

El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo: a 200 años de la Declaración de la Independencia / Verónica L. Arias ... [et al.] ;
- 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rap, 2017.
608 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-694-014-6

1. Derecho Administrativo. I. Arias, Verónica L. II. Comadira, Julio Pablo, comp.
CDD 342

© **Ediciones Rap S. A.**

Talcahuano 758, PB "B" (C1013AAP)

Ciudad de Buenos Aires - República Argentina

4374-0661 líneas rotativas

consulta@revistarap.com.ar

www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-014-6

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

Las colaboraciones firmadas incluidas en la presente publicación no representan necesariamente la opinión de la Dirección del sello editorial.

Este libro se terminó de imprimir en junio del año 2017 en los talleres de Artes Gráficas Del Sur
sitos en la calle Alte. Solier N° 2450, Sarandí,
Pcia. de Buenos Aires (CP 1872), Tel.: 4204-2986.

LA RESCISIÓN POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL DERECHO ARGENTINO

PABLO E. PERRINO

I. CONTRATOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA DE INTERÉS PÚBLICO Y RIESGOS

En este trabajo examinaremos el tratamiento que se confiere en la Ley Nacional de Contratos de Participación Público Privada¹ N° 27.328 a la facultad del Estado de extinguir anticipadamente el vínculo contractual por la invocación de razones de interés público².

Como es evidente, se trata de una cuestión de suma importancia para cualquier interesado en contratar con el Estado o intervenir en el rol del financiamiento de un proyecto para la generación de infraestructura de interés público por lo que, de no estar razonablemente regulada, puede aumentar considerablemente la exposición a riesgos³ y llegar al punto de encarecer el proyecto e, incluso, tornarlo inviable⁴.

¹ La expresión "Participación Público Privada" proviene de la traducción de la expresión anglosajona *Public Private Partnership*.

² Ello puede plasmarse, según el tipo de contrato, a través de las figuras de la resolución, rescisión o revocación (como comúnmente se la denomina en Argentina) por inoportunidad, mérito o conveniencia y del rescate. La diferencia fundamental entre la resolución, rescisión o revocación y el rescate radica en que esta última figura, cuyo ámbito de actuación se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública (Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., T. II, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 485), no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., T. III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 575; Pritz, Osvaldo A. F., "El rescate", AA VV, *Los servicios públicos*, coordinada por Marta González de Aguirre, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 181 y sigs.).

³ En tal sentido, ha señalado Cassagne: "Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no sólo porque éste es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras" (Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 274-275).

⁴ "Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en proyectos de participación público privada para América del Sur. Sector transporte", Corporación Andina de Fomento, 2008, p. 198, <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01701.pdf>.

Si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público, debido a la cuantía y a los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos y diversos (riesgos comerciales, de desarrollo del proyecto, de operación, financieros, regulatorios y políticos y derivados de situaciones de fuerza mayor) y pueden afectar la ecuación económico financiera del contrato⁵.

En tal sentido, han puesto de resalto Levy y Spiller⁶ que la principal diferencia entre los activos de infraestructura y otros tipos de capital está dada por el gran número de imperfecciones de mercado que caracteriza al sector de la infraestructura, lo que implica que la acumulación y operación de estos activos hagan necesario contar con normas que regulen la interacción de las partes y, por tanto, una amplia intervención del Estado. Entre las imperfecciones de mercado que estos autores identifican en la provisión de servicios de infraestructura se encuentran la presencia de activos hundidos (con altos capitales invertidos), que no pueden ser desmontados una vez instalados, tecnologías con importantes economías de escala y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último punto alienta a la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos, no sólo para solucionar imperfecciones y externalidades, sino como instrumento de política económica (por ejemplo, para redistribuir el ingreso).

⁵ El principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera propio de la contratación pública no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficit o malos resultados de la gestión contractual, pues éste debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio (cfr. Sala III de la Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed., causa “Vector Ingeniería Soc. Colectiva c/ Obras Sanitarias de la Nación”, sent. del 31-3-1999, LL 2000-C, 159; la Sala IV de la mencionada Cámara de Apelaciones, causa “Compañía Misionera de Construcciones S.A. c/ Dirección Nac. de Vialidad”, sent. del 27-4-1998, LL, 1999-A, 162), mas no los que provienen de aleas administrativas o económicas imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato (cfr. Rodríguez, Libardo R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012, pp. 25-27 y pp. 32-37). En este sentido, se ha escrito: “[...] el derecho al mantenimiento del equilibrio de la concesión de servicio público no puede ser identificado con el aseguramiento total y absoluto del beneficio industrial del concesionario [...] El mantenimiento del equilibrio económico no puede utilizarse para enmascarar la negligencia o la impericia gestora del concesionario, por lo que el adjudicatario deberá soportar las consecuencias derivadas de su propia torpeza empresarial” (Blanquer Criado, David, *Las concesiones de servicio público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 1279).

