

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y EL IMPACTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO



RAMÓN D. PIZARRO - ALFONSO BUTELER

Directores

MARÍA GABRIELA ÁBALOS - EDUARDO ÁVALOS
RODOLFO C. BARRA - LUCÍA BELLOCCHIO - ALFONSO BUTELER
JUAN G. CORVALÁN - FEDERICO FERNÁNDEZ
RAMSIS GHAZZAoui - JUAN M. GONZÁLEZ MORAS
JUAN BAUTISTA JUSTO - HÉCTOR A. MAIRAL
LIBER MARTÍN - LEONARDO MASSIMINO
IGNACIO J. MINORINI LIMA - JORGE ORGAZ
SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO - PABLO E. PERRINO
MAURICIO PINTO - RAMÓN D. PIZARRO
MARÍA FLORENCIA RAMOS MARTÍNEZ
ESTELA B. SACRISTÁN - ENRIQUE V. VERAMENDI
CLAUDIO M. VIALE

Autores

THOMSON REUTERS

LA LEY

Buteler, Alfonso

El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto
en el derecho administrativo / Alfonso Buteler; Ramón
Daniel Pizarro.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos
Aires: La Ley, 2018.
688 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3483-5

I. Derecho Administrativo . I. Pizarro, Ramón Daniel
II. Título
CDD 342

© Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, 2018
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2018
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 200 ejemplares

ISBN 978-987-03-3483-5

SAP 42489020

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

Pág.

CAPÍTULO I

ACERCA DE LOS DESAFÍOS QUE PLANTEARÁ AL INTÉRPRETE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Juan G. Corvalán

I. Introducción	1
II. El punto de partida: constitucionalismo democrático	3
III. Las normas sobre interpretación de la ley civil	5
1. El operador jurídico y la subsunción	5
2. El operador jurídico y la ponderación	7
IV. Derechos fundamentales, principios y reglas	7
V. La ponderación como eje central para resolver conflictos entre principios	9
VI. Los principios como guías para el intérprete	11
VII. Conclusiones	12

CAPÍTULO II

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y EL FEDERALISMO ARGENTINO

Por Silvia B. Palacio de Caeiro

I. Introducción	13
II. Los arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial y las reglas de interpretación constitucional del derecho interno, internacional y de derechos humanos	16
III. La incorporación de reglas procesales en el Código Civil y Comercial de la Nación	21
1. Eficacia temporal de las normas procesales	26

	Pág.
IV. La prescripción: tributos, plazos provinciales y de la CABA y otros aspectos	27
1. Los plazos de prescripción de los tributos locales (art. 2532, Cód. Civ. y Com.)	27
2. El plazo genérico diferente en la legislación local (art. 2560, Cód. Civ. y Com.). Legislación de derecho público local y responsabilidad del Estado	31
3. La prescripción y la mediación obligatoria	34
V. Protección de la vivienda	35
VI. Protección al Consumidor. Principio de gratuidad	38
VII. Conclusiones.....	41

CAPÍTULO III

EL "REGRESO" AL DERECHO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE DÉBILES Y VULNERABLES

Por Ramón D. Pizarro

I. La sociedad argentina en los comienzos del tercer milenio en un mundo globalizado.....	43
II. El supuesto fracaso de la juridicidad	44
III. Débiles y vulnerables frente al derecho y al Estado	46
IV. El derecho civil patrimonial y la protección de los débiles y vulnerables	47
V. El regreso al derecho civil y a los principios que rigen en materia obligacional y contractual para la protección de los derechos de débiles y vulnerables	49

CAPÍTULO IV

LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Alfonso Buteler

I. Introducción	53
II. Consideraciones sobre la proclamada constitucionalización del derecho privado.....	53
III. ¿Código de derecho privado o de derecho común?.....	55
IV. La distinción entre derecho público y privado en la actualidad...	57
1. La utilización de instrumentos societarios para la organización administrativa y la gestión pública	58

	Pág.
2. Recepción constitucional	123
3. Evolución jurisprudencial	126
IV. La (tenue) incidencia de los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil sancionado	131
1. La clasificación de los derechos	132
2. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes	134
3. Sanción pecuniaria disuasiva.....	135
4. Daños a los derechos de incidencia colectiva.....	136
V. Reflexiones finales	139

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO FUENTE DE
RESPONSABILIDAD CIVIL. PAUTAS PARA SU RESARCIMIENTO
SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por María Florencia Ramos Martínez

I. Introducción	141
II. Los derechos de incidencia colectiva.....	142
III. Incidencia de los derechos colectivos en la función resarcitoria de la responsabilidad civil.....	145
1. La función resarcitoria de la responsabilidad civil: el concepto de daño resarcible como elemento medular	145
2. El daño y los derechos de incidencia colectiva.....	148
3. Daño colectivo: moral o patrimonial.....	149
4. El resarcimiento por los daños al medioambiente como bien colectivo	156
IV. La función preventiva en la responsabilidad civil. Tutela de los derechos colectivos	159
V. Conclusiones.....	160

CAPÍTULO VIII

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR AL ESTADO.
A PROPÓSITO DE LAS IMPLICANCIAS DEL NUEVO CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Juan G. Corvalán, Federico Fernández y Lucía Bellocchio

I. Introducción	163
-----------------------	-----

	Pág.
2. La aplicación del derecho de consumidor a los concesionarios de obras públicas.....	59
3. La caracterización del destinatario del servicio público como usuario	59
4. Relaciones contractuales entre privados regidos por el derecho administrativo	60
V. La distinción entre derecho público y privado desde la perspectiva de los derechos fundamentales	60

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA
EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*Por Eduardo Ávalos*

I. Introducción	63
II. Las situaciones jurídico subjetivas clásicas en el derecho administrativo.....	64
III. Los llamados "derechos de incidencia colectiva"	66
IV. Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte. Su evolución.....	70
V. El caso "Halabi"	79
VI. Después de "Halabi"	83
VII. El Registro Público de Acciones Colectivas	94
VIII. Los derechos de incidencia colectiva en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y en su redacción definitiva	95
IX. Conclusiones.....	105

CAPÍTULO VI

ACERCA DE LA (TENUE) INCIDENCIA DE LOS DERECHOS
DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL
DE LA NACIÓN*Por Jorge Orgaz*

I. Introducción	109
II. El permanente (y necesario) diálogo entre el derecho constitucional y el derecho privado argentinos: fluidez e interferencias ..	113
III. La (profunda) incidencia de los derechos de incidencia colectiva en la Constitución Nacional.....	120
1. Justificación y antecedentes	120

	Pág.
II. El derecho del consumidor.....	165
1. Fundamento	165
2. Fuentes	167
3. Concepto de derecho del consumidor	169
III. Presupuestos para la aplicación de la ley 24.240.....	170
1. Consumidor	170
2. Proveedor	175
3. Relación de consumo.....	178
IV. El Estado	179
1. La función administrativa y su régimen jurídico	180
2. Los actos regidos parcialmente por el derecho privado	183
3. Las entidades descentralizadas y las personas jurídicas de derecho privado del Estado	184
V. El Estado como consumidor	185
VI. El Estado como proveedor	188
VII. Conclusiones.....	191

CAPÍTULO IX

LA PERSONALIDAD DEL ESTADO EN EL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*Por Claudio M. Viale*

I. Consideraciones en general.....	195
II. Cuestiones terminológicas y conceptuales	196
III. La preocupación por el poder político.....	197
IV. La clasificación derecho público - derecho privado	198
V. La persona	200
VI. Los derechos fundamentales	202
VII. El bien común y el bien personal	203
VIII. El Estado como persona.....	204
IX. Cuestiones de técnica legislativa	206
X. La clasificación en personas públicas y privadas.....	209
XI. La enumeración del art. 146	212
XII. A modo de colofón.....	213

CAPÍTULO X

EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO
Y LAS ENSEÑANZAS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*Por Juan Bautista Justo*

I. Introducción	215
II. La heterotutela como fundamento del régimen general de invalidez de los actos jurídicos. El escrutinio previo a la ejecución coactiva.....	215
1. La noción de heterotutela como consustancial a la idea de derecho	216
2. La heterotutela y los fundamentos del régimen de invalidez de los actos jurídicos. Negativa estatal al uso de la fuerza	221
2.1. Componente relacional. En la soledad no hay nulidades	222
2.2. Componente consensual. Para el tirano no hay nulidades	222
2.3. Componente práctico. El Estado presta su fuerza para asegurar el cumplimiento de los actos lícitos.....	223
III. Las categorías de invalidez en el Código Civil histórico.....	227
1. Distinción fundada en el modo en que se presenta el vicio al juzgador. Actos nulos y anulables	227
2. Distinción fundada en el tipo de interés protegido por la invalidez. Nulidad absoluta y relativa	228
IV. El nuevo sistema de nulidades en el Código Civil y Comercial	229
1. La supresión de la distinción entre actos nulos y anulables....	229
2. Alcances de la distinción entre nulidad absoluta y relativa.....	231
V. La construcción del régimen de invalidez del acto administrativo. Sus fundamentos y la necesidad de depuración de sus categorías	233
1. El régimen de nulidades frente a la autotutela. El control de validez posterior a la ejecución del acto administrativo.....	234
2. Las categorías de invalidez del acto administrativo	241
2.1. La construcción del sistema de nulidades del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	241
2.1.1. "Cárman de Cantón"	243
2.1.2. "Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt"	243
2.1.3. "Los Lagos SA Ganadera"	244
2.1.4. "Pustelnik"	246

