

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL -.

Suprema Corte:

El recurso ordinario de apelación interpuesto a fs. 293 contra la sentencia de fs. 282/290 resulta formalmente procedente ya que El valor disputado en último término excede el monto mínimo exigido por el art. 24, inc. 6°, ap. a), del decreto-ley 1285/58, modificado por ley 21.708..

En cuanto al fondo del asunto, el Estado Nacional (Dirección Nacional de Vialidad) es parte y actúa por medio de apoderado especial, motivo por el cual solicito a V. E: me exima de dictaminar .

El recurso extraordinario de fs. 300/330, concedido parcialmente a fs. 345 resulta improcedente en orden a que ha sido concedido simultáneamente el ordinario y éste es comprensivo de la plena jurisdicción de la Corte (Fallos: 273:389). Buenos Aires, 12 de junio de 1982. Mario Justo López.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de septiembre de 1984

Vistos los autos: "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/Dirección Nacional de Vialidad"

Considerando:

1°) Que la Sala N° 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal confirmó la sentencia de primer grado en cuanto declaró improcedente el lucro cesante a cuyo pago cree tener derecho la actora a raíz de la rescisión del contrato de obra pública que, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, dispuso su cocontratante la Dirección Nacional de Vialidad.

2°) Que contra tal pronunciamiento se dedujo recurso ordinario de apelación, que es formalmente viable por ser aquél definitivo, recaído en una causa en que la Nación es parte, y el monto del valor disputado en último término superior al mínimo establecido en el art. 24, inc. 6° , ap. a), del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708, art. 2°, y Resolución 147/82 de esta Corte.

3°) Que esta última conclusión determina la improcedencia del recurso extraordinario también interpuesto, a causa de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de la Corte (Fallos: 266:53; 273:389).

4°) Que este Tribunal juzga. que asiste razón al apelante, en el sentido de que la .legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas.

5°) Que, en efecto, superadas las épocas del quod principi placuit, del volenti non lit injuria, y de la limitación de la responsabilidad estatal a los casos de culpa in eligendo o in vigilando o a los de iure imperii, es principio recibido por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares (Fallos: 286:333 y 297:252).

6°) Que este principio se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Dicha indemnización podrá encontrar obstáculo, quizá, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular.

7°) Que este último supuesto es ajeno a la especie, pues la ley de obras públicas no contiene normas que releguen, en el caso, el lucro cesante (tales como el art. 5° de la ley 12.910, decreto 5720/72; doctrina de Fallos: 296:729 y 297:252). No tienen este alcance, obviamente, los arts. 30 y 38 de la ley 13.064, pues el primero alude a alteraciones del proyecto por iniciativa de la Administración, y el segundo a la supresión total de un ítem. Tampoco se oponen el art. 34 de la misma ley, referente a la supresión de las obras contratadas, pues establece que se deben indemnizar "todos los gastos y perjuicios", ni los distintos incisos del art. 53 que dan lugar a la aplicación del inc. ,f) del art. 54 que descarta el lucro cesante, y se refieren a circunstancias distintas a las de esta causa, ni el art. 18 de la ley 19.549 que, al no aclarar cuáles son los alcances de la "indemnización de perjuicios", funda la concesión del lucro cesante antes de su prohibición (declarada por el a quo) , porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad.

8°)Que no cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la ley de expropiaciones. No sólo porque ésta exime expresamente al Estado del aludido deber, sino porque la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio.

9°) Que no impone una solución contraria la invocación por parte de la Administración de razones "de fuerza mayor" apoyadas en " ..los inconvenientes de orden económico-financiero: .." que " ...repercutieron negativamente. ..sobre los recursos que dispone la Repartición para hacer frente a las inversiones que impone la ejecución de la obra vial, disminuyéndolos sensiblemente" (fs. 29/30). En efecto, si bien es cierto que buena parte de la doctrina y jurisprudencia extranjeras han admitido, en forma no muy precisa, la excusa de la fuerza mayor para oponerse al pago de indemnizaciones en los casos de rescisiones unilaterales no culpables de contratos administrativos, no lo es menos que la significación del referido concepto de fuerza mayor se ha circunscripto a los casos de imposibilidad absoluta de ejecución del contrato, por ejemplo, en supuestos de guerra.. Y, aunque no es convincente que el motivo de la guerra pueda asimilarse al "interés general" que debe sustentar la resolución unilateral de los contratos públicos, es indudable que "los inconvenientes de orden económico-financiero" no tienen el carácter de justificativos válidos, especialmente si se tiene en cuenta que la Administración no puede atribuirlos más que a sí misma.