⁶ Levy, Brian & Spiller, Pablo T., “A framework for resolving the regulatory problem”, en B. Levy & P. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 1 y sigs.

II. LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO EN EL DERECHO ARGENTINO

Uno de los riesgos más importantes a los que se ven expuestos los contratistas y financiadores, y también difícil de atenuar, es el denominado “riesgo político”⁷, esto es, el que deriva de aquellas medidas que pueden adoptar las autoridades públicas del país receptor de la inversión privada adversas al desarrollo del proyecto objeto del contrato⁸. Un ejemplo muy claro de este tipo de riesgo es el que tiene su causa en la facultad de las autoridades administrativas de extinguir en forma anticipada el contrato con fundamento en motivos de interés público o mérito, oportunidad o conveniencia⁹. Se trata de supuestos de resolución unilateral, sin culpa de las partes y por una razón ajena al contratista, como es “la existencia de causas sobrevinientes a la celebración del contrato que lo tornan inadecuado para cumplir sus fines”¹⁰.

En el derecho argentino, esta potestad estatal está expresamente consagrada en el régimen de contrataciones nacional en el Artículo 12, inc. b), 2do. párrafo, del Decreto N° 1.023/2001¹¹, cuyo ámbito de aplicación es sumamente amplio, ya que alcanza a la

⁷ Cfr. “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁸ Los riesgos políticos suelen ser divididos en tres grandes categorías: a) riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización, expropiación de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); b) riesgos regulatorios (por ejemplo: introducción de normas más severas para la prestación del servicio, cambios de reglas de juego, decisiones regulatorias influidas por el clima político y social, etc.), y c) riesgos de incumplimiento o cuasi comerciales (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad). Ver: “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, cit., p. 44 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>) y Ferro, Gustavo, “Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura”, Serie de Textos de Discusión 25, CEER/UADE, pp. 7-8.

⁹ Bien se ha dicho que “en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación” (Rodríguez Arana, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones públicas”, *AFDUDC*, 12, 2008, 795).

¹⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 500. Refiriéndose al rescate, Aguilar Valdez escribe: “[...] el mismo únicamente resultaría viable si el interés público invocado se fundase en las necesidades del servicio—v. gr., su reorganización, ulterior despublicación o desmonopolización, etc.—, pero no en finalidades de índole fiscal o si lo que se pretendiese es confiar el servicio en iguales condiciones a otros prestadores privados; supuestos éstos últimos que harían del rescate un acto viciado de desviación de poder” (Aguilar Valdez, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en AAVV, *Servicio público y policía*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, El Derecho, 2006, p. 187 y sigs.).

¹¹ El Art. 12, inc. b), 2do. párrafo, del Decreto N° 1.023/2001, dispone: “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”. El Art. 18 del Decreto Ley N° 19.549, de Procedimientos Administrativos, también contempla la facultad de la Administración pública de revocar, modificar o sustituir actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

generalidad de los contratos que celebra la Administración pública¹² y también en el Artículo 95 de su Decreto Reglamentario N° 1.030/2016¹³.

También, el ejercicio de esta prerrogativa administrativa está sujeto a escasas exigencias y puede ser empleada en cualquier momento durante la ejecución del contrato. Los tres únicos recaudos que deben reunirse son los siguientes:

a) el cumplimiento del debido procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo rescisorio, lo cual conlleva asegurar el derecho constitucional a ser oído previamente¹⁴ (integrante de la tutela administrativa efectiva¹⁵) del contratista;

b) el deber de motivar¹⁶ debidamente el acto administrativo rescisorio, explicitando las razones concretas de interés público que justifican una decisión tan gravosa¹⁷;

c) indemnizar los perjuicios resultantes de la rescisión puesto que las razones en que se sustenta no son imputables al contratista y se afecta su patrimonio. De lo contrario se lesionaría su derecho de propiedad (Arts. 14 y 17 de la CN) e igualdad ante las cargas públicas (Art. 16 de la CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

III. ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN

Si bien la doctrina argentina no es pacífica¹⁸ acerca de cuál debe ser la extensión de la indemnización que el contratista tiene derecho a percibir, el Artículo 12, inc. b), 2do. párrafo, del Decreto N° 1.023/2001 y el Artículo 95 de su Decreto Reglamentario N° 1.030/2016,

¹² El Art. 4° del Decreto N° 1.023/2001 establece: “*Contratos comprendidos*. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) 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. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias”.