	Pág.
2.1.5. "Provincia del Chubut"	247
2.1.6. "Mill de Pereyra"	248
2.1.7. "Pradera del Sol"	248
2.2. Principales opiniones en la doctrina nacional.....	249
2.3. El sistema de nulidades de la LNPA	252
VI. Análisis crítico del sistema de invalidez del acto administrativo .	253
1. Necesidad de suprimir los criterios de distinción fundados en el modo en que se presenta el vicio al juzgador. Nulidad y anulabilidad. Actos regulares e irregulares	253
2. La distinción entre nulidad absoluta y relativa. El principio de eficacia y los fines de la función administrativa	254
2.1. La insuficiencia de los criterios tradicionales	254
2.2. La eficacia en la tutela de los derechos fundamentales como estándar para discernir el grado de invalidez.....	256
VII. Conclusiones.....	260

CAPÍTULO XI

LA NULIDAD MANIFIESTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO
Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*Por Alfonso Buteler*

I. Introducción	263
II. La nulidad manifiesta en el Código Civil.....	263
1. Concepto.....	263
2. Consecuencias.....	265
III. La nulidad manifiesta en el Código Civil y Comercial.....	265
IV. La nulidad manifiesta en el derecho administrativo	266
1. Introducción	266
2. Evolución jurisprudencial	269
3. Jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación	271
4. Consecuencias de la nulidad manifiesta.....	272
4.1. El acto solo requiere una declaración judicial de nulidad	272
4.2. El acto carece de presunción de legitimidad.....	272
4.3. El particular se encuentra imposibilitado de alegar la falta de conocimiento del vicio	275
4.4. El acto puede ser declarado nulo de oficio en sede administrativa	276

	Pág.
4.5. Permite la justiciabilidad de las cuestiones relativas a la ponderación de las aptitudes personales de los empleados públicos	277
4.6. Habilita la utilización de los medios de tutela urgente.....	278
4.7. Permite su impugnación por vía del amparo	280

CAPÍTULO XII

LOS CONTRATOS DEL ESTADO LUEGO DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Héctor A. Mairal y Enrique V. Veramendi

I. Introducción	285
II. La teoría del contrato administrativo.....	287
1. La descripción de la teoría.....	287
2. La crítica a la teoría	289
III. La teoría del contrato administrativo "hecha ley": el decreto 1023/2001	294
IV. El Código Civil y Comercial, la LRE y el régimen jurídico aplicable a los contratos del Estado. Nuevo distanciamiento de la contratación estatal del derecho privado	299
1. Observaciones generales	300
2. La exclusión de la responsabilidad del Estado del ámbito del Cód. Civ. y Com., su articulación con la LRE y sus posibles efectos sobre el derecho aplicable a los contratos del Estado .	301
2.1. Las disposiciones del Cód. Civ. y Com. en materia de responsabilidad del Estado.....	301
2.2. Las disposiciones de la LRE y la responsabilidad contractual del Estado.....	303
2.3. ¿Hacia la exclusión total de las reglas del Cód. Civ. y Com. en (todos) los contratos del Estado?.....	304
3. La pretendida solución de la aplicación "analógica" del Cód. Civ. y Com. a los contratos del Estado. Sus problemas.....	305
4. La interpretación propuesta. El alcance acotado de la exclusión de las reglas del Cód. Civ. y Com. en materia de responsabilidad contractual	311
V. Conclusiones.....	314

CAPÍTULO XIII

¿NOMINALISMO O VALORISMO EN EL NUEVO CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL? (UNA CUESTIÓN CENTRAL
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS)*Por Estela B. Sacristán*

I. Planteo	319
II. Inserción constitucional. Cuestiones terminológicas	321
1. Depreciación. Apreciación. Devaluación. Revaluación.....	324
2. Inflación	325
3. Nominalismo, valorismo	327
4. Estabilización. Índices. Indexación	328
III. La experiencia argentina. Replanteo.....	329
1. Tributos e inflación, una combinación gravosa	331
2. De Aristóteles a las trampas	332
3. Jurisprudencia: Ajustar para evitar la confiscación.....	334
4. Jurisprudencia: Reconociendo la desvalorización.....	339
5. Jurisprudencia: El camino para la transparencia. La visión desde el exterior	343
6. Normativa: Reconocimientos de la erosión del valor de la moneda de curso legal.....	344
6.1. Contratos de obra pública. Variaciones de costos. <i>Pass-</i> <i>through</i>	344
6.2. Conflictos interadministrativos. Monto mínimo	346
6.3. Ley 25.713. CER.....	346
6.4. Depósitos en recursos de queja. Monto.....	347
6.5. Peajes. Transporte ferroviario. Variaciones de costos	347
6.6. Información sobre compras en supermercados	348
7. Una cuestión conexa: La construcción del índice	348
8. ¿Es posible judicializar el índice?.....	350
IV. Reflexión final	352

CAPÍTULO XIV

EL DOMINIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Juan M. González Moras

I. Introducción	355
-----------------------	-----

	Pág.
II. Del viejo al nuevo paradigma del régimen dominial del Estado. Uso racional y sustentable, presupuestos mínimos y "bienes colectivos"	357
1. Impacto de la reforma constitucional de 1994. Transformación del régimen jurídico y nuevo reparto de competencias entre la Nación y las provincias	360
2. La regulación del dominio público en el Código Civil	364
2.1. La regulación dogmática	367
III. El dominio público en el Código Civil y Comercial	373
1. La sistemática del Código Civil y Comercial en materia de dominio público	373
2. La regulación del dominio público en el Código Civil y Comercial	374
2.1. Bienes pertenecientes al dominio público	375
2.2. Bienes del dominio privado del Estado	383
2.3. Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce	386
2.4. Bienes de los particulares. Aguas de los particulares	388
2.5. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Derechos de incidencia colectiva. Jurisdicción....	390
2.6. Garantía común. Bienes afectados directamente a un servicio público	393
2.6.1. Régimen de los bienes "afectados" a la prestación de servicios públicos.....	393
2.6.2. La utilidad o comodidad común de las obras que se libran al uso común directo o indirecto	394
2.6.3. Afectación de bienes para la prestación de servicios públicos económicos	395
2.6.4. Régimen jurídico de los bienes afectados a la prestación del servicio público	397
2.6.5. Régimen jurídico de los bienes (públicos y privados) afectados directamente a la prestación de un servicio público en el Código Civil y Comercial	401
IV. Conclusiones.....	404

CAPÍTULO XV

ANÁLISIS CRÍTICO DEL IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL DERECHO DE AGUAS

Por Mauricio Pinto y Liber Martín

I. Introducción	407
-----------------------	-----

	Pág.
II. Constitucionalidad y eficacia de la norma civil en el derecho de aguas argentino. Relatividad de su importancia.....	408
III. Contenido y evolución de los principales aspectos de derecho de aguas regulados por la legislación civil.....	410
1. El dominio sobre los recursos hidráulicos	410
1.1. Dominio público hidráulico y bienes privados.....	410
1.2. El dominio público marítimo	412
1.3. El dominio público fluvial.....	414
1.4. El dominio público lacustre.....	417
1.5. El dominio público hidráulico artificial.....	420
1.6. El dominio público atmosférico	420
1.7. Dominio público de las islas.....	421
1.8. Bienes hidráulicos privados.....	423
2. Limitaciones dominiales vinculadas a las aguas.....	426
3. Acceso al uso de las aguas	429
IV. Conclusiones.....	430

CAPÍTULO XVI

RÉGIMEN DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO EN VENEZUELA

Por Ramsis Ghazzaoui

I. La regulación general y heterogénea anterior a la Ley Orgánica de Bienes Públicos.....	433
II. La primera oportunidad perdida: la Ley Orgánica de Bienes Públicos.....	436
III. Otra oportunidad perdida: el decreto con rango, valor y fuerza de ley de Reforma Parcial del decreto con rango, valor y fuerza de ley Orgánica de Bienes Públicos	443

CAPÍTULO XVII

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

Por Leonardo Massimino

I. Introducción	451
II. Las limitaciones al dominio por razones de interés público.....	453

	Pág.
1. Generalidades.....	453
2. Concepto.....	454
3. Fundamento. Clases.....	456
4. La metodología del nuevo Código en materia de limitaciones al dominio por razones de interés público.....	457
5. Caracteres	460
6. Los límites de las restricciones administrativas.....	461
7. Competencia	462
III. Las servidumbres en el nuevo Código Civil y Comercial	462
1. La ubicación de las servidumbres en el nuevo Código	462
2. Las normas generales de los derechos reales aplicables a las servidumbres.....	463
3. Definición, objeto y contenido.....	464
4. Clasificación	465
5. Adquisición.....	467
6. Forma. Registro	468
7. Legitimación.....	469
8. Las servidumbres forzosas	469
9. Extinción	470
IV. Las servidumbres administrativas	471
V. Las servidumbres "administrativas" y "civiles". Distintas posturas.....	471
1. La servidumbre como un derecho real administrativo (posición de la doctrina clásica)	472
2. La servidumbre como una limitación al derecho de dominio	473
VI. Servidumbres administrativas. Recapitulación	475
1. Concepto. Elementos.....	478
2. Caracteres	480
3. Competencias. Constitución y extinción.....	482
4. Algunos ejemplos	483
VII. A modo de conclusión.....	485

CAPÍTULO XVIII

LEY 26.944: ¿QUIÉN ES EL ESTADO?