10) Que, declarada la admisibilidad del resarcimiento del lucro cesante, para evaluar en el caso tal menoscabo patrimonial es necesario atenerse a lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomando como elemento indiciario la pericia practicada en autos (fs. 172/177) ..

11) Que a esos efectos cabe puntualizar que, en el referido informe, al fijar el monto actualizado de los beneficios de los que se vio privada la actora, el perito ingeniero aplicó -respondiendo al pedido de aquella- los índices del costo de la construcción, nivel general, publicados por el INDEC, a los precios básicos de la oferta, proponiendo, con posterioridad, la adopción de los índices de precios al consumidor.

Sin embargo, de acuerdo con el contrato celebrado por las partes, los mencionados precios serían ajustados sobre la base de un sistema de variación pactado, y no por aplicación de aquellos índices, no obstante lo cual la actora no intentó siquiera acreditar el resultado a que se arribaría según lo convenido.

12) Que teniendo en cuenta tales circunstancias, el momento en el cual debía llevarse a cabo la obra, y la situación económica por la que atravesaba el país, corresponde actuar con suma prudencia en la estimación del referido lucro cesante, y no parece inadecuado recurrir, por analogía, a la norma del art. 1638 del Código Civil, cuya última parte faculta a los jueces a establecer esa utilidad apreciándola con equidad (doctrina de Fallos: 286:333; 296:729 y otros),

13) Que, sobre las bases expuestas, se fija en \$a 29.000.000 ala fecha de esta sentencia, el monto del lucro cesante que la demandada deberá abonar a la actora, suma que será reajustada al momento del pago sobre la base de los índices de precios al consumidor suministrados por el INDEC.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor procurador General acerca de la admisibilidad del recurso ordinario deducido, se revoca la sentencia apelada y se fija en \$a 29.000.000 resarcimiento por el lucro cesante que la demandada deberá abonar a la actora. Las costas de esta instancia imponense a la vencida. Declárase improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

Genaro R. Carrió -José Severo Cava - LLero (en disidencia) -Carlos S. Fayt (en disidencia) -Augusto César Bellucio -Enrique Santiago Petracchi

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JOSÉ SEVERO CABALLERO y DON CARLOS S. FAYT

Considerando :

1 °) Que la Sala N° 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal confirmó la sentencia de fs. .240/ 251 en lo que fue objeto de recurso y agravios, excepto en cuanto a las costas, las que declaró por su orden en ambas instancias. En consecuencia, no hizo lugar a la solicitud de la actora que pretendía resarcimiento por el lucro cesante con motivo de haber sido revocado por la Dirección Nacional de Vialidad el contrato de obra pública para la construcción de la denominada "Ruta 215 -tramo La Plata -Loma Verde (Sección Abasto- Etcheverry) " . 2°) Que contra dicho pronunciamiento la accionante dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido por el a quo. El mismo es formalmente procedente, tal como lo destaca el señor Procurador General, porque se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa donde la Nación es parte, y el monto del valor disputado en último término supera el mínimo establecido en el art. 24, inc. 6°, ap. a), del decreto-ley 1285/58 modificado por la ley 21.708, art. 2° y resolución 147/82 de esta Corte. 3°) Que en lo referente al recurso extraordinario federal interpuesto también por la actora contra el fallo en análisis, que fuera concedido parcialmente por el tribunal, el mismo deviene improcedente toda vez que declarada admisible la apelación ordinaria, ésta habilita la plena jurisdicción de la Corte (Fallos: 266:53; 273:389). 4°) Que el accionante se agravia sosteniendo que lo decidido es inadecuado toda vez que no podía considerarse legítimo el actuar del Estado al haber resuelto unilateralmente el contrato. Asimismo agregó que, aun aceptando que fuera legítimo, de igual forma procede la indemnización por el lucro cesante; dado que el tribunal efectuó una errónea aplicación analógica del inc. 88 del decreto 5720/72, reglamentario de la Ley de Contabilidad y que regula fundamentalmente el contrato de suministros; de lo dispuesto por la ley de expropiación N° 21.499; de lo establecido por el art. 5° de la ley 12.910 y de lo prescripto por los arts. 53 y 54 de la ley 13.064. La demandada presentó el memorial previsto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación solicitando se confirme el fallo impugnado. 5°) Que, en el caso, no se discute que el Estado es el responsable y debe resarcir los daños causados al contratista por la revocación del contrato de obra pública, sino el alcance, frente a las circunstancias, de la indemnización a reconocer al damnificado. El tribunal a quo la limitó al daño emergente.

