Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, 14 de mayo de 2013.

Vistos los autos: "Benito Roggio e Hijos S.A. y otro c/ E.N. Agua y Energía Eléctrica S.E. s/ contrato obra pública".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Las costas de esta instancia, se imponen por su orden en atención a que, la complejidad y lo novedoso de la cuestión resuelta pudo —razonablemente—, hacer creer a la demandada que se encontraba asistida de mejor derecho para litigar (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, demandado en autos**, representado por la **Dra. Silvia Eva Peralta.**

Traslado contestado por **Benito Roggio e Hijos S.A., coactora en autos**, representada por la **Dra. Alicia Silvia Manghi, y Tecsa S.A., coactora en autos**, representada por el **Dr. Alberto Maletti.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala V.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

A fs. 535/538, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda por reconocimiento de gastos improductivos del contrato de obra pública que vinculó a las partes y dispuso que la suma por la que prosperó el reclamo está consolidada en los términos de las leyes 23.982 y 25.344.

Para resolver de ese modo, en lo que ahora resulta de interés, la cámara recordó que en la instancia anterior se había rechazado la demanda de las empresas Benito Roggio e Hijos S.A. y Tecsa S.A. contra el Estado Nacional, tendiente a obtener la declaración de nulidad de los actos que habían desestimado los reclamos por reconocimientos de los gastos improductivos experimentados con motivo de la paralización de las obras del Contrato N° 773, celebrado el 2 de marzo de 1989, como resultado de la Licitación Pública N° 128/88, convocada por la empresa Agua y Energía Eléctrica, Sociedad del Estado, para la ejecución de los trabajos de "Replanteo planialtimétrico, provisión parcial de materiales y puesta en servicios de la Línea de Alta Tensión, correspondiente al Tramo I entre las estaciones transformadoras Güemes y Cevil Pozo, de la Línea de Transmisión en 132 Kv" y el consiguiente pago de aquellos gastos devengados entre marzo de 1989 y septiembre de 1990.

Tras relatar los antecedentes de la causa y las posiciones de las partes en el litigio, el *a quo* señaló que, en el régimen de excepción que establecieron los arts. 48 y 49 de la ley 23.696, se autorizó a la Administración a declarar la rescisión del contrato por razones de emergencia, con los efectos propios de la extinción del caso fortuito o de la fuerza mayor y, alternativamente, se facultó a las partes a recomponer el contrato sobre la base del principio del *"sacrificio compartido"*, dentro del cual se previó como requisito la renuncia de la contratista a su derecho a percibir los gastos improductivos, entre otros, derivados de la paralización o reducción del ritmo de obra, devengados entre el 1° de marzo de 1989 y la finalización del estado de emergencia (decreto 1605/90).

Según la cámara, estas previsiones modificaron, con carácter excepcional, el principio general del art. 39 de la ley 13.064, pero en ninguna disposición de la ley 23.696 se estableció que, en caso de extinción del contrato por fuerza mayor, estuviera excluida la posibilidad de reconocer los daños experimentados por el contratista con anterioridad a la finalización del contrato. Sostuvo, también, que el capítulo VI, ap. c), punto III, del decreto 1105/89 no excluye necesariamente la compensación de los daños emergentes de la suspensión o paralización de la obra y, en tal sentido, consideró que no es posible extender mecánicamente las previsiones de los art. 53, inc. d), y 54, inc. e) de la ley 13.064 a los gastos improductivos experimentados antes de la rescisión. Además razonó que, si las partes comenzaron a renegociar el contrato en los términos del art. 49 de la ley 23.696 —es decir con la renuncia de la contratista a percibir los gastos improductivos como un requisito para llegar al acuerdo— pero finalmente no lo lograron, entonces no se puede concluir en que la contratista hubiera efectivamente renunciado al derecho sobre tales conceptos, ni que su pago hubiera quedado definitivamente preterido en virtud de la rescisión. Iguales conceptos caben, dijo, para la previsión del ap. 4.5. de las Bases Generales de Licitación y Contratación.

Sobre tales bases conceptuales, al *a quo* consideró que no estaba controvertida la circunstancia de que los gastos improductivos que surgen del informe pericial de fs. 283/314 se corresponden con las erogaciones efectivamente efectuadas por los conceptos indicados, ni que ellos guardaban razonable relación con el precio total de los trabajos contratados y, por lo tanto, resolvió que correspondía distribuir equitativamente el valor estimado entre las dos partes, por entender que no es razonable que solamente una de ellas asuma de manera exclusiva las pérdidas originadas en estas circunstancias y no discutidas. De todas formas, tal como se relató, dispuso que la suma reconocida esté incluida en el régimen de consolidación de las leyes 23.982 y 25.344.