Por Rodolfo C. Barra

I. Introducción	487
II. Gobierno y conducción.....	488

	Pág.
III. Polis y autoridad	488
IV. El Estado nacional	490
V. El constitucionalismo.....	490
VI. La Constitución Nacional.....	492
VII. Gobierno político y Estado persona jurídica.....	494
VIII. Una sola naturaleza en una multiplicidad de personas	496
IX. El Estado de la LRE	497
X. Ámbito subjetivo restringido de la LRE	499

CAPÍTULO XIX

LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY 26.944
DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LOS EMPLEADOS
Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Por Pablo E. Perrino

I. La regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina ..	501
II. Ámbito de aplicación de la LRE.....	505
III. Lineamientos generales de la LRE	511
1. Carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal. La inaplicación del Código Civil	511
2. La responsabilidad estatal es objetiva y directa.....	512
3. Clases de responsabilidad estatal reguladas en la LRE.....	514
4. Responsabilidad por actuación estatal ilegítima.....	516
5. Responsabilidad por actuación estatal legítima.....	520
6. Eximentes de la responsabilidad del Estado.....	521
7. La responsabilidad del Estado derivada de la actuación de prestadores de servicios públicos	524
8. Prescripción.....	526
9. Responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos...	527
10. Prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas.....	529

CAPÍTULO XX

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: PRESUPUESTO ESENCIAL
EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por María Florencia Ramos Martínez

I. Introducción	531
II. Las teorías de la causalidad	532

	Pág.
1. La teoría de la causalidad adecuada.....	533
2. La regularidad.....	535
3. La previsibilidad.....	537
III. La relación de causalidad (adecuada) como presupuesto de la responsabilidad civil	539
1. Introducción	539
2. Relación de causalidad y causalidad adecuada.....	540
IV. Sistema de imputación de consecuencias en el Código Civil	544
V. El tratamiento de la cuestión en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	547
VI. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual del Estado	550
VII. La relación de causalidad en la ley 26.944	554
1. Responsabilidad por actividad estatal ilegítima.....	554
2. Responsabilidad por actividad estatal lícita.....	556

CAPÍTULO XXI

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN FRENTE A LOS TRIBUTOS LOCALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESCRIPCIÓN

Por María Gabriela Ábalos

I. Introducción	561
II. Autonomía provincial y poder tributario.....	562
III. Tributos provinciales y normas sobre prescripción. Distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.....	569
IV. El nuevo Código Civil y Comercial y las normas de prescripción en relación con los tributos locales: diversas posturas.....	585
V. Hacia una interpretación armonizadora	590

CAPÍTULO XXII

REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL ARBITRAJE Y EL ESTADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Ignacio J. Minorini Lima

I. Introducción	595
-----------------------	-----

	Pág.
II. Las principales modificaciones en materia de arbitraje previstas en el Cód. Civ. y Com.	597
III. El ámbito de aplicación del capítulo sobre arbitraje en el Cód. Civ. y Com. La cuestión del Estado	601
1. La definición del arbitraje como un contrato referido a relaciones jurídicas de derecho privado	601
2. La exclusión del Estado nacional y de los estados locales	605
IV. Los efectos prácticos de la regulación del arbitraje en el Cód. Civ. y Com. sobre el derecho administrativo	608
V. Consideraciones finales	610
BIBLIOGRAFÍA	613

CAPÍTULO XIX

LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Por *Pablo E. Perrino*

I. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA ARGENTINA

La Argentina hasta hace no mucho tiempo formaba parte del extenso grupo de países, tanto europeos⁽¹⁾ como latinoamericanos⁽²⁾,

(1) V.gr., Francia (ver: LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence, Paris, 1980, p. 693; MOREAU, JACQUES, "Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el derecho francés", *Documentación Administrativa*, nro. 239, ps. 175 y ss.; ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *La responsabilité administrative*, Hachette, Paris, 1992, ps. 9 y ss.; SEMPÉ, Françoise, "La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia", en AA.VV., *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, editado por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, ps. 969 y ss.); Italia (CLARICH, Marcello, "La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes", en AA.VV., *Propiedad, expropiación y responsabilidad...*, cit., ps. 1005 y ss.) y Alemania (OSSENBUHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en AA.VV., *Propiedad, expropiación y responsabilidad...*, cit., ps. 931 y ss.).

(2) V.gr., Colombia (BARRERA MUÑOZ, William, "La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano", en RDA 70-977 y ss.) y Chile (CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, ps. 7 y ss.).

cuyo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen esencialmente jurisprudencial⁽³⁾.

Pero esta situación ha cambiado recientemente en el ámbito nacional debido a la aprobación de la ley 26.944, de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos (LRE), publicada el 8 de agosto de 2014 en el Boletín Oficial.

Sin lugar a dudas, se trata de un hito sumamente relevante en la historia jurídica argentina, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda de manera general y orgánica dicha materia.

No obstante ello y de compartir en gran medida los argumentos expuestos para respaldar el dictado de la LRE, no creemos que produzca un avance o mejora en nuestro derecho⁽⁴⁾, pues muchas de las soluciones que allí se establecen acarrearán un retroceso respecto de criterios sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁵⁾; acotan irrazo-

(3) Ver REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, ps. 83 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 10ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, cap. V, ps. 439 y ss.; USLENGHI, Alejandro J., "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 49 y ss. y PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino", RAP, nro. 237, ps. 9/14.

(4) Una opinión diferente es la de Uslengui quien afirma: "Si bien todo el siglo XX asistió a un enjundioso reconocimiento de la responsabilidad de los entes públicos por parte de la jurisprudencia —encabezada por la obra señera de la Corte nacional—, ahora contamos con una regulación normativa metódica, sencilla, con la debida concisión, expresada en términos técnicamente correctos y que aborda los temas fundamentales; todo lo cual es mérito de la ley 26.944.

Especialmente, destaco que las regulaciones contenidas en la LRE siguen a pie juntillas la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Estimo que el resultado del ordenamiento es doblemente beneficioso. Por una parte, el texto legal se ha alineado estrechamente con los logros de la jurisprudencia —en especial de la CS— que en las últimas décadas ha formulado una construcción integral y pretoriana de la responsabilidad estatal, a partir de unos principios constitucionales y alguna norma aislada del Código Civil, sabiamente transpolada al ámbito y sobre la base de los principios propios del derecho administrativo" (USLENGHI, Alejandro J., "La responsabilidad del Estado por omisión", RAP, nro. 437, ps. 169 y ss.).

(5) En tal sentido se ha escrito: "...desde antiguo, parece ser una constante en nuestras latitudes, el hecho de que las grandes conquistas jurisprudenciales —que por lo demás lograron plasmar unos sistemas jurídicos verdaderamente equilibrados—, y que se originaron en la necesidad de otorgar respuestas concretas ante la

nablemente el alcance del deber de responder estatal⁽⁶⁾ y conspiran con la finalidad principal de la responsabilidad que no es

injustificada inactividad de los poderes políticos; luego fueron retaceadas por las legislaciones posteriores bajo el argumento de su necesaria consagración normativa.

"Tal lo ocurrido con la mencionada regulación del proceso de amparo a través del cuestionado dec.-ley 16.986, así como también luego aconteciera respecto de la reciente ley 26.854, reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado nacional o sus entes, por mencionar algunos supuestos.

"En esa misma dirección parece inclinarse la reciente sanción de una ley de responsabilidad del Estado por el Senado de la Nación, que aunque como iniciativa se presenta auspiciosa, nos coloca nuevamente frente a un dispositivo legal que bajo la pretensión de consagración de la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia Nacional, en realidad apunta a limitar la responsabilidad por conducto de una inadecuada técnica legislativa que se refleja en una serie de omisiones, imprecisiones, ambigüedades, que permiten concluir que nos hallamos frente a una norma que quiebra el necesario equilibrio entre potestades y garantías, provocando una evidente lesión de los requerimientos constitucionales en la materia y, de modo especial, de las exigencias establecidas por los tratados internacionales de derechos humanos que fueran incorporados a la propia Constitución con su misma jerarquía (...) Todo lo cual nos permite afirmar que la nueva ley de responsabilidad del Estado que pronto entrará en vigencia, implica un verdadero retroceso en la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial cristalizada por la jurisprudencia —con aplicación analógica del Código Civil—, y de manera específica, el nuevo dispositivo se manifiesta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos" (ESPINOSA MOLLA, Martín R., "Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LL Sup. Adm. 2014 [agosto], 3, LL 2014-E).

