemnización podrá encontrar obstáculos quizá, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular".²⁴

Por último, los argumentos para sostener una reparación integral, se relacionan con las circunstancias del caso.

En el precedente "El Jacarandá", la Corte hizo primero alusión a la responsabilidad que le cabe al Estado por su actuar lícito, destacando luego que "... la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación..." (v. C° 9), por lo que finalmente entendió que en el caso no existían fundamentos para limitar la reparación al daño emergente.

2 Tesis restringida

En contraposición a la doctrina que sostiene la obligatoriedad de la reparación plena en los supuestos de revocación de los contratos administrativos por razones de interés público, encontramos la tesis restringida.²⁵ Esta sostiene, a trazo grueso, que sólo cabe resarcir el daño emergente y no el lucro cesante.

Entre sus fundamentos podemos señalar los siguientes:

- a) En primer lugar, se argumenta que la reparación integral no tiene jerarquía constitucional, en tanto:
 - a.1) Ella no surge de la Constitución Nacional, y
 - a.2) El art. 21° inc. 2 CADDHH —de jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el art. 75° inc. 22— prevé frente a la excepción de la privación de la propiedad, una indemnización "justa" en los casos y formas establecidos por la ley.

De ello se deduce —en esta tesis— que no existiría ningún impedimento para restringir el alcance de la reparación, siempre que la misma sea considerada razonablemente justa.

- b) En segundo plano, se argumenta que frente a un vacío legal, debe acudirse en forma directa a las normas de derecho público, como es el régimen de las expropiaciones que excluye en forma expresa el lucro cesante, en virtud de la "fuerza expansiva de los principios indemnizatorios".²⁶

²⁴ V. Fallo "Sánchez Granel..." cit. C° 6.

²⁵ Entre los expositores de esta postura, podemos señalar, entre otros a MARIENHOFF, COMADIRA, SARMIENTO GARCÍA y HUTCHINSON, (V. Mónica Buj Montero, "Contratos Administrativos...", cit. p. 560).

²⁶ Aquí se alude a una "Idéntica naturaleza" que se configura frente a supuestos de derecho público debe acudirse a reglas de éste. Y por otro lado, se habla del fundamento en la garantía del interés público. Textualmente se afirma: "... Lo que la Constitución establece respecto a indemnización en materia de expropiación, implica un principio general de derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones

c) En tercer término, la tesis restringida parte de la base de que la vigencia de otras normas de derecho público excluyen expresamente el lucro cesante.

En efecto, la Ley de Obra Pública prevé la rescisión del contrato por casusas no imputables al contratista, aunque no regula de manera expresa la revocación de la administración por las causales estudiadas.²⁷

Por otra parte, los Decretos 1.023/01 y 893/12 vigentes, establecen en forma explícita la exclusión del lucro cesante en estos casos (conf. art. 12º inc. b y art. 121º respectivamente).

Asimismo, se ha sostenido²⁸ la existencia de otras normas de derecho público que excluyen la reparación del lucro cesante, entre las que podemos mencionar la ley de Emergencia 25.344 y la ley de Defensa Nacional 23.554.

2.1 Criterios jurisprudenciales

La CSJN ha admitido una reparación restringida, bajo los siguientes lineamientos:

a) no corresponde realizar una aplicación automática de la noción de reparación plena, sino que debe evaluarse las circunstancias del caso.

Así, en el precedente Ruíz,²⁹ la CSJN entendió que "... el reconocimiento de la indemnización debe atender a las circunstancias de cada caso (Fallos: 296:729) a fin de recomponer, con equidad, la situación del contratista que ha invertido su trabajo y su capital para obtener una utilidad razonable y que ve frustrada su ganancia a raíz del desistimiento..." (conf. Cº 18).

No obstante, en el caso concreto entendió que no correspondía hacer lugar a lo demandado, en tanto evaluó: (i) el plazo por el cual la actora omitió impulsar su reclamo, (ii) el desinterés demostrado, (iii) las circunstancias fácticas que le llevaron a la conclusión que el contratista habría asumido otros compromisos que atenuaron su lucro cesante y (iv) la magnitud de los gastos.³⁰

b) Debe existir un nexo causal relevante entre las expectativas de ganancias reclamadas y la revocación del contrato.

de interés público...". Ver Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo (IV, AP/DOC/2456/2012). Esto ha sido reafirmado por Comadira al señalar que la procedencia de una reparación integral siempre y en todo caso, de todo daño, significaría reconocer un derecho absoluto y por tanto abonar una concepción de los derechos antisocial (V. Comadira, Julio Rodolfo en El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Ed. La Ley, 2003, p. 241).

²⁷ No se liquidará a favor de éste suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas (conf. art. 54º inc. f).

²⁸ V. Comadira, Julio Rodolfo en "El Acto..." cit. p. 242/243.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 1993/05/24 ~ Ruíz Orrico, Juan C. c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social).

³⁰ Ello en la medida en que los gastos invertidos en una obra intelectual, no son asimilables a los compromisos asumidos para la realización material de una obra (Cº 18).