¹³ El Art. 95 del Decreto N° 1.030/2016 dispone: “*Revocación, modificación o sustitución*. 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”.

¹⁴ Art. 1°, inc. f, apart. 1, Decreto Ley N° 19.549.

¹⁵ Ver Perrino, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, AA VV, *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, p. 75.

¹⁶ Art. 7°, inc. d), Decreto Ley N° 19.549.

¹⁷ Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 893 y Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 132-133. En tal sentido, Marienhoff rotundamente afirma: “Tratándose de un acto que ‘extingue’ un derecho, la motivación del mismo es de ‘principio’” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 580).

¹⁸ Para una posición, de carácter restrictiva, sólo corresponde indemnizar el daño emergente. Quienes se enrolan en ella consideran que la revocación por inoportunidad se sustenta en principios similares a la expropiación por lo que, al igual que ocurre en materia de expropiación (Art. 10, Ley N° 21.499), se debe excluir el resarcimiento

antes citados, contemplan un resarcimiento acotado que excluye el rubro lucro cesante. Esta solución coincide con la adoptada en el Artículo 5° de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos N° 26.944¹⁹, en el cual se prevé el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por la actuación legítima del Estado²⁰ y se lo circunscribe al “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

del lucro cesante. Asimismo, señalan que en la Constitución Nacional no existe ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento (cfr. Marienhoff, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *ED* 114-949; “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”; Julio R. Comadira, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2003, p. 381 y sigs.; y Hutchinson, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, AA VV, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 535 y sigs.).

Otros autores entienden que cuando la Administración extingue un contrato por razones de oportunidad corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios comprensivo del lucro cesante, pues el contratista, al momento de celebrar el contrato, tiene una expectativa de lucro que integra su derecho de propiedad que la Constitución garantiza (Arts. 14 y 17). Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y la revocación por inoportunidad, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad de pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación, etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Bercaitz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, pp. 502-503; Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., T. II, pp. 483 y 486-487; Barra, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *ED* 122-861; Bianchi, Alberto B., “Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado”, *ED*, 111-550 y “Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap-* 248, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1999, p. 9; Fonrouge, Máximo, “La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad”, AA VV, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 554; F. Pritz, Osvaldo Ángel, “El rescate”, AA VV, *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 243 y sigs.; Aguilar Valdez, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, op. cit., p. 187 y sigs.; Mabromata, Enrique, “El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos”, *LL*, 1994-B, 352; Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 131 y sigs.; Botassi, Carlos A., *Contratos de la Administración provincial*, La Plata, Scotti editora, 1996, p. 92; Buj Montero, Mónica, “Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral”, AA VV, *Contratos administrativos*, dirigida por Ismael Farrando, Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2002, p. 551 y sigs. y Escola, Héctor Jorge en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 893 y Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 132.

¹⁹ Ver: Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley N° 26.944 comentada*, Buenos Aires, Thompson Reuters La Ley, 2015, p. 142 y sigs.

²⁰ Las disposiciones de Ley N° 26.944 se aplican supletoriamente a los contratos administrativos ante la ausencia de “normas específicas” (Art. 10 de la ley citada).

Hemos sostenido en diversos trabajos²¹ que la supresión del lucro cesante del alcance de la indemnización establecida en las disposiciones antes mencionadas presenta serios reparos constitucionales²² y no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De los Artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema Nacional se desprende una regla muy clara, que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa”²³, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del

²¹ Perrino, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, AA VV, *La contratación pública*, Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique: directores, T. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 1119 y sigs.; “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, *JA* 11-11-2009; “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, AA VV, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 239 y sigs. y *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley N° 26.944 comentada, op. cit.*, p. 165 y sigs.