(6) Conf. GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", LL 2014-E-659). Para Gordillo la LRE es retrógrada, de dudosa constitucionalidad y contiene graves fallas de justicia, equidad y razonabilidad. Además considera que "el primer y fundamental error es jurisdiccional. Se piensa modificar el Código Civil por ley nacional, pero no se lo ha hecho. Esta ley local es contraria al Código Civil vigente, lo cual la torna insanablemente inconstitucional sin perjuicio de múltiples otros reparos constitucionales" (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. II, FDA, Buenos Aires, 2014, cap. XIX-6 y 8 y XX-10). Para Aberastury, la LRE "es una oportunidad perdida pues persigue, en definitiva, limitar la responsabilidad del Estado y ello no es saludable para un Estado de Derecho si las condiciones impuestas son desigualitarias, desproporcionadas e irrazonables" (ABERASTURY, Pedro, "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado", ADLA 2014-25, 18). En este sentido, sostiene Bianchi que el propósito de la ley, "claramente identificado en todo su articulado, es poner todo tipo de trabas y cortapisas a la responsabilidad del Estado. Así, lejos de cumplir con el mandato republicano de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, la LRE ha impuesto una serie de limitaciones a la responsabilidad estatal, que la transforman en un instrumento altamente idóneo para proteger al Estado a la hora de hacer frente a los reclamos patrimoniales de los administrados" (BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa [A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado]", AA.VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ROSARTI, Horacio [dir.], Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.).

otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas⁽⁷⁾.

En efecto, las diversas limitaciones a la responsabilidad estatal que se consagran en la LRE, en muchos casos, son susceptibles de provocar un menoscabo sustancial a los derechos de las víctimas⁽⁸⁾ y generan una inadmisibles protección para el Estado que no se condicen con los postulados del moderno Estado de derecho, cuyo dato característico es la "concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a los límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana⁽⁹⁾, de la cual derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse"⁽¹⁰⁾.

(7) Además de operar como instrumento de garantía patrimonial la responsabilidad estatal cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (conf. REBOLLO, Luis M., "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 21 y DONÉNECH PASCUAL, Gabriel, "El principio de responsabilidad de los poderes públicos", en AA.VV. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso [dir.], La Ley, Madrid, 2010, p. 663).

(8) En línea con ello, se ha sostenido que "la responsabilidad del Estado, consagrada constitucionalmente, es el medio o mecanismo jurídico por el cual se asegura el debido respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como, entre otros, el derecho de propiedad" (SOTO KLOSS, Eduardo, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Sergio R. Castaño y Eduardo Soto Kloss [eds.], Santiago de Chile, 2005, p. 461).

(9) Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La dignidad humana (...) es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado" (Fallos 333:2306 y sus citas, Fallos 327:3753 y 330:1989).

(10) DELPIAZZO, Carlos E., "Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho", AA.VV., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, t. I, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Bejar Rivera y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), Universidad Panamericana y Espress, México, 2014, ps. 189 y ss. En efecto, "la dignidad de la persona humana determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalista del mismo, en la medida que este existe en función del desarrollo de las personas y no al revés, excluyendo toda concepción sustancialista del mismo y toda consideración de las personas como medios o instrumentos al servicio del Estado" (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad", <http://www.crdc>.

Por lo demás, la defectuosa redacción de algunos artículos de la LRE (v.gr., los arts. 6° y 10, último párrafo) y, fundamentalmente, la simplificación de los factores de atribución de la responsabilidad estatal al regularse solo la falta de servicio y el sacrificio especial, despiertan un sinnúmero de relevantes interrogantes que necesariamente deberán ser resueltos a través del casuismo judicial mediante la prudente interpretación de los tribunales que haga realidad el mandato constitucional de “afianzar la justicia”.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRE

Están sujetos al régimen de la LRE los daños causados por cualquier órgano estatal del Estado nacional derivados de sus comportamientos activos y omisivos.

Como se desprende del texto de la LRE y del Mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del Proyecto de ley al Congreso⁽¹¹⁾, la LRE fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador federal⁽¹²⁾ y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12, de la

unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf). Además, como destaca Sammartino, “el principio de dignidad humana gravita de modo directo sobre la estructura sistemática de ordenación de la función administrativa, el procedimiento administrativo, y se proyecta sustancialmente sobre los productos formales que emanan de ella, el acto y el reglamento administrativo. A la vez, este principio basilar condiciona a las técnicas instrumentales de organización y distribución de tareas de los órganos y entes que desarrollan función administrativa —la organización administrativa—” (SAMMARTINO, Patricio M., “Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la ‘relación de causalidad’”, *Revista de Derecho Público*, año I, nro. 2, Infojus, Buenos Aires, ps. 229 y ss.).

(11) Mensaje 1780 del 12/11/2013.

(12) Conf. USLENGHI, Alejandro J., “La responsabilidad del Estado por omisión”, cit.; CICERO, Nidia K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, RDA 2015-97, 35; y LAMOGIA, CARLOS M., “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad legítima: su regulación en la ley 26.944”, RAP, nro. 437, ps. 113 y ss. En contra nuestra opinión se expide PUNTE, Roberto A., quien considera que el argumento de que el Congreso actúa como “legislador federal”, no se sostiene porque la lista de temas federales de la segunda parte del art. 75, inc. 12, es restrictiva y no incluye este tema de la responsabilidad (“La responsabilidad del Estado y los funcionarios corresponde al derecho común y es inconstitucional toda norma que disponga lo contrario”, EDC 2014-466). Al respecto cabe recordar que, usualmente se define al derecho federal por vía negativa o por exclusión, pues aquel se conforma por las normas dictadas por autoridades nacionales, con excepción de las de derecho común o de fondo (v. gr., los Códigos

Constitución Nacional, razón por la cual no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126, CN).

Concorde con ello y como consecuencia del régimen federal adoptado por la Constitución Nacional (arts. 1º, 121, 122 y 129, CN) en el art. 11 de las LRE se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual conlleva el reconocimiento de sus facultades para legislar en la materia⁽¹³⁾.

Civil, Comercial, Penal, de Minería y la legislación laboral), que dicta el Congreso con arreglo a lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la Const. Nacional, y de las del derecho nacional local, que sanciona el Congreso en virtud de la facultad conferida por el art. 75, inc. 30 de la Const. Nacional de "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital" (BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 54). Guastavino después de efectuar una explicación residual como lo hace la generalidad de la doctrina, afirma: "derecho federal es el sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos de la Constitución. Surge, particularmente, del ejercicio de facultades conferidas al Congreso en el art. 67, con excepción de los incs. 11, 14 y 17; y del art. 4º referido al modo en que ha de proveer el gobierno federal a los gastos de la Nación" (GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 407). Para Gordillo la LRE es una ley local, por lo que no puede establecer regulaciones que contradigan las del Código Civil (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XIX-8).

(13) PADULO, Adriana M. A., "Las facultades legislativas de las provincias frente a las regulaciones del Código Civil", EDA 2013-447; HUTCHINSON, Tomás, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", AA.VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado...*, cit., ps. 195 y ss., 277 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley", LL 2014-B-563; USLENGHI, Alejandro J., "La responsabilidad del Estado por omisión", cit.; ROSATTI, Horacio D., "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina", AA.VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado...*, cit., ps. 13 y ss.; CORREA, José Luis, "Reforma del Código Civil y Comercial y Ley de Responsabilidad de Estado. Asunción iuspublicista de la reparación de daños causados por el Estado. Consecuencia procesal en Mendoza: 'necesidad de agotar la vía administrativa para demandar extracontractualmente o contractualmente al Estado'", LL Gran Cuyo 2015 (marzo), 119; IVANEGA, Miriam M., "Fundamentos de la responsabilidad de los funcionarios públicos (y las incertidumbres de la ley 26.944)", RAP, nro. 437, p. 15; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., "Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado", RAP, nro. 437, ps. 51 y ss.; PIAGGIO, Lucas A., "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", ED 249-602; CALONJE, Diego, "La responsabilidad del Estado, el derecho público provincial y el Proyecto de Código Civil", APBA, 2013-6, 800; LAMOGLIA, Carlos M., "Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad

De lo contrario, carecería de todo sentido la invitación efectuada⁽¹⁴⁾.

En virtud de la mencionada naturaleza federal de la LRE, solo quedan alcanzados por sus disposiciones los casos de responsabilidad patrimonial generados por autoridades nacionales y quedan excluidos de este régimen los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

Con relación a las autoridades nacionales, el campo de acción de la LRE es amplio porque comprende no solo los comportamientos de la Administración Pública, sino también la de los Poderes Legislativo y Judicial y la de los denominados órganos extrapoderes⁽¹⁵⁾ (v.gr., Ministerio Público).

Por tanto, todos los órganos del Estado nacional están alcanzados por la LRE. Así se desprende claramente, de los arts. 1º y 3º, incs. b) y c) de la LRE. En estas normas, al definirse el ámbito de aplicación de la LRE y regularse los requisitos para la procedencia del deber de responder, respectivamente, se hace referencia a la responsabilidad del "Estado" o de un "órgano estatal".

A su vez, en el último párrafo del art. 5º —única norma en la que se menciona a la responsabilidad ocasionada por la labor de los órganos que componen el Poder Judicial— se precisa que "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

La redacción de dichas normas conduce a descartar la aplicación de la LRE a los perjuicios causados por las denominadas personas públicas no estatales pues, como es sabido, "no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública"⁽¹⁶⁾.

legítima: su regulación en la ley 26.944", cit., y GAMBIER, Beltrán - PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA 1996-IV-793.

(14) En línea con lo dicho en el Mensaje 1780 del 12/11/2013 de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso del proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos se expresa: "En el proyecto de ley adjunto, en atención al carácter local del derecho administrativo, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran a sus términos".

(15) Ver CANDA, Fabián, "Los órganos extrapoderes", AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 839.

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 199.