-II-

Disconforme con esta decisión, el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) dedujo el recurso extraordinario

obrante a fs. 545/564, que fue concedido únicamente en cuanto a la cuestión federal involucrada en la causa y denegado respecto de la arbitrariedad imputada al fallo (fs. 584), sin que se planteara queja alguna al respecto.

Sostiene, en sustancial síntesis, que la sentencia resuelve el litigio apartándose de los arts. 48 y 49 de la ley 23.696 y de su decreto reglamentario 1105/89, que no prevén el pago de gastos improductivos cuando la rescisión del contrato se produzca por razones de caso fortuito o fuerza mayor. En tal sentido, señala que estas disposiciones contemplan el pago de ciertos rubros, pero nada dicen sobre los gastos improductivos, precisamente porque en forma clara se excluye su reconocimiento en virtud de la rescisión y la misma interpretación se debe realizar con los gastos improductivos devengados hasta el momento de la rescisión, porque ello no está reconocido ni contemplado por el art. 54 de la ley 13.064, ni por el decreto 3772/64 (modificado por el art. 4°, del decreto 2347/76, reglamentario del art. 5° de la ley 12.910).

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se ha puesto en tela de juicio la validez e inteligencia de normas federales (art. 48 de la ley 23.696 y ley 13.064) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Cabe recordar que, al encontrarse controvertido el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 328:1740; 329:3577; 330:3836 y 4713, entre muchos otros).

Asimismo, toda vez que el recurso ha sido concedido únicamente en lo atinente a la interpretación de normas federales y rechazado con relación a la arbitrariedad endilgada a la sentencia, sin que se haya deducido la pertinente queja, la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta sólo en la medida en que la otorgó el tribunal de la instancia anterior (doctrina de Fallos: 322:2926;

327:4201, entre muchos otros).

Ello impide considerar los agravios planteados en torno a la resolución que el *a quo* le otorgó a las cuestiones fácticas sobre la evaluación que efectuó de la prueba que se produjo en la causa. En este aspecto, queda excluido de revisión en esta instancia todo lo concerniente a los gastos acreditados, así como su monto, y la conducta de las partes en el pleito. También, y por los mismos motivos, no corresponde examinar los agravios que se vinculan con la arbitrariedad que se le endilga a la sentencia.

-IV-

Sentado lo anterior, el *thema decidendi* consiste en determinar si la rescisión contractual con los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor que prevé el art. 48 de la ley 23.696 excluye el reconocimiento de los gastos improductivos experimentados antes de la rescisión —tal como sostiene el recurrente— o, si por el contrario, al remitir a las disposiciones de los arts. 53 y 54 de la ley 13.064, aquella previsión normativa solo descarta el pago de tales gastos cuando sean consecuencia de la rescisión, como alega la actora y lo reconoció la cámara en la sentencia apelada.

En primer término, cabe reseñar las normas aplicables al *sub lite*.

La ley 23.696 declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, por un determinado plazo (art. 1°).

Por el art. 48 se facultó al ministro que fuere competente en razón de la materia a declarar la rescisión de todos los contratos de obra y de consultoría celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley por el sector público descripto en el art. 1° de la ley por razones de emergencia y estableció que ellas constituyen causales de fuerza mayor, según el régimen previsto en los arts. 54 de la ley 13.064 y 5° de la ley 12.910.

A su turno, en lo que ahora resulta de interés, cabe decir que el art. 49 estableció que la rescisión prevista en el artículo precedente, no

procedería en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspirara en el principio del sacrificio compartido por ambas partes contratantes. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el ministro competente en razón de la materia y deberían contemplar condiciones mínimas, entre las que se encontraba la renuncia de la contratista a su derecho a percibir gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos o cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo o paralización total o parcial de la obra, devengados entre el 1° de marzo de 1989 y la fecha del acuerdo que ahí se fijó (inc. f).

Por otra parte, atento a la remisión que el art. 48 de la ley 23.696 hace a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas, conviene retener que ésta prevé que el contratista tendrá derecho a rescindir el contrato *"por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato"* (art. 53, inc. d). También establece que la rescisión del contrato por las causas previstas en el art. 53 tendrá las consecuencias que se contemplan en el art. 54. En este sentido, el inc. e) de dicho precepto prevé que se liquidarán a favor del contratista *"los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato"*, pero en el último párrafo se aclara: *"en el caso del inciso d) del artículo 53, no será de aplicación el inciso e) del presente artículo"*.