²² Criticando el Art. 5° de la LRE escribe Mairal: “Nuestra legislación, como también parte de nuestra doctrina, insisten así en identificar, y tratar bajo reglas idénticas, dos situaciones perfectamente diferenciables: la de quien es afectado por una medida de índole general que le ocasiona un agravio especial y que debe superar, para ser indemnizado, el principio de que nadie tiene derecho al mantenimiento de una situación legal o reglamentaria determinada (caso ‘Cantón’, por ejemplo), y la del titular de un derecho emanado de un contrato con el Estado que es vulnerado por el ejercicio de una prerrogativa pública específicamente dirigida a él. Solo en el primer caso puede decirse, estrictamente, que se trata de una responsabilidad de carácter ‘excepcional’ (LRE, Art. 5°). En el segundo caso, no hay ‘excepcionalidad’ alguna; en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español.

El legislador ha incurrido, así, en una doble generalización: primero subsume las dos situaciones descriptas en una sola y luego extiende a su respecto la regla de la expropiación que niega la compensación del lucro cesante, pese a la notoria diferencia que constituye la ausencia de una ley declaratoria de la utilidad pública. Con ello pone en cabeza del funcionario administrativo el enorme poder discrecional de privar al cocontratante de la ganancia que esperaba legítimamente obtener”. (Mairal, Héctor A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la Ley N° 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, *ED* del 26-11-2014).

²³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (Art. 17 de la Constitución Nacional), exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CSJN, “Benítez, Fructuoso y otra c/ Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*: 317:377 y “Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montelpare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación”, *Fallos*: 326:2329). El concepto de justa indemnización es empleado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Arts. 21, inc. 2° y 63, inc. 1°. El primero de ellos, al regular el derecho de propiedad, prescribe: “2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. A su vez, en el inciso 1° del Art. 63 se dispone que cuando la Corte Interamericana decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y también, “si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos

afectado²⁴, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa²⁵. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros²⁶ cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del Artículo 17 de la Constitución Nacional²⁷.

Es que, como bien se ha escrito, “desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciatario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado –inversión particularizada–, sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien, sino que lo relevante está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios. Recuérdese que de nada vale un activo concesional si se ha privado a su titular

y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. La expresión “justa indemnización” empleada en el Art. 63, inc. 2º, del Pacto de San José comprende tanto a los perjuicios materiales, incluye el daño emergente y el lucro cesante, como a los inmateriales (ver: García Ramírez, Sergio y Benavidez Hernández, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014, p. 45 y sigs.).

²⁴ Cfr. voto concurrente del Dr. Bacqué emitido en el caso “Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. / Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (*Fallos*: 312:2266), para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causada por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

²⁵ Cfr. Tawil, Guido, “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AA VV, *Responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 245 y Perrino, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, op. cit., T. II, p. 1119 y sigs.; “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, *JA* 11-11-2009 y “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AA VV, *Responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 239 y sigs.

²⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar en una causa en la que se demandó al Estado Nacional a raíz de la expropiación de un ramal de una línea férrea, expresó: “[...] un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas o condiciones normales y por las perspectivas que ofrece; elementos constitutivos de lo que se llama ‘el negocio en marcha’” (Causa “F.F.C.C. Entre Ríos c/ Gobierno de la Nación”, sent. del 28-12-1936, *Fallos*: 176:363).

²⁷ Si bien como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues, así como nos parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado también lo es reconocerlo sin limitación alguna (cfr. voto concurrente del Dr. Bacqué antes citado). Es que la reparación en tales casos no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos. (En igual sentido: Bianchi, Alberto, “El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general”, AA VV, *Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional*, Mendoza, Ediciones Dike, 2004, p. 131 y sigs. y argumento en los casos “Nación c/ Dubini, José y Dubini, Ángel”, *Fallos*: 184:142; “Lustig, Ladislao c/ Dubcosky, Jaime - De la Plaza de Castañeda Vega, Silvia c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 202:81 y “Bco. Hipotecario Nacional c/ Ratto de Prats, María E.”, *Fallos*: 237:316).

del derecho a explotarlo²⁸ y que cuando éste ofertó por la concesión lo hizo teniendo en consideración no el valor de los activos transferidos sino el flujo de fondos que dicha concesión en operación podía generar por medio de una gestión eficiente²⁹. En igual línea de pensamiento dice Cassagne, al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público, que la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, “tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término, a remunerar las inversiones”³⁰.