Estimamos que tampoco corresponde extender la aplicación de la LRE a las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcial, pues se rigen directamente por las disposiciones del derecho privado⁽¹⁷⁾. Varias son las razones que nos conducen a efectuar dicha afirmación.

En primer lugar, porque se trata de personas jurídicas privadas que no integran la Administración Pública⁽¹⁸⁾ y cuya condición jurídica no puede razonablemente verse modificada por el solo he-

(17) En contra de lo dicho se ha expresado Uslenghi quien sostiene: "Considero que la regulación de la LRE también se aplica a estas formas empresariales de propiedad estatal (total o mayoritaria). Para afirmarlo tomo en consideración que integran el patrimonio del Estado, que satisfacen fines públicos, aunque actúen en el manto del derecho privado y que el Estado recurre a estas formas jurídicas con un carácter 'instrumental'.

"Cuando una empresa o sociedad mercantil se encuentra bajo el control y dependencia de otra y desarrolla actividades que en lo sustancial remiten a la que la dirige o controla, existe una instrumentalización de la personalidad y, por ende, la procedencia del levantamiento del velo a instancia de un tercero perjudicado en un caso concreto. Este levantamiento del velo ha de proceder siempre que la actividad de la entidad dependiente constituya parte de la actividad e interés para cuya realización existe la matriz.

"Por ser así en el marco del derecho privado, no hay obstáculo alguno para aplicar el mismo criterio a estas formas empresariales del Estado. En consecuencia, el velo formal de una personalidad instrumental debería ignorarse en cuanto perjudique o cause daños a un tercero y, dentro de esta categoría, es menester situar a aquellos que en su relación con el Estado ven mermados sus derechos y facultades como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo" (USLENGHI, Alejandro J., "La responsabilidad del Estado por omisión", cit.).

(18) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 339. Según Cassagne en las diferentes formas societarias que el Estado utiliza "la aplicación del Derecho Público se singulariza en todo lo atinente a la dirección y control que sobre esas sociedades ejerce la Administración Pública, proyectándose al deber que ellas tienen de observar las directivas generales y particulares que se impartan y, específicamente, a la naturaleza vinculante que posee en este caso el planeamiento estatal en la programación de sus actividades" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 335/336). De todos modos, como sostiene Durand, cuando se trata de participaciones minoritarias "la interferencia del Derecho Administrativo es mínima y se limita a la relación jurídica que se establece entre el Estado y sus representantes en la Asamblea (tema que, en rigor, no atañe específicamente a la sociedad) y a la forma de elección de los síndicos, en virtud de lo dispuesto en el art. 114 de la ley 24.156". Asimismo bien se ha dicho que "para confirmar la falta de aplicación del Derecho público vale recordar que mientras la participación continúe siendo 'minoritaria' y no otorgue el 'control' (una cuestión de hecho, que deberá determinarse en cada caso) la sociedad anónima no estará incluida dentro del concepto de 'sector público nacional' definido en el art. 8º de la ley 24.156" (DURAND, Julio C., "Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas", LL 2010-A-696; conf.

cho de que el Estado sea el titular total o parcial de una sociedad comercial⁽¹⁹⁾. Como dice Cassagne, "lo lógico es suponer que cuando el Estado utiliza las formas jurídicas del Derecho Privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar, por la sencilla razón de que aunque las finalidades mediatas que persigue sean de interés público, estas pueden constituir también la acción de entidades de Derecho Privado"⁽²⁰⁾.

Concorde con lo dicho, es usual que en las normas de creación de sociedades en las cuales el Estado nacional es su titular total o mayoritariamente se establezca que aquellas se regirán por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones del dec.-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del dec. 1023/2001 y sus modificatorios —Régimen de Contrataciones del Estado—, de la ley 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo⁽²¹⁾.

En segundo lugar, como regla, los vínculos jurídicos que mantienen estos sujetos con terceros están regidos por el derecho privado⁽²²⁾. Cuando se trata de relaciones de consumo entre un prestador

CARBAJALES, Juan J. - DATES, Luis E. [h], "El Estado Nacional [ANSES] como accionista minoritario", LL 2009-D-851).

(19) Al respecto señala Cassagne que no es correcto que el Estado por ser tal, al actuar en el campo jurídico a través de sus entidades, convierte a estas en personas de Derecho Público y a sus actos en actos administrativos (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 330; en igual sentido DURAND, JULIO C., "Participación de la ANSeS...", cit.). El art. 149 del nuevo Código Civil y Comercial establece: "La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

(20) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 330.

(21) Conf. a) Correo Oficial de la República Argentina SA (art. 13 del dec. 721/2004); b) Empresa Argentina de Soluciones Satelitales SA (art. 3º de la ley 26.092); c) Agua y Saneamientos Argentinos SA (art. 11 del dec. 304/2006, ratificado por ley 26.100); ver también el art. 15 de la ley 26.741 por la cual se dispuso declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF SA.

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 335.

o proveedor y usuarios o consumidores⁽²³⁾ se aplican las disposiciones de la ley 24.240 de Defensa del Consumo —y sus modificaciones— y los arts. 1092 a 1095 del nuevo Código Civil y Comercial, en los cuales se establece un régimen de responsabilidad objetiva tuitivo de los usuarios y consumidores en consonancia con lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional⁽²⁴⁾.

Por lo demás, desplazar el régimen de la responsabilidad del derecho privado por el de la LRE provocaría un privilegio inaceptable para ciertas sociedades comerciales, en desmedro de sus usuarios o consumidores o terceros. Los siguientes ejemplos revelan la sinrazón de aplicar las regulaciones de la LRE a las entidades empresariales de las cuales el Estado sea su titular total o minoritario: el daño causado a consumidores de Yacimientos Petrolíferos Argentinos SA (YPF) estaría sujeto a la LRE mientras que el de sus competidores al de la ley 24.240 y sus modificaciones. Los perjuicios

(23) En el primer párrafo del art. 1º de la ley 24.240 se entiende por consumidor o usuario a “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, y en el párrafo siguiente, incorporado por la ley 26.361, se extiende dicha noción respecto de aquellas personas que (a) sin haber celebrado un contrato con el proveedor, sufren un perjuicio por la utilización o consumo del bien o servicios de que se trate y (b) “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. A su vez, según el art. 2º de la normativa mencionada, se considera proveedor a la “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”. Finalmente, en el art. 3º, primer párrafo, de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, se define a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” y en su tercer párrafo se establece que las relaciones de consumo se rigen por lo previsto en dicho cuerpo legal y sus reglamentaciones, sin perjuicio de otras disposiciones legales que resulten de aplicación atendiendo a la actividad que el proveedor desarrolle (v.gr., los marcos regulatorios de los servicios públicos).

(24) Ver ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LL 2008-B-1239 y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - AVALLE, Damián, “Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios”, LL 2008-D-1063; CICERO, Nidia K., “La reforma de la ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos”, JA 2009-I-1198; MURATORIO, Jorge I., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto sobre los servicios públicos de competencia nacional”, JA 2008-II-1272 y PERRINO, Pablo E., “Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos”, AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, RAP, Buenos Aires, 2014, p. 75.

que podrían experimentar pasajeros de Aerolíneas Argentinas SA en el marco del contrato de transporte quedarían sujetos a la LRE, mientras que los que podrían sufrir los de sus competidoras estarían regulados por las disposiciones de la normativa aeronáutica. Si un vehículo de las empresas estatales Aguas y Saneamientos Argentinos SA (AySA) o Correo Oficial de la República Argentina SA (CORASA) fuera el responsable de un accidente en la vía pública, se le aplicaría la LRE mientras que a otras empresas prestadoras de iguales servicios públicos en las cuales el Estado no fuera accionista, estaría sujeta a las normas de la legislación civil.

III. LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LRE

En sustancial síntesis, los lineamientos más relevantes de la ley 26.944 son los siguientes.

1. Carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal. La inaplicación del Código Civil

El legislador se enrola en la postura de la doctrina mayoritaria de los autores de derecho administrativo —que compartimos— que postula que la responsabilidad del Estado es un instituto de derecho público, cuya regulación no corresponde, como principio, a la legislación civil. En ese entendimiento, el art. 1º, párr. 3º, de la ley, con una redacción criticable, dispone: “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Concorde con ello el Código Civil y Comercial⁽²⁵⁾ dispone que “la responsabilidad del Estado” (arts. 1765) y la “de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas” (arts. 1766) se rigen “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (arts. 1765 y 1766) y que “Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (art. 1764).

(25) Aprobado por la ley 26.994 (BO del 8/10/2014).

Sin embargo, dado que no toda la actividad estatal se sujeta a su derecho propio o común que es el derecho público, sino que también en numerosos supuestos ella se rige por las disposiciones del derecho civil o comercial⁽²⁶⁾, consideramos desafortunada la redacción del art. 1764 antes citado y del art. 1º, párr. 3º, de la LRE que genéricamente y descarta la aplicación de las normas de la legislación civil. Es que en los casos en los cuales el Estado provoque daños en el marco de actividades sujetas al derecho privado su responsabilidad "es extraña al derecho administrativo"⁽²⁷⁾ y su regulación es propia del Congreso de la Nación en virtud de la facultad conferida en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional⁽²⁸⁾.

De todos modos, la inaplicación de las disposiciones de la normativa civil no puede significar que no se pueda acudir a aquella para cubrir las lagunas existentes en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales u otras soluciones allí consagradas a través de la técnica de la interpretación analógica⁽²⁹⁾.