6°) Que para el análisis de este aspecto corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa, como es la situación de autos, se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privadas. Ello así en atención a la naturaleza del contrato de obra pública, típicamente administrativo, el cual se distingue de los acuerdos privados por la finalidad de bien común que determina la contratación y autoriza un régimen de prerrogativas, entre las que se cuenta la potestad del comitente para resolver el contrato. En estos casos el Estado no tiene necesidad de rescindir unilateralmente (lo que requeriría la culpa del cocontratante) , sino que a él le está permitido revocar directamente por razones de mérito, oportunidad o conveniencia de carácter general, no siendo menester que este poder de revocación se establezca expresamente en el contrato según lo establece la doctrina nacional dominante.

7°) Que en razón de ello, para poder determinar el alcance de la responsabilidad indemnizatoria del Estado hay que ponderar si los perjuicios se derivaron de una actividad legítima o ilegítima de la administración.

8°) Que para configurarse el supuesto de ilegitimidad, el proceder estatal debe ser irregular o irrazonable, sin ningún motivo de utilidad pública que lo justifique.

9°) Que en tal hipótesis, es doctrina de esta Corte que no hay norma que autorice a eximir al Estado de la justa e integral reparación de los perjuicios que causare cuando resolviere unilateral e ilegítimamente un contrato de obra pública (Fallos: 296:729).

10) Que en el sub examine no se dan los extremos de ilicitud administrativa en el accionar de la demandada que tomen ilegítima su decisión ya que el Estado, en cumplimiento de su fin público, tiene el poder, si el interés general así lo requiere, de desistir de la realización de una obra pública fundándose en razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 de la ley 19 ,549) .En efecto, por la resolución 05015 del 31 de diciembre de 1976, el Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad resuelve el contrato en análisis, cuya

ejecución material no había comenzado, basándose en "que los inconvenientes de orden económico-financiero, repercutieron negativamente ...sobre los recursos que dispone la Repartición para hacer frente a las inversiones que impone la ejecución de la obra vial, disminuyéndolos sensiblemente. Que esta circunstancia de fuerza mayor ha impedido he impide. ..destinar los fondos indispensables para hacer frente al gasto en trámite" (fs, 29 /30) , dificultades de carácter general a que hace referencia el juez Mordeglija en el fallo apelado (fs. 282/290) y que esta Corte Suprema tiene por acreditadas.

11) Que los argumentos de hecho desarrollados por el apelante al respecto y la prueba rendida en autos, sólo confirman la responsabilidad del Estado por la decisión, pero no surge de ellos que dicho accionar fuera culpable ni irrazonable o carente de un fin de interés general.

12) Que establecido el proceder administrativamente legítimo de la accionada, la reparación a efectuarse al damnificado debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto al modo establecido en instituciones análogas (art. 16 del Código Civil, Fallos: 301 : 403) .