Además, en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha admitido la indemnización del lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos. Así ocurrió en la causa “Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.R.L. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”³¹, fallada el 20-9-1973. El caso se originó a raíz de un contrato celebrado entre la referida firma y la empresa estatal, por el cual la primera se obligó a realizar un proyecto de locomotoras a vapor; la fabricación de diez de estas máquinas; de repuestos, y remodelación de otras locomotoras. La contratante rescindió el contrato por entender que existió incumplimiento de parte de la contratista y por razones de conveniencia administrativa. El alto tribunal entendió que, de conformidad con las circunstancias de la causa, la extinción del contrato, al que calificó de naturaleza administrativa, debía considerarse—en realidad—como una “rescisión” unilateral de la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia. Seguidamente, sostuvo que resultaba de aplicación al caso el Artículo 1638 del Código Civil, “según el cual el dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos su gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener por el contrato; pudiendo los jueces, en tal situación, reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta condujera a una notoria injusticia”.

²⁸ Fonrouge, Máximo, “La indemnización del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 557.

²⁹ Aguilar Valdez, Oscar, “Caducidad, rescisión y recate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, op. cit., p. 218.

³⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., T. II, p. 488. Esta es la solución que impera en el derecho español. En el Art. 288, incs. 1º y 4º, del Real Decreto Legislativo Nº 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se dispone que en el supuesto de rescate del servicio, además de abonarse al contratista “el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”, “la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización”. También en Francia cuando la Administración resuelve unilateralmente un contrato por razones de interés general debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (cfr. Laubadere, André de; Moderne, Frank; Delvolve, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, 2eme. edition, LGDJ, 1984, p. 734 et. seq.; Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, París, LGDJ, 1995, pp. 188-189).

³¹ Fallos: 286:333.

Nuevamente el máximo tribunal examinó la cuestión al decidir el 20-9-1984 la causa “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”³², originada por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También, en esta ocasión, la Corte —si bien por mayoría— admitió la reparación del lucro cesante con sustento en el Artículo 1638 del Código Civil, el cual consideró que era aplicable al caso por analogía.

Nueve años más adelante, la Corte Suprema de Justicia volvió a pronunciarse ante una situación de finalización anticipada de un contrato de obra pública intelectual en los autos “Ruiz Orrico, Juan C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”³³, sentencia del 24-5-1993. En dicha ocasión, alto tribunal confirmó la sentencia de Cámara que había condenado al pago de una indemnización por la extinción anticipada del contrato fijada en el 20 % de los honorarios correspondientes a la dirección de obra. Para así decidir sostuvo que “la Ley N° 13.064 no prevé la rescisión del contrato por la Administración sin culpa de la contratista, por lo que es aplicable supletoriamente el Artículo 1638 del Código Civil, norma que establece la facultad de los jueces de reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta condujera a una notoria injusticia”. Seguidamente expresó: “[...] no corresponde aplicar ciegamente la noción de la reparación plena, cuando ello conduce a situaciones abusivas, tales como la del locador que no ha sufrido el perjuicio o lo ha padecido en menor medida que aquélla que se desprendería de una mera aplicación mecánica de la idea de daño indirecto o utilidad no alcanzada. En suma, 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”.

Un nuevo pronunciamiento favorable al reconocimiento del lucro cesante emitió la Corte Suprema de Justicia el 28-7-2005 en la causa “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional”³⁴. El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación, para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del Artículo 18 del Decreto Ley N° 19.549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar “que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación”, afirmó, con cita del fallo recaído *in re* “Eduardo Sánchez Granel”, que “no hay,

³² *Fallos*: 306:1409.

³³ *Fallos*: 316:1025.

³⁴ *Fallos*: 328:2654.

como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (*Fallos*: 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)".

Cuatro años más tarde, el 9 de junio de 2009, *in re* "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional – PEN – Decreto N° 1.583/1996 s/ daños y perjuicios"³⁵, el alto tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1.583/1996, por el cual se había derogado el Decreto N° 520/1995, que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del Decreto N° 1.583/1996, alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz S.A. demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del Decreto N° 1.583/1996, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses.

Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del tribunal resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la establecida por la cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento sentado en "El Jacarandá", rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto.

³⁵ *Fallos*: 332:1367.

A su vez, en la causa “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”³⁶, fallada el 15-5-2014, la Corte Suprema de Justicia, si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos), a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora.

IV. LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO EN LA LEY DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Con la finalidad de propiciar la inversión privada necesaria para dar respuesta al grave déficit³⁷ que nuestro país tiene en materia de infraestructura pública³⁸, el 30 de noviembre de 2016 se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 27.328, por la cual se regulan los denominados

³⁶ Fallos: 337:548.