2. La responsabilidad estatal es objetiva y directa

Al igual que lo han afirmado la Corte Suprema de Justicia a partir del famoso caso "Vadell" y la mayoría de la doctrina, en el art. 1º, párr. 2º de la LRE se determina que la responsabilidad estatal es objetiva y directa. Que sea objetiva significa que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure⁽³⁰⁾, ya que la culpa o dolo del empleado o fun-

(26) CONF. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 6ª ed., Madrid, 1993, os. 46 y ss., en especial ps. 53/54; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 3ª ed. actual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 719 y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 392/393.

(27) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 386.

(28) Por tal motivo, y no obstante lo dispuesto en el art. 11 de la LRE, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias carecen de facultades para legislar sobre la responsabilidad que puede originarse por el accionar estatal en el campo del derecho privado (PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED 185-781).

(29) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", LL 2014-C-885.

(30) Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la

cionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal⁽³¹⁾. A su vez se la califica como directa⁽³²⁾ porque la responsabilidad estatal no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los funcionarios o agentes públicos, como ocurre en los supuestos de responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes (arts. 1113 del Código Civil velezano y 1753 del nuevo Código Civil y Comercial). Ello es así puesto que la imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados al Estado se explica a través de la teoría del órgano⁽³³⁾, la

actividad de la Administración", LL 2005-D-1268; TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 176; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LL 1987-A-784 y 786; AMENÁBAR, María del Pilar, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", *Jus*, nro. 38, p. 63 y en "Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado", RDD 2010-3, Responsabilidad del Estado, ps. 61 y ss. y REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en AA.VV., *El derecho administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

(31) En este sentido Cassagne afirma que, al igual que ocurre en el derecho francés, la falta de servicio entraña la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad, como la innecesariedad de individualizar al autor del daño. Asimismo sostiene que "si por una parte la figura no se atiene a la culpa del agente sino al incumplimiento irregular de una obligación legal y si una de esas obligaciones fundamentales está constituida por el deber de no dañar (que constituye un principio general del derecho) y de cumplir en forma regular (es decir, con arreglo a las leyes y reglamentos) las obligaciones del servicio, va de suyo que aun cuando no pueda individualizarse al autor concreto del incumplimiento que provoca el daño (si éste fuera imputable materialmente a un órgano del Estado) se genera la consiguiente responsabilidad, siempre que concurren los demás requisitos establecidos para que la misma se configure" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LL 2005-D-1268).

(32) Explica Gordillo que "Responsabilidad directa es la que corresponde por un hecho propio; indirecta, la de un empleador o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo" (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap XX-27).

(33) Uno de los motivos que impulsaron a la doctrina de finales del XIX a acuñar la teoría del órgano fue la inadecuación al derecho público del régimen general de imputación de actos y efectos jurídicos existentes en el derecho privado (teorías del

cual postula que las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos.

3. Clases de responsabilidad estatal reguladas en la LRE

En la LRE se regula la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art. 3º) como legítima⁽³⁴⁾ (arts. 4º y 5º). La primera sustentada en el factor de atribución falta de servicio, y la segunda en el sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar.

No se han contemplado otros factores de atribución tales como el riesgo o la violación de la confianza legítima⁽³⁵⁾, lo cual en muchos supuestos puede provocar la exclusión de la responsabilidad estatal ya sea porque la conducta dañosa no es susceptible de encuadrar en la figura de la falta de servicio o debido a la mayor laxitud del régimen de eximentes en la falta de servicio respecto de otros factores de atribución⁽³⁶⁾.

mandato y de la representación). Para la teoría del órgano los servidores públicos no son personas ajenas al Estado, sino que se integran en la organización de la persona estatal como parte integrante de la misma. Entre el órgano (el funcionario) y el Estado se da una relación de práctica identidad, que hace que sea el funcionario quien quiera por y en lugar del Estado (SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., "La teoría del órgano en el derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nros. 40/41, p. 43 y *Fundamentos de derecho administrativo*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, ps. 857 y ss.; ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, cap. II, ps. 534 y ss.).

(34) Ver: PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LL 2014-C-1078 y "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, nro. 12, ps. 31 y ss.

(35) Al respecto, ver COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 438 y ss.

(36) No obstante que en el art. 2º de la LRE solo se mencionan como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder, es evidente que por las características de la responsabilidad por falta de servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también operará como una causal para excluir su responsabilidad. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar (Fallos 330:653; ver PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2013, ps. 483 y ss.).

La responsabilidad del Estado en su faz contractual⁽³⁷⁾ también está alcanzada por la LRE. Así se desprende del art. 10 de la LRE

(37) La mayoría de la doctrina argentina considera que la responsabilidad contractual se configura por la violación de un deber jurídico preexistente y específico (obligación), cualquiera que sea su fuente (v.gr., el contrato o la ley), mientras que la responsabilidad extracontractual es la que se produce por la contravención de un deber preexistente genérico (de no dañar la prójimo) e indeterminado en tanto recae sobre la generalidad de las personas) (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 77 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 71 y ss., MAYO, Jorge A. - PREVOT, Juan M., *Responsabilidad contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 71 y ss.; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., t. 1, ps. 79 y ss.; PICASSO, Sebastián, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3-A, Alberto J. Bueres director y Elena I. Highton coordinadora, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 346 y ss.). En materia de contratos administrativos así lo postulan: SÁENZ, JORGE A., "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual) en el derecho público argentino", AA.VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado...*, cit., p. 597, ps. 395 y ss. y FARRANDO, Ismael, "Responsabilidad contractual del Estado", RAP, nro. 370, ps. 355 y ss. El Código Civil de Vélez Sarsfield, siguiendo el modelo francés, distinguió claramente dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (obligacional) y el del acto ilícito *stricto sensu*, cada uno con su propia regulación. Dicha dualidad de regímenes de responsabilidad civil apareció expresamente consagrada en el art. 1107 en el cual se disponía que las normas sobre los hechos ilícitos eran inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneraran en delitos del derecho criminal. Las diferencias más relevantes en el régimen jurídico de ambos tipos de responsabilidad allí consagradas eran las siguientes: 1) al plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, 2 años en la extracontractual y 10 en la contractual; 2) la extensión del resarcimiento, menor en la responsabilidad contractual y 3) la mancomunación entre los corresponsables o coautores de un hecho ilícito, los cuales son solidariamente responsables frente al damnificado en la responsabilidad extracontractual y, en principio, simplemente mancomunada en el ámbito contractual, pudiendo llegar a ser solidaria solo si resulta sin lugar a dudas del título de constitutivo de la obligación o de una disposición legal, como ocurre en materia de defensa del consumidor (ver TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 23 y ss.). El nuevo Código Civil y Comercial, en línea con la opinión de la doctrina civilista dominante, unifica las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Así en el art. 1706 se dispone que "cualquiera que sea la fuente del deber de reparar (la violación del deber general de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación) el deber de resarcir se rige, en principio, por las mismas reglas. En consecuencia, las normas del capítulo referido al derecho de daños se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual" (CALVO COSTA, Carlos A. [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 1740; ver PICASSO, Sebastián, "La unificación de

que dispone la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley en dicho campo ante la ausencia de "normas específicas".

Cabe advertir que, la expresión "normas específicas" y la palabra "regulación" empleadas por el legislador no pueden ser entendidas como sinónimo de disposiciones incluidas en una ley en sentido formal y material, sino que comprenden, además de las normas de rango legal, también a las de índole reglamentaria, como a las cláusulas incluidas en los pliegos de bases y condiciones y en los mismos documentos contractuales. De ahí que no existe ningún impedimento para que mediante normas infralegales se establezca un régimen jurídico de responsabilidad contractual diferente al previsto en la LRE. Como dice Mairal, "las partes pueden convenir o el Estado estipular y su cocontratante aceptar, la aplicación de normas diferentes de las de la LRE y, entre ellas las previstas en el Código Civil"⁽³⁸⁾.

4. Responsabilidad por actuación estatal ilegítima

En el art. 3º de la LRE, siguiendo la sistematización efectuada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽³⁹⁾ y la doctrina⁽⁴⁰⁾, se establecen los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad e inactividad ilegítima.

En los primeros tres incisos de la norma citada, en los cuales se regulan los recaudos atinentes al daño, la imputabilidad y el nexo causal, básicamente se recogen los criterios jurisprudenciales y doctrinarios imperantes en la materia por lo que no se produce ninguna innovación al respecto. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto del último recaudo concerniente a la falta de servicio ya que tiene un alcance más amplio y en lo que concierne a su modalidad omisiva se ha recortado su funcionalidad.

la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 [noviembre], p. 151).

(38) MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED del 26/11/2014.

(39) Fallos 315:2865; 320:266; 321:1776; 321:2144; 328:2546, entre otros.

(40) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 410.

En efecto, la noción de falta de servicio prevista en el art. 3º de la LRE comprende el comportamiento irregular de la Administración Pública, como asimismo, el de los Poderes Legislativo y Judicial y de los denominados órganos extrapoderes⁽⁴¹⁾. De tal modo, dicho factor de atribución se aplica entonces a los supuestos de responsabilidad por daños provocados por leyes inconstitucionales⁽⁴²⁾, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia, que no deriva del error de una sentencia de fondo, los cuales no han sido objeto de una regulación específica.