Entendemos coherente colocar en este apartado el caso "IMSA MICSA"³¹ Ello, en tanto éste fallo sólo refiere a aquellos ítems que razonablemente pudieron generar expectativa de lucro por el contratante, a raíz de una conducta determinante del Estado.³²

Por tanto, la CSJN restringe la dimensión de la expectativa reconocida, limitándola a aquella que compruebe un nexo causal directo e inmediato con la actuación de la autoridad pública (Conf. C° 5).

c) Tercero, aceptar la reparación integral frente a un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, equivaldría a asimilarla a la responsabilidad estatal por actividad ilícita.³³ Es decir, significaría el absurdo de entender que cuando el Estado pretende proteger el interés público está actuando de modo ilegítimo.

d) Cuarto, la tesis restringida sostiene la aplicación analógica de los supuestos previstos en el derecho público, como el supuesto de la expropiación.³⁴

e) Quinto, el conocimiento que debe exigírsele al contratista respecto de las reglas vigentes que rigen la relación contractual.³⁵

f) Por último, se alude a la buena fe de la autoridad administrativa y el contratista como un colaborador de la Administración.³⁶

Conclusiones

A partir de este breve repaso del panorama doctrinario y jurisprudencial, evidenciamos una clara tensión entre las fuentes del derecho a la hora de determinar el alcance de la reparación debida por la Administración Pública, con motivo de la revocación contractual en análisis.

El legislador a nivel nacional y local, ha restringido la indemnización al daño emergente, mientras que la opinión de la doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que existe un fundamento constitucional que exige y hace obligatoria la reparación integral frente a dicho supuesto (tesis amplia), y los que no reconocen que exista tal derecho del co-contratista (tesis restringida).

La jurisprudencia de la CSJN no ha vertido mayor aporte a la cuestión, en tanto si bien se ha inclinado por reconocer una indemnización de tipo amplia, no se ha pronunciado al momento de manera expresa respecto de la constitucionalidad, o no, de los preceptos legales y reglamentarios que restringen la aplicación del lucro cesante.

³¹ CSJN "IMSA MICSA c/ESTADO NACIONAL – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – OSNA Ente Residual S/ Proceso De Conocimiento" 22.12.09.

³² En el caso, la CSJN únicamente reconoce a la actora el lucro cesante que responda por la eventual adquisición que realizaría sobre el sulfato que expresamente el Estado le había autorizado a comprar para ese año y rechaza, en cambio, el reclamo respecto a todos aquellos conceptos que se extendían en el tiempo.

³³ Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 10 y 7.

³⁴ Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 12 y 13 y disidencia del Fallo "El Jacarandá" cit. C° 10 y 11.

³⁵ Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 15.

³⁶ Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 15 y Fallo "Ruíz" cit. C° 16.

Por otra parte, los pronunciamientos colectados, tampoco esbozan una fundamentación clara y precisa acerca del alcance de la indemnización debida, por cuanto la CSJN ha fundado su decisión echando mano a supuestos de responsabilidad extracontractual, o bien, a normas de derecho privado.

Desde tal casuística, y a los efectos de arribar a una conclusión respetuosa de todo el bloque normativo existente creemos importante tener en consideración los siguientes aspectos para comprender la problemática:

- a) La existencia de un deber jurídico de la autoridad pública de reparar al cocontratante frente a la decisión unilateral de extinguir el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia;
- b) Que se trata de un caso de responsabilidad contractual por actividad lícita, al que no resultan aplicables las soluciones previstas para supuestos de responsabilidad extracontractual;
- c) Que existe un deber constitucional y convencional de reconocer una indemnización “justa” frente al sacrificio del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública o interés social, en los casos y las formas establecidas por la ley (art 21 inc. 2 CADH).

Sobre esos parámetros, corresponderá al juzgador analizar en el caso concreto la constitucionalidad o no de los arts. 12 inc. a) del Dto. 1.023/01, 121 Dto. 893/12 y 54 inc. f) LOP y 9 inc. a) Ley 2.095,³⁷ a los efectos de determinar si la reparación allí prevista configura la indemnización “justa” prevista en CADH. Y a tales fines, es de gran utilidad la noción que al efecto ha proporcionado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como “... el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”,³⁸ ³⁹ debiendo el Estado utilizar los medios proporcionales a fin

³⁷ En sentido concordante se pronuncia Fonrouge, Máximo, al indicar que la delimitación del resarcimiento no puede realizarse en forma abstracta, previendo para ello la inclusión expresa en alguna cláusula del contrato a efectos que el contratista conozca efectivamente los alcances de la obligación (v. Fonrouge, Máximo en La indemnización en la revocación del Contrato Administrativo por razones de interés público, en Contratos Administrativos, segunda edición, Rap. Cit. p. 667/671).