³⁷ “En la Argentina la inversión en infraestructura como porcentaje del PIB cayó a la mitad en la última década. Particularmente, la participación del sector privado como proporción del producto se redujo ocho veces en relación con la anterior década” [Castro, L.; Szenkman, P. y Lotitto, E. (marzo de 2015), ¿Cómo puede cerrar el próximo gobierno la brecha de infraestructura?”, Documento de Políticas Públicas/Análisis N° 148, Buenos Aires, CIPPEC].

³⁸ En la literatura económica existe un consenso generalizado de que la inversión en infraestructura pública es fundamental para generar el desarrollo económico-social y, de este modo, elevar la calidad de vida de las personas. En general, se considera que una adecuada dotación de infraestructuras básicas provoca un impacto altamente positivo en la productividad, el crecimiento económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar y prosperidad de la sociedad. (Ver: Squiglia, Eduardo; Delgado, Ricardo Raúl y Delgobbo, Alberto Luis, *La infraestructura como factor de desarrollo de las economías regionales*, Buenos Aires, Fundación Benito Roggio, 1995 y Rozas, Patricio y Sánchez, Ricardo, “Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual”, *CEPAL*, Serie Recursos naturales e infraestructura, N° 75, Santiago de Chile, octubre de 2004).

contratos de participación público privada (contratos de PPP)³⁹, los cuales constituyen un instrumento alternativo para la provisión de infraestructuras y servicios públicos⁴⁰.

Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de los contratos de PPP, se los puede definir como: “[...] acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades, tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos”⁴¹.

Concorde con dicha noción, el Artículo 1º de la Ley Nº 27.328 dispone: “Los contratos de participación público privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

³⁹ Explica Araujo Barceló que la colaboración público privada ha adquirido una notoria relevancia en el ámbito internacional durante la última década. Han sido muchos los países que han mostrado su interés sobre este fenómeno y han implementado nuevas fórmulas jurídicos-financieras con el propósito de conseguir una mayor implicación del sector privado en la construcción y gestión de bienes y equipamientos públicos, para poder atender así a las novedosas e ingentes necesidades de las sociedades desarrolladas de este nuevo siglo (Araujo Barceló, Alejandro, “La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre”, Documentos Nº 4/2013, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Carlos III de Madrid).

⁴⁰ En tal sentido, el Art. 2º de la Ley Nº 27.328 prescribe: “Los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes Nros. 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el Decreto Nº 1.023/2001 y sus modificatorias”.

⁴¹ Aragone Rivoir, Ignacio, “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, Nº 25, Madrid, 2006, p. 11 y sigs. Explica De la Riva: “Una de las constantes más destacadas que se viene observando a nivel macroeconómico en la mayor parte de los países occidentales en los últimos años reside en la preocupación por intentar armonizar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de proyectos de infraestructura, con vistas a sumar las ventajas que pueda aportar cada una de esas órbitas. El objetivo consiste en identificar el esquema de articulación más apto para cada proyecto en particular, de modo de dar con la distribución de las cargas y riesgos que resulte más eficiente de cara a cada proyecto. Así nació la figura de la asociación público-privada, conocida también por las siglas ‘app’, o ‘ppp’, en razón de su denominación en inglés (*public-private partnership*).

Esta expresión, en realidad, hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos”. (De la Riva, Ignacio M., “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Nº 17, primer semestre/2017, p. 193 y sigs., <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/5698>).

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Los contratos de participación público privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer”.

En lo que concierne al objeto de este trabajo, la Ley N° 27.328 contempla un conjunto de garantías que vienen a equilibrar (no a suprimir) la facultad rescisoria del Estado por razones de mérito, oportunidad o conveniencia y a incentivar su uso prudente y meditado, puesto que su ejercicio no condicionado “puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada”⁴². Lo que se busca es mitigar los riesgos que asumen los contratistas que tienen a su cargo la ejecución del proyecto de infraestructura, como la de los que lo financian⁴³, pues, con la finalización anticipada del contrato, no podrán recuperar el flujo de fondos previsto y, muy probablemente, solo tendrán por delante un largo juicio frente al Estado⁴⁴.

IV.1. Regulación en el contrato de PPP

Uno de los aspectos más relevantes de los contratos de PPP, que permite distinguirlos de otras figuras contractuales tradicionales, es la modalidad de asignación de los riesgos entre cada una de las partes⁴⁵. Dicho reparto de riesgos no puede ser caprichoso u arbitrario, sino que debe responder a un principio de eficiencia muy concreto, que indica que debe asumirlos el socio que esté en mejor condición para evitarlos⁴⁶.

