

Colección *Thesis*

Gonzalo Colombres Garmendia

**Procedencia de la indemnización del lucro cesante
en los casos de responsabilidad del Estado
por su actividad lícita**

Prólogo a cargo de la *Dra. Estela B. Sacristán*

Ediciones

rap

PRÓLOGO

Gonzalo Colombres Garmendia ha tenido la gentileza de pedirme que, a modo de prólogo, escriba las palabras preliminares de su tesis de Especialización en Derecho Administrativo, que tuve el gusto de dirigir.

Si la finalidad de un prólogo es invitar al lector a sumergirse en la obra, la tarea, en este caso, será fácil, pues el tema elegido y su análisis doctrinario y jurisprudencial hablan por sí solos. Colombres Garmendia ha llevado a cabo un tratamiento riguroso pero a la vez ameno del tema elegido, de modo que su obra remata, con éxito, los esfuerzos y desvelos invertidos en su elaboración.

El trabajo aborda la procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita, sea ésta extracontractual o contractual. Y desde una primera mirada, no puede dejar de advertirse que se trata de un tema que ha constituido, y sigue constituyendo, arena apta para tomar partido a favor o en contra de la inclusión de ese rubro.

Esa disyuntiva puede, incluso, invadir el ámbito del legislador material, y al tomar éste partido, puede llegar a producir prescripciones legales tan genéticamente injustas en punto a la procedencia de esa indemnización como la contenida en el Artículo 12 del Decreto N° 1.023/2001. Como se recordará, dicha norma, con ecos del Artículo 42 de la antigua Ley N° 755, de 1876, exime a la Administración de tener que indemnizar el lucro cesante cuando modifica, sustituye o revoca un contrato administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Prescripciones normativas como la apuntada

desoyen la voz de una variada gama de fuentes del derecho que marchan en la dirección opuesta.

Pues bien, este trabajo indaga en esas otras fuentes, en esa dirección opuesta, para fundar la procedencia de esa indemnización. Así, el autor toma partido y lo hace con fundamentos sólidos, cuidadosamente cosechados para afirmar la procedencia de indemnizabilidad del rubro en cuestión, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, cuando medie responsabilidad estatal por su actividad lícita.

No podría ser de otra manera. Considérese que, desde la perspectiva de las interpretaciones jurisprudenciales que esta obra desgana, se arriba a una solución que vela por la tutela integral de la propiedad del particular ante las medidas de carácter lícito que adopta el Estado. Es así que el desistimiento de una obra pública, la eliminación de la partida presupuestaria originariamente enderezada a remunerar una contratación, la variación en la apreciación política que considera hoy innecesaria o inoportuna la determinación otrora conveniente, no dejan a la propiedad huérfana de protección. En definitiva, se trata de defenderla ante los cambios que en forma lícita la autoridad puede adoptar. Valga, a título de ejemplo, el fallo “Arturo Prins”, de 1957, en el cual, a la sucesión actora, se hizo lugar al reclamo del lucro cesante derivado del cambio de temperamento de la universidad contratante en relación al edificio para alojar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Valga también el célebre precedente “Sánchez Granel”, fallo de 1984, que hizo lugar al rubro en cuestión en el marco del desistimiento oficial respecto de la construcción de una ruta, bajo la pluma de una Corte Suprema comprometida con las instituciones de una República que acababa de renacer.

El primer caso tiene un neto tono civilista; el segundo, iusadministrativista. En ambos casos, fueron dificultades del orden económico-financiero las que llevaron al cambio de temperamento, a la terminación del contrato, a la frustración de la expectativa del administrado. En ambos casos, el derecho de propiedad del actor resultó indemne.

El derecho comparado también fortalece la postura desarrollada en este trabajo. Basta tener presente, sin perjuicio de los antecedentes reseñados en esta obra, el precedente estadounidense “*Carroll Automotive*”,

del *Armed Services Board of Contract Appeals*, registrado bajo el N° 50993, en el cual el Tribunal especializado concluyó de manera muy clara: la revocación parcial de un contrato de suministro, por oportunidad, no le impedía al contratista recuperar el lucro cesante.