13) Que la ley 13.064 es la norma que rige específicamente los contratos de obra pública y, por ende, es el instrumento jurídico básico para el análisis de las consecuencias derivadas de las relaciones entre los particulares y el Estado en la materia. No existe en ella norma específica sobre la situación de autos, pero sí se regulan otras análogas como la supresión total de un ítem del contrato. (.art. 38 in fine) o la alteración sustancial del proyecto cuando la administración decide variar las obras por razones de oportunidad (art. 30) .En tales supuestos el art. 53 autoriza al contratista a rescindir, fijándose las consecuencias en el art. 54, cuyo inc. f) prevé que "no se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas".

14) Que no debe extrañar que se consideren los móviles del acto a los efectos de ampliar o restringir el concepto de legitimidad en la ley de procedimientos administrativos (art. 18, ya citado) , cuando el propio Código Civil hace lo mismo al regular el el art. 1071 , segunda parte, el ejercicio abusivo del derecho. No se. puede considerar ajeno a los fines del contrato de obras públicas, que las partes tuvieron en mira el hecho de que en el pliego de la licitación se establecía que la obra se iba a realizar mediante un préstamo a obtenerse del Banco Mundial. El objetivo no pudo ulteriormente concretarse por las circunstancias financieras a que se vio sometido el país en 1975 por todos conocidas.

15) Que, en este marco conceptual, atento a la reforma ulterior de la legislación civil y procedimental administrativa, debe entenderse lo expresado al informar sobre el proyecto de la que sería la ley 13.064, aclarando el sentido del art. 54, cuando se sostuvo que "en este artículo se consideran las consecuencias de la rescisión del contrato, sin culpa del contratista o por culpa de la administración. ..Las soluciones que se dan. ..son simples aplicaciones de normas de derechos que conviene dejar perfectamente establecidas cuáles serán las consecuencias de la rescisión para evitar discusiones y para que el contratista sepa de antemano a qué atenerse", para agregar, refiriéndose concretamente al inciso f) del mismo, que "el lucro cesante tampoco se reconoce al contratista en estos casos, ya que lo contrario implicaría poner la actividad del Estado al servicio de intereses privados. Debe tenerse en cuenta, que cuando el Estado deja de cumplir sus compromisos, no lo hace de mala fe" (diario de Sesiones de la Cámara de Diputados -Año 1947, Tomo IV, páginas 879/880).

16) Que la propia ley ha establecido, en los supuestos de modificación sustancial del contrato atribuible a la Administración -lo que puede mirarse como culpa en el derecho civil, por representar una alteración unilateral de la voluntad pactada-, el derecho del cocontratante de rescindir, pero sin obtener lucro cesante. De aquí se deduce, a fo tiori, que en los casos en que el Estado no tuviere culpa hay mayor razón para no autorizar el pago del lucro cesante, cuando la obra ni siquiera ha sido comenzada.

17) Que siendo así, aparece como contradictorio con una interpretación sistemática de la actividad administrativa, atribuirle a ésta, en los supuestos en que obra legítimamente -en el marco conceptual- la responsabilidad por el lucro cesante que es propia de los supuestos de responsabilidad extracontractual. El derecho comparado tiene soluciones diversas según sea el punto de partida sobre la naturaleza de la actividad estatal o los criterios de la legislación civil. A manera de ejemplo, la reciente doctrina italiana coincide con la solución aquí sostenida, no sólo para el acto legítimo sino también para el ilegítimo (Vid. la Justicia Administrativa en Italia por Guglielmo Roehrsen, traducción y notas de Jesús Abad Hernando, Diario Jurídico, Fallos y Doctrina, año 6, N° 457, Córdoba, 18 de abril de 1984, págs. 4 y 6) . ,

18) Que tales razones son válidas para fundar, en la especie, la decisión de seguir dicha pauta, desestimando, .en consecuencia, el rubro lucro cesante como integrativo de la indemnización de daños por el actuar administrativamente legítimo de la demandada.

19) Que en razón de lo expuesto precedentemente, se torna inoficioso el tratamiento de los demás planteos efectuados por el apelante.

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue motivo de agravio. Declárase improcedente el recurso extraordinario interpuesto a fs. 300/330. Costas por su orden, habida cuenta que la actora, por la índole de la cuestión, pudo razonablemente creerse con derecho para recurrir a esta Corte (art. 68, 2a parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

José Severo Caballero -Carlos S. Fayt .