⁴² “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 174 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>) .

⁴³ Afirma Mairal: “La posición del financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria”. (Mairal, Héctor A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 320, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 209 y sigs.).

⁴⁴ Mairal, Héctor A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos”, en *op. cit.*, p. 209 y sigs.

⁴⁵ En principio, el contratista debería asumir los riesgos que le son propios por su condición de constructor y empresario que explota un negocio, tales como el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad, y otros riesgos comerciales. A su vez, es razonable que el Estado asuma el riesgo político que se deriva de la incertidumbre en el tiempo de los cambios en la política pública o en el marco regulatorio.

⁴⁶ Araujo Barceló, Alejandro, “La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre”, cit.

La adecuada asignación de estos riesgos (distinguiendo entre los diferentes tipos de riesgos que existen) es el elemento clave para minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos. Ello tiene importantes repercusiones en el costo de capital y la remuneración del contratista.

Por tal razón, en los incisos b) y p), del Artículo 9º, de la Ley N° 27.328, se exige que en los contratos de participación público privada se deberá establecer: “El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” (inc. b) y “Las causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago” (inc. p).

Conforme surge de las disposiciones transcritas, la facultad administrativa de rescindir anticipadamente el contrato y sus consecuencias debe ser expresamente prevista en el contrato de PPP⁴⁷. Como es evidente, con ello se aspira a dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes⁴⁸.

IV.2. Órgano competente

Según el Artículo 9º, inc. 12, del Anexo I del Decreto N° 118/2017, reglamentario de la Ley N° 27.328: “La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”.

⁴⁷ En línea con ello UNCITRAL aconseja: “La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales” (“Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁴⁸ También se requiere en el Art. 9º, inc. w), de la Ley N° 27.328, que en el contrato se establezcan: “Los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y *terminación del contrato*. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes” (el destacado es propio).

Es razonable que dada la entidad y consecuencias que acarrea una decisión de este tenor sea el titular y “responsable político de la administración general del país”⁴⁹ el órgano competente para ello.

IV.3. Alcance de la indemnización

Frente al criterio restrictivo respecto del alcance de la indemnización que el Estado debe abonar al contratista cuando rescinde el contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, previsto en el Artículo 12, inc. b), 2do. párrafo, del Decreto N° 1.023/2001, en el Artículo 95 de su Decreto Reglamentario N° 1.030/2016 y en el Artículo 5° de la Ley N° 26.944, en el Artículo 9°, inc. p), de la Ley de Contratos de PPP se prevé que en los casos de “extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial aquellas contenidas en las Leyes Nros. 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el Decreto N° 1.023/2001⁵⁰ y sus modificatorias”.

Como consecuencia, de la inaplicación de las normas mencionadas, que excluyen la indemnización del lucro cesante, es evidente que este rubro puede integrar el resarcimiento en los casos que el Estado rescinda por motivos de interés público un contrato de PPP⁵¹.

Confirma lo dicho y despeja cualquier duda que pudiera plantearse el Artículo 11 de la Ley N° 27.328, el cual prescribe: “La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato: Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación”.

De tal modo, devienen inaplicables en los contratos de PPP el 3er. párrafo del Artículo 1° de la Ley N° 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes y funcionarios públicos, y el Artículo 1764 de la legislación iusprivatista, que establecen la inaplicación directa o supletoria de las normas de la responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado⁵². En consecuencia, es posible acudir a las disposiciones pertinentes del Código Civil y Comercial que regulan la responsabilidad patrimonial para determinar el alcance de la indemnización.

⁴⁹ Art. 99, inc. 1°, CN.

⁵⁰ En el Art. 31, inc. b), se determina que a los contratos de PPP no les será de aplicación directa, supletoria, ni analógicamente el Decreto N° 1.023/2001, sus modificatorias y su reglamentación.

⁵¹ Afirma, con razón, Mairal: “[...] en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español” (Mairal, Héctor A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la Ley N° 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, *ED*, 260-641).

⁵² Ver: Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley N° 26.944 comentada*, op. cit., p. 52 y sigs.

Además, en el Artículo 10 de la Ley N° 27.328 se fijan dos pautas de suma trascendencia para la determinación de la compensación que debe pagar el Estado, como son: que aquella nunca puede ser inferior a la inversión no amortizada⁵³ que efectuó el contratista, y que debe asegurar el pago del crédito tomado para financiar⁵⁴ el desarrollo del proyecto objeto del contrato⁵⁵.