En la parte final del art. 3º, inc. d), de la LRE, se contempla la responsabilidad por falta de servicio por inactividad estatal⁽⁴³⁾ a través del siguiente texto: “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”⁽⁴⁴⁾.

(41) PERRINO, Pablo E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, EDA del 31/3/2015.

(42) Al respecto afirma Gordillo: “El perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional debe ser indemnizado. Lo mismo ocurre con los decretos de necesidad y urgencia dictados al margen del sistema constitucional, aunque en tal caso no se trata de responsabilidad por acto legislativo *stricto sensu* sino por acto de la administración invadiendo competencias legislativas” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XX-41).

(43) Sostiene Canda que la responsabilidad del Estado por omisión presenta un creciente interés dogmático que puede obedecer, entre otras razones, “a la irrupción en el ámbito de los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual implicó un cambio en el paradigma de operatividad de éstos: mientras que los clásicos derechos civiles (particularmente los de libertad y propiedad) exigían del Estado un mero deber de abstención (un *non facere*), los derechos socio económicos y culturales van a exigir conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que en apenas un siglo el paradigma ha virado desde una pretensión de omisión (que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los derechos civiles) a una prohibición de omisión (que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales) (CANDA, Fabián, “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CS y en la ley 26.944 de responsabilidad estatal”, RDA 97-1).

(44) Advierte Falbo que “La ‘omisión’ solo aparece expresamente así denominada en la ley en el último inciso del art. 3º, previsión legal que en su inicio adelanta que en ése se determinan los requisitos de la ‘responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima’.

“De tal forma, la responsabilidad del Estado por omisión, en la mecánica de la ley, queda regulada como un supuesto de la categoría más amplia de responsabilidad del Estado por actividad o inactividad ilegítima. De tal forma, consideramos que, más

Estimamos poco feliz la redacción empleada por el legislador ya que una interpretación gramatical del artículo podría dar lugar a que se acote irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, produciendo un lamentable retroceso en la materia con relación a los avances de la jurisprudencia⁽⁴⁵⁾. Ello es así porque la disposición condiciona la obligación de responder a las siguientes tres exigencias: a) que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; b) que aquel sea expreso; c) que sea determinado.

La redacción de la norma no es adecuada porque: a) los deberes de actuación de una autoridad estatal, cuya omisión puede comprometer su responsabilidad, pueden tener su fuente, no solo en las normas positivas, sino también, en los principios generales del derecho; b) los deberes de actuación de una autoridad estatal pueden tener su fuente en la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos⁽⁴⁶⁾, en vir-

allá de la objetable técnica legislativa, lo que el inicio del artículo y en el inc. b) se denomina como 'inactividad' es lo mismo que en el último inciso de ese mismo artículo se refiere con el término 'omisión' (FALBO, Aníbal J., "La responsabilidad del Estado por omisión en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado", JA 2014-IV).

(45) La terminología empleada en el art. 3º, inc. d), de la LRE, coincide con la usada por la Corte Suprema en el caso "Mosca" (Fallos 330:563). De ahí que una interpretación apegada a la letra de la ley dejaría sin cobertura a los supuestos en los cuales la omisión deriva del incumplimiento de un deber normativo general e indeterminado, lo cual ha sido admitido, si bien con cautela, por el Máximo Tribunal de la Nación. En este sentido, explica Canda que con anterioridad al fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Zacarías" (Fallos 321:1124) si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente. A partir de dicha causa el Alto Tribunal sostiene que no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber había sido cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que unía a la víctima con el servicio y d) el grado de previsibilidad del daño. Similar criterio fue seguido por la Corte en el pronunciamiento emitido *in re* "Mosca" (Fallos 330:563) en el cual se profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, al establecer que este "debe ser motivo de un juicio estricto" que se debe basar en a) "la ponderación de los bienes jurídicos protegidos" y b) "las consecuencias generalizables de la decisión a tomar" (CANDA, Fabián, "La responsabilidad del Estado por omisión [estado de situación en la jurisprudencia de la CS]", en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 139 y ss.).

(46) Ver CANDA, Fabián, "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CS)", cit., ps. 149/150.

tud de la cual su ámbito de actuación no es solo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquellas atribuyen a la Administración o que derivan de su objeto institucional⁽⁴⁷⁾, y c) como lo ha resuelto la Corte Suprema en el caso “Mosca”, la inacción estatal generadora de responsabilidad puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquellos que están impuestos de manera general e indeterminada. En este último supuesto, como afirma el Máximo Tribunal, corresponde realizar “un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

En definitiva, estimamos que el inc. d) del art. 3º de la LRE debe ser adecuadamente interpretado⁽⁴⁸⁾, para lo cual pueden ser de gran utilidad los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia, ya que una aplicación mecánica del mencionado precepto y apegado a su literalidad es susceptible de provocar situaciones de injusticia reñidas con diversos preceptos constitucionales.

(47) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 209.

(48) Al respecto sostiene Canda: “la exigencia de que se trate de un deber normativo y expreso se supera, en nuestro parecer, con la existencia de un deber genérico de algún modo contemplado en la norma. Comúnmente dicho deber se extraerá de las competencias establecidas en la ley o el reglamento de creación del ente u órgano al que se imputa la omisión. Lo más complejo será acreditar que la omisión que se endilga incumple un deber ‘determinado’, si se entiende por tal a un ‘deber específico’, pues la mayoría de las veces la normas atributivas de competencia evitan —sabiamente— caer en el casuismo y, asumiendo que resulta sumamente difícil (cuando no inconveniente para la realización del interés público) pretender agotar mediante ‘descripciones’ el universo de conductas posibles de los órganos administrativos, se contentan con postularlas de modo más o menos genérico, sin ingresar en mayores determinaciones o especificidades.

“Resultaría paradójal que esta modalidad genérica de atribución de la competencia, que en buena medida se justifica en la mejor realización del bien común, pueda luego derivar en una prohibición absoluta de reconocimiento de la responsabilidad estatal justamente por razón del carácter ‘abierto’ de la norma atributiva y sin dar espacio para el análisis de las circunstancias en las que se sucede la omisión, de las conductas in concreto de la víctima y del omitente o para la valoración de la entidad de los derechos en juego” (CANDA, Fabián, “Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P.’”, EDA del 30/4/2015).

5. Responsabilidad por actuación estatal legítima

En la LRE se efectúa una regulación marcadamente restrictiva de la responsabilidad por actuación legítima del Estado, a la cual erróneamente se le atribuye un carácter excepcional⁽⁴⁹⁾ (art. 4º). Concorde con ello se establece que los perjuicios causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (art. 5º, párr. 3º). Además, con relación al daño, apartándose de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se introducen inadmisibles e inconstitucionales restricciones al requerirse en el inc. a) del art. 4º que aquel sea "actual"⁽⁵⁰⁾ (por lo que se margina la indemnización del daño futuro y la pérdida de la chance); limitarse el alcance de la indemnización al "valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública"⁽⁵¹⁾; d) descartar el resarcimiento del lucro cesante⁽⁵²⁾.

(49) Conf. ABERASTURY, Pedro, "Principios de la responsabilidad del Estado", ABERASTURY, Pedro (dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 37.

(50) La Corte Suprema ha condenado a indemnizar el daño futuro en los pronunciamientos registrados en Fallos 307:1515; 311:233 y 744; 312: 2266; 317:318; 325:255, entre otros. Conf. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 373.

(51) El texto del 2º párrafo del art. 5º de la LRE reproduce la fórmula empleada en el art. 10 de la ley 21.499 de expropiaciones, lo cual, con razón es criticado por Gordillo. A su entender "Extender las ideas restrictivas de la indemnización expropiatoria a todos los casos de responsabilidad del Estado es una desproporción" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XX-32).

(52) Si bien la Corte Suprema de Justicia en un número relevante de asuntos dispuso la aplicación analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones, razón por la cual al determinar la extensión del resarcimiento descartó el pago del lucro cesante (Fallos 195:66; 293:617; 301:403; 312:649, entre otros), en las últimas décadas ha reconocido claramente que dicho no debe ser excluido de la condena (Fallos 312:2266; 316:1465 y 1335; 320:2551; 327:247; 328:2654; 328:2654 y causa "Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento", fallada el 15/5/2014, LL 2014-C-263 y ED 2014-190; ver: PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LL 2014-C-1078 y "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, nro. 12, ps. 31 y ss. y "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", en AA.VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado...*, cit., ps. 249 y ss.).

A su vez, en el inc. b) del art. 4º, en el que se contempla el requisito de la imputabilidad material, no se menciona a la inactividad estatal, como sí se lo hace en el inc. b) del art. 3º en el que se establece el mismo requisito para la responsabilidad ilegítima del Estado. Ello no obstante “—o, antes bien, aun cuando la intención pareciera ser excluirla— tal circunstancia, en el marco de nuestra Constitución Nacional, no podría ser óbice para que, aplicando directamente los altos fundamentos constitucionales, se disponga la indemnización de los daños provocados por una omisión legítima estatal, si se dan los requisitos necesarios para ello⁽⁵³⁾.”