El reglamento de la ley 23.696, aprobado por el decreto 1105/89, en el art. 48 contempla tanto el procedimiento a seguir para declarar la rescisión del contrato como los temas y el modo en que se deben resolver para finalizar la relación contractual. En lo que interesa al presente caso, en el ap. III, dispone: *"a los fines de la liquidación y pago de los créditos del contratista anteriores a la rescisión del contrato, tales como facturas o certificados impagos, actualizaciones por mora o intereses impagos, aquél deberá acreditarlos fehacientemente, y presentar un detalle pormenorizado de ellos, efectuando las liquidaciones del caso"*.

-V-

Efectuada la reseña normativa, corresponde extraer algunas conclusiones. En primer término, por expresa disposición legal (art. 48 de la ley 23.696), los efectos de la rescisión de los contratos por razones de emergencia se asimilaron a los regulados por los arts. 54 de la ley 13.064 y 5° de la ley 12.910, es decir que la norma contempló la rescisión por razones de fuerza mayor con los efectos del precepto citado de la Ley de Obras Públicas que se refiere a la rescisión del contrato por parte del contratista.

En este encuadre normativo, cuando el contratista rescinde el contrato por alguno de los motivos que prevé el art. 53, tiene derecho al resarcimiento de los rubros que señala el art. 54 (ambos de la ley 13.064), entre los que se encuentra el que corresponde a los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato. Sin embargo, este último concepto no procederá si la rescisión fue por razones de caso fortuito o fuerza mayor, porque así lo establece el último párrafo del ya citado art. 54.

Estas disposiciones son aplicables al *sub lite* en virtud de la remisión que efectúa el art. 48 de la ley 23.696, aunque también es pertinente aplicar la previsión del decreto reglamentario de este último precepto (decreto 1105/89), porque —según mi punto de vista— contribuye a la correcta solución al conflicto que se suscita en estos autos.

En efecto, el aludido decreto, en el ap. III del art. 48 de su anexo —antes transcripto—, excluye toda posibilidad de reclamo, por parte del contratista, referido al lucro cesante, beneficios o utilidades dejados de percibir (v. ap. I), aunque le reconoce la liquidación y pago de los créditos anteriores a la rescisión del contrato, tales como facturas o certificados impagos, actualizaciones por mora o intereses impagos, siempre y cuando hayan sido acreditados fehacientemente y aquél presente un detalle pormenorizado de ellos, efectuando las liquidaciones del caso (v. ap. III).

-VI-

A partir de estas premisas, considero que la inteligencia que la cámara le asignó a las normas que regulan el caso se ajusta a derecho y que,

por lo tanto, corresponde desestimar el planteo del recurrente.

En efecto, aplicando los principios de interpretación de la ley, entre ellos aquel que señala que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos, cuidando que la inteligencia que se les asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 331:858), estimo que no se encuentra excluido del plexo normativo indicado la posibilidad de que se liquide a favor del contratista una indemnización del daño emergente que comprenda los gastos improductivos en los que hubiera incurrido antes de la rescisión contractual.

Ello es así, por cuanto el decreto 1105/89, reglamentario de la ley 23.696 reconoció al contratista —aun cuando hubieran acontecido las circunstancias excepcionales señaladas de caso fortuito y fuerza mayor— la posibilidad expresa de reclamar créditos originados con anterioridad a la rescisión sin haber excluido de ellos a los gastos improductivos.

Es dable pensar —como expresó la cámara— que, durante la vigencia contractual, el contratista podría haber incurrido en tales gastos hasta tanto tuviese el cabal conocimiento de que la emergencia económica le iba a imposibilitar definitivamente el cumplimiento del contrato y forzara su extinción, o bien hasta que se recompusiera bajo la condición de que aquel rubro fuera excluido.

En aquel sentido, estimo que la interpretación del último párrafo del art. 54 de la ley 13.064, que excluye la posibilidad de reclamo de los gastos improductivos que el contratista probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato, cuando ésta hubiera obedecido a razones de caso fortuito o fuerza mayor, no puede ser extendido a aquellos gastos improductivos experimentados con anterioridad.

Tal conclusión se efectúa sobre la base de considerar que, en lo que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor, el art. 39 de la ley 13.064 —que rige durante toda la relación contractual antes de su rescisión— pone a cargo de la Administración Pública, frente al acaecimiento de tales circunstancias excepcionales, los daños y perjuicios ocasionados al contratista.

-VII-

Por lo tanto, considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada con el alcance expuesto en el acápite anterior.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2011.

LAURA M. MONTI
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

ADRIANA N. MARCHISIO
Secretaria Administrativa
Procuración General de la Nación