En cuanto a la metodología de valuación y el procedimiento de determinación de la indemnización, con buen criterio, en el 1er. párrafo del Artículo 10 del Anexo I del Decreto N° 118/2017, reglamentario de la Ley N° 27.328, se determina que “será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia”.

IV.4. Pago previo de la indemnización

La otra garantía que se prevé en el Artículo 10 de la ley de cita, y que constituye una novedad en nuestro derecho, apunta al momento en que la autoridad contratante que decidió extinguir anticipadamente el contrato debe proceder al pago de la indemnización. Al igual que ocurre en materia de expropiación⁵⁶, se exige que antes de la toma de posesión de los activos del contratista se abone el resarcimiento pertinente.

Cabe recordar que un relevante sector de la doctrina sostiene que en los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos debe aplicarse el régimen jurídico de la expropiación, incluso postulando la necesidad de que medie una declaración legislativa de interés público⁵⁷. Así Cassagne, después de afirmar que el fundamento de la revocación

⁵³ “La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión”. “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁵⁴ “La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada ‘cláusula de aceleración’ por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario”. “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁵⁵ Acertadamente en el 2do. párrafo del Art. 10 del Anexo I del Decreto N° 118/2017, reglamentario de la Ley N° 27.328, se precisa que “sólo corresponderá asegurar el repago del financiamiento pendiente de cancelación que hubiese sido efectivamente aplicado al Proyecto”.

⁵⁶ Art. 17 de la CN.

⁵⁷ Mairal ha señalado que la analogía de la extinción anticipada de un contratos administrativo por razones de interés público “con la expropiación es particularmente inapropiada: una cosa es el sacrificio de la propiedad

por oportunidad, mérito y conveniencia tiene cierta similitud con la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público, concluye que en tales casos debe aplicarse en lo pertinente el régimen jurídico del instituto expropiatorio, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 17 de la CN⁵⁸.

A su vez, Gordillo escribe: “Toda forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio *stricto sensu* del Decreto Ley N° 21.499/1977, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (Art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (Art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta ‘el momento del efectivo pago’ (Art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10 % en caso de avenimiento directo (Art. 13). El Estado sólo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación”⁵⁹.

Por su parte, Maqueda Fourcade explica que “la admisión del carácter expropiatorio de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, tendría relevantes consecuencias normativas, entre las que cabe señalar que: (i) integraría las facultades del Congreso; (ii) la revocación sólo podría disponerse mediando una declaración específica o genérica de utilidad pública del Congreso; (iii) la indemnización debería ser justa e integral, y debería pagarse previamente; y (iv) el Congreso sólo podría delegar dicha facultad conforme a las pautas del Artículo 76 de la Constitución Nacional, pudiendo considerarse que se trata de una de las ‘materias determinadas de Administración’. El actual Artículo 18 de la LNPA, así, no parecería satisfacer dichas exigencias constitucionales, pues implicaría una delegación permanente y sin bases para el ejercicio de dicha facultad expropiatoria”⁶⁰.

privada ante la utilidad pública que declara una ley del Congreso, y otra muy distinta es otorgar al Presidente, Gobernador, intendente o ministro de turno la posibilidad, ante el silencio del contrato, de privar a cualquier contratista del Estado de sus legítimas expectativas de ganancias mediante la mera alegación, que por lo general será judicialmente irrevisible, del interés público”. (Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED*, 179-655).

⁵⁸ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., T. I, p. 827.

⁵⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, cap. VI, pp. 32-34 y cap. XIII, p. 22.

⁶⁰ Maqueda Fourcade, Santiago, “La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos”, AA VV, *Estudios de Derecho Público*, Alonso Regueira, Enrique M.: director, Buenos Aires, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, 2014, p. 184, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-2-maqueda-f.pdf>.

V. CONCLUSIÓN

La posibilidad de que el Estado por razones interés público pueda llegar a extinguir un contrato en cualquier momento –en particular, aquellos por los cuales se viabilizan proyectos de infraestructura pública– y que sólo indemnice al contratista el daño emergente irrogado, más allá de los reparos constitucionales que pueda suscitar, constituye un serio riesgo contractual de muy difícil ponderación que puede llegar a tornar inviable la contratación o encarecerla innecesariamente. Enhorabuena, las disposiciones comentadas de la Ley N° 27.328 vienen a poner un contrapeso y a desalentar el ejercicio abusivo a una de las más relevantes potestades de la Administración en la contratación pública.