³⁸ CIDH, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia del 03 de marzo de 2011. Si bien en el caso se analizó la legitimidad de una expropiación, entendemos que la doctrina de la CIDH respecto del alcance de la indemnización puede ser traída al ámbito de responsabilidad contractual, en tanto lo que se resguarda en todos los casos es el derecho a la propiedad en los términos del instrumento internacional. V. Cº 62.

³⁹ Entendemos la decisión de la CIDH como una interpretación que debe guiar la aplicación efectiva de la Convención Americana, a efectos de resguardar la vigencia del mandato constitucional y convencional. Así lo ha entendido Sabsay al mencionar que “Sobre el alcance del control, Albanese señala que “la recopilación de interpretaciones convencionales llevada a cabo tanto por diferentes Comités como por la Corte Interamericana a través de Observaciones Generales u Opiniones Consultivas respectivamente, configura una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad establecido en algunas sentencias de la Corte. Esta suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales tiene además como objetivo principal el de evitar la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, deben interpretar las normas en los casos en los que les toca pronunciarse de tal modo que se adecuen de manera concordante a la convergencia entre las normas de fuentes diversas. Ello no se limita al texto de los tratados sino también a la interpretación que han hecho a nivel interamericano la Comisión y la Corte previstas como autoridades de aplicación en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, los informes, las opiniones consultivas, las recomendaciones y las sentencias de estos órganos adquieren para el caso

de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción.⁴⁰

En suma, el alcance indemnizatorio deberá comprender aquello expresamente estipulado en la norma en cuyo marco fue encuadrado el contrato (conjuntamente con las especificaciones que surjan de la contrata y los pliegos), sin perjuicio de que corresponde al juez evaluar las circunstancias de cada caso a los fines de determinar la razonabilidad de la indemnización debida a la luz de lo dispuesto en la CADH.

The Revocation of the Administrative Contract by Reasons of Opportunity, Merit and Suitability – The Scope of the Correctly Reparation

Abstract: The extinction of administrative contracts and the effects that this entails, necessarily involves the study of two factors: first, the responsibility of the parts, and on the other hand, the scope of compensation, if it corresponds. Through this work, we propose to focus on one of the atypical termination modes administrative contracts, which is the revocation of the contract by public authority, citing reasons of opportunity, merit and suitability, specifically analyzing the scope of the correctly reparation to the co contract holder in this case. We studied the case in Argentina and we proceeded to collect current legislation on the subject, as well as, several precedents. In this context, we noted two diametrically opposed trends: comprehensive thesis and restrictive, depending whether an integrated compensation of lost profits is admitted or not. Finally, from our regulatory and jurisprudential analysis, we conclude that there is a constitutional duty to recognize and conventional "fair" compensation facing the sacrifice of the right property for reasons of public utility or social interest, the cases and the procedures established by law (Article 21 inc. 2 of the CADH).

Key words: Revocation. Opportunity, merit and suitability. "Fair" compensation. Administrative contracts. Integrated compensation of lost profits and emerging damage.

Referencias

Juan - Cruz Alli Aranguren, Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el derecho administrativo Francés, Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España, 2009.

Ariel Cardaci Méndez, en Revocación del contrato de Obra Pública. Cuestiones de Oportunidad, mérito o conveniencia, Ed. Astrea, Bs.As., 2014.

Balbín, Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2001.

Cassagne, Juan Carlos "El Contrato Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2005.

Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), Ed. Abeledo Perrot, cita on line AP Nº: 1701/002463,1998.

Comadira, Julio Rodolfo en El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Ed. La Ley, Bs. As., 2003.

argentino jerarquía constitucional, como la misma Corte lo ha manifestado en el citado caso 'Giroldi...'. (V. Sabsay, Daniel Alberto, El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad, Publicado en: La Ley, 28.03.2013, La Ley 2013-B, 944).

⁴⁰ CIDH, "Salvador Chiriboga vs. Ecuador", V. Cº 69.

Fonrouge, Máximo en *La indemnización en la revocación del Contrato Administrativo por razones de interés público*, en *Contratos Administrativos*, Ed. Rap, Bs. As, segunda edición.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 10ª edición, t. 3, Capítulo 4, apartado IV-25;

Hutchinson, Tomás, *La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público* publicado en el libro *Contratos Administrativos*, Ed. Rap, Bs. As., Segunda edición.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo — t. 3* Ed. Abeledo Perrot, AP/DOC/2371/2012.

Monti, Laura M., *Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia*, publicado en *Contratos Administrativos*, segunda edición de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Rap.

Mónica Muij Montero en *Contratos Administrativos*, Ismael Farrando (h.) Director, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002.

Parada Ramón, *Derecho Administrativo I*, Ed. Marcial Pons, España, 2012.

Sabsay, Daniel Alberto, *El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad*, Publicado en: *La Ley*, 28/03/2013, *La Ley on line* 2013-B, 944.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CORVALÁN, Juan Gustavo; MACCHIAVELLI AGRELO, María de las Nieves; FINN, María Victoria. *La revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia: Alcance indemnizatorio*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 91-102, abr./jun. 2014.

Recebido em: 08.11.2013

Aprovado em: 10.05.2014