Si en los países desarrollados se verifican supuestos en los que se reconoce la procedencia del rubro en el marco de revocaciones por oportunidad, ¿qué intención pudo tener el legislador en nuestro país al fijar normas tan alejadas de la realidad como la restricción emergente del Artículo 12 del Decreto N° 1.023/2001? Seguramente, una intención contraria a la óptica jurisprudencial que poco después de la sanción de ese régimen confirmó –aunque por vía de *obiter dictum*– la procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actuación lícita en el “El Jacarandá”, de 2005.

Gonzalo Colombres Garmendia indaga en los fundamentos de la indemnizabilidad del lucro cesante cuando media actuación lícita estatal. Todos los fundamentos jurisprudenciales son desbrozados por el autor, y son esos mismos fundamentos los que dan pie a los diversos órdenes de argumentos que sistematizan la postura defendida en la obra. El resultado es a todas luces unívoco: resulta arduo no coincidir con el autor en punto a la integralidad de la reparación una vez que se advierte la forma en la que analiza las aristas éticas, constitucionales y procesales que avalan su postura, sin olvidar los principios generales del derecho. Así, llega incluso a tomar una postura iusfilosófica sobre el tema.

Sea desde la esfera del letrado de parte o desde la esfera de la labor jurisdiccional, los casos de responsabilidad estatal por su actuación lícita pueden resultar arduos. Pero si bien pueden parecer arduos en punto a las cuestiones de hecho y prueba involucradas, no deberían serlo en punto al tema tratado en esta obra. Ella deja una clara enseñanza, y es la relativa a que hoy debería considerarse fuera de discusión la procedencia de la indemnización del lucro cesante en los mentados supuestos de responsabilidad estatal mediando actividad lícita: no sólo en el ámbito extracontractual, sino también en el contractual, y así lo propone el autor, despejando toda obscuridad que la cuestión

pueda haber ostentado otrora. De tal modo, se suma la obra de Colombres Garmendia a la tesis afirmativa, esto es, a la del resarcimiento integral, oportunamente defendida por Barra¹, Guastavino², Bianchi³, Mertehikian⁴ y Tawil⁵, entre otros.

La tesina que diera origen a este libro, elaborada en el marco de la Especialización en Derecho Administrativo que inspirara y forjara la Profesora Doctora María Graciela Reiriz en la Universidad Nacional de Tucumán, es el fruto de la actitud apasionada de Gonzalo Colombres Garmendia hacia el derecho administrativo. Sólo su fina percepción de la importancia de la protección de los derechos, aun frente al Estado –y, en especial, ante éste– pudo concebir la sistematización de la jurisprudencia y doctrina que avalan su férrea postura, y la construcción de la síntesis de ellas.

No tengo más que palabras de agradecimiento hacia quien, en su momento y sin necesitarlo, me ofreciera ayudarlo con la elaboración de su trabajo final en dicha Especialización. Gonzalo, tu tesina tomó vuelo propio, cumpliéndose con creces el cometido originario.

Tampoco puede negarse lo orgullosa que estará la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Tucumán ante el fruto científico y honesto de uno de sus mejores graduados. Y complacida también estará Ediciones Rap, cuyo director editorial, Eduardo Mertehikian, bien de cerca conoce los detalles y contraluces de esa trama de derecho, hechos y, sobre todo, prueba, que nutren todo caso de responsabilidad del Estado.

¹ Barra, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *ED*, T. 122, pp. 859-875.

² Guastavino, Elías P., “Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado”, *ED*, T. 118, pp. 190-214.

³ Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 171.

⁴ Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 131.

⁵ Tawil, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 239-254, especialmente pp. 245-246.

Se podrá coincidir o disentir con el autor. Mas en épocas en que un derecho público maduro parece haber superado las vallas del agotamiento de la vía administrativa o de los actos consentidos para pasar a reclamar la protección de la confianza legítima del administrado ante la toma de decisión estatal y, en general, a exigir una decisión estatal racional, proporcionada y previsible, el renglón de reparación integral propiciado en este trabajo comparte la provincia de la búsqueda de reglas generales justas por las cuales todos debemos velar, desde la conciencia, la expresión y la acción.

Estela B. Sacristán de Bianchi