También en la ley se introduce otra grave limitación a través de la regulación del requisito de la relación de causalidad que debe mediar entre el daño y la conducta estatal legítima lesiva, pues, mientras que para la responsabilidad por actuación ilegítima se requiere que la causalidad sea adecuada (art. 3º, inc. c]) y no se exige que sea exclusiva, en la responsabilidad por actuación legítima, siguiendo el criterio restrictivo empleado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁽⁵⁴⁾, se exige que la causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva” (art. 4º, inc. c]). El estricto tratamiento que se confiere a este recaudo no es razonable y puede suscitar situaciones aberrantes de lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad, y al principio *neminem laedere*; en especial, que baste para relevar al Estado de su responsabilidad por actuación legítima el solo hecho de que medie algún grado de interferencia en el nexo causal.

6. Eximentes de la responsabilidad del Estado

El vínculo causal —contemplado en los arts. 3º, inc. c) y 4º, inc. c) de la LRE— constituye un requisito imprescindible para que se torne viable la responsabilidad del Estado. En el art. 2º de la LRE se contemplan los tradicionales eximentes de la responsabilidad derivados de la interrupción del nexo de causalidad que debe mediar entre la conducta estatal dañosa y el perjuicio cuya

(53) COMADIRA, Julio R., “Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley 26.944”, RAP, nro. 437, ps. 201 y ss.

(54) Fallos 312:1656 y 2020; 318:1531; 328:2654, entre otros.

reparación se pretende⁽⁵⁵⁾. Se trata de supuestos en los cuales el daño deriva total o parcialmente, de acontecimientos extraños no imputables al Estado (causa ajena)⁽⁵⁶⁾. Tal es lo que ocurre cuando el perjuicio tiene su origen en una circunstancia que configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor inc. a) —o proviene de la conducta de la propia víctima o de la actuación de un tercero por quien el Estado no debe responder (inc. b)]—⁽⁵⁷⁾.

A pesar de que en el texto del art. 2º no se lo precisa, es evidente —y una lectura razonable de aquel así lo indica— que la interferencia del nexo de causalidad por la existencia de cualquiera de los acontecimientos mencionados en sus dos incisos puede ser absoluta o relativa. En el primer supuesto, cuando la atribución causal es imputada exclusivamente a una causa ajena, se produce la interrupción total o supresión del nexo de causalidad. En el segundo, solo media una disminución o interferencia parcial del vínculo causal, también por la intervención de una causa ajena. En este último caso se dice que el acontecimiento que interfirió la cadena causal constituye una concausa⁽⁵⁸⁾. El Estado responderá solo

(55) Según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la configuración de dichos eximentes debe ser apreciada con criterio restrictivo (Fallos 333:203, "Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros").

(56) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 253; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Presupuestos y funciones del Derecho de daños, p. 277 y LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 225.

(57) Como ya se destacó en la nota 36, a pesar de que en el art. 2º de la LRE únicamente se enuncian como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder, por las características de la responsabilidad por falta de servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también opera como una causal para excluir su responsabilidad.

(58) Explica Zannoni que "La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa: 1) Las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente (un sujeto que sufre de osteoporosis es golpeado por otro y sufre una fractura grave que el golpe por sí mismo no debía producir); 2) las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo (un sujeto que, como en el caso anterior, es golpeado por otro y al caer se dispara el arma que lleva en la cintura, hiriéndolo de gravedad), y 3) las concausas sobrevinientes, es

en la medida en que su conducta haya contribuido causalmente al resultado dañoso⁽⁵⁹⁾. En las dos situaciones indicadas "la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro centro de imputación material, exclusivo o concurrente: el hecho de la propia víctima, de un tercero extraño o el caso fortuito"⁽⁶⁰⁾.

La supresión total o la interferencia parcial del vínculo causal determinará, respectivamente, la exoneración total o parcial de la responsabilidad del Estado⁽⁶¹⁾.

Como ya lo destacamos, la LRE al regular la relación de causalidad en los supuestos de responsabilidad estatal legítima, lo ha hecho de manera muy estricta puesto que exige que aquella sea "directa, inmediata y exclusiva" (art. 4º, inc. c)). Por consiguiente, en esos casos la existencia de cualquiera de los eximentes previstos en el art. 2º provocará la exoneración total de la responsabilidad del Estado, sin importar el grado de incidencia que pueda tener en la producción del resultado dañoso. De tal modo, la LRE no admite en la órbita de la responsabilidad estatal legítima, la aplicación de concausas. Ello no es razonable y deja al desamparo a las víctimas de daños provocados por el Estado cuando concurren otros facto-

decir, causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (un sujeto que, lesionado, es intervenido quirúrgicamente y que por alergia desarrolla durante la operación un *shock* anafiláctico a un antibiótico y muere)". Más adelante agrega que "La co-causación, en cambio, deriva de la actuación concurrente, y causalmente relevante, de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. Se trata de pluralidad de agentes causales. La co-causación puede derivar de: 1) Una causalidad conjunta o común (dos o más personas, con su acción, han provocado el daño); 2) causalidad acumulativa (el daño es provocado por el actuar independiente entre sí de dos o más agentes, con la particularidad de que cada uno de ellos, aun cuando hubiese actuado aisladamente, habría provocado igualmente el daño), y 3) causalidad alternativa (frente a dos o más hechos idóneos para provocar el daño, éste acaece por la acción de solo uno de ellos aunque no resulta posible precisar cuál de esos hechos elimina causalmente a los demás)" (ZANNONI, Eduardo A., "Cocausación de daños [una visión panorámica]", RDD 2003-2, 8 y 9, Rubinza-Culzoni, Santa Fe).

(59) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada", LL 2013-D-1167.

(60) PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., t. 2, p. 492.

(61) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 231 y LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 223.

res causales, incluso en supuestos en los cuales la participación estatal puede ser la decisiva y determinante del evento dañoso.

7. La responsabilidad del Estado derivada de la actuación de prestadores de servicios públicos

En el art. 6º se excluye la responsabilidad del Estado, directa o subsidiaria, "por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada". La redacción del art. 6º no es acertada, puesto que se margina de manera laxa y sin distinguir el rol de actuación del Estado (esto es, concedente, autoridad reguladora, etc.), su responsabilidad por la actividad de los contratistas⁽⁶²⁾ estatales que prestan servicios públicos⁽⁶³⁾.

Más allá de la deficiente redacción del art. 6º de la LRE, una interpretación razonable lleva a sostener que en dicho precepto se quiso plasmar la regla imperante en nuestro derecho, receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos y compartida por la mayoría de la doctrina⁽⁶⁴⁾, que indica que el

(62) En el art. 6º se menciona a "los concesionarios o contratistas de los servicios públicos" lo cual es redundante puesto que todo concesionario es un contratista ya que la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 590).

(63) Como destaca Gusman, la norma "solo alude a la concesión de los servicios públicos, sin mencionar a la concesión de obra pública, contrato de fuste y con aptitud para generar consecuencias dañosas, como en forma frecuente se advierte en los ámbitos de concesiones viales" (GUSMAN, Alfredo S., "Daños causados por los concesionarios ¿Puede el estado eximirse de responsabilidad?", LL 2015-A-829). Para Salvatelli la referencia a "concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal" que efectúa el art. 6º "no se limita únicamente a las actividades que han sido legalmente declaradas servicios públicos, sino que abarca toda actividad cuya gestión ha sido encomendada por el Estado a un particular, en cualquier forma instrumental (concesión, licencia, autorización o permiso)" (SALVATELLI, Ana M., "Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en rutas, derivada de los arts. 3º y 6º de la ley 26.944", RAP, nro. 437, ps. 209 y ss.).

(64) Si bien se han expuesto opiniones favorables a responsabilizar al Estado por los perjuicios ocasionados por la actuación de prestadores de servicios públicos privatizados, la generalidad de los marcos regulatorios y la mayoría de la doctrina rechazan dicha posibilidad (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho adminis-*

Estado por su mera condición de autoridad concedente, contratante o licenciante, no es responsable por los perjuicios ocasionados por los prestadores de servicios públicos, cualquiera que sea el título habilitante que ostenten⁽⁶⁵⁾. Ello es así porque en tales casos está ausente el requisito de la imputabilidad material previsto en el inc. c) del art. 3º de la LRE en tanto el sujeto prestador de un servicio público no está integrado a la organización estatal, sino que constituye una persona jurídica distinta que actúa *per se*, por su cuenta y riesgo⁽⁶⁶⁾.

trativo, cit., t. I, ps. 461/462; COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, cit., p. 374; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 55 y ss.; FARRANDO, Ismael, "La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios", AA.VV., *Servicios públicos*, Díké, Mendoza, 2001, ps. 180 y ss.; BUSTELO, Ernesto N., "Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados", AA.VV., *Servicios públicos*, cit., ps. 442/443; HUTCHINSON, Tomás, "Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito", *Revista de Derecho de Daños*, Accidentes de tránsito III, ps. 319/320; GRECCO, Carlos M., "Responsabilidad del estado por actividad de concesionarios y licenciarios", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 308; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *Concesión de servicios públicos*, 2ª ed., Ciudad Argentina, Mendoza, 1999, p. 269; CANOSA, Armando N., "La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte", AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 819 y ss.; MONTI, Laura, "La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos", AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, ps. 597 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 370/372 y ss.; PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", AA.VV., *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 163 y "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", JA 2006-III-1141. En contra: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, 3ª ed., Fundación de Estudios de Regulación y Comarpes Editorial, Granada 2004, ps. 575 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nros. 44/45, ps. 215/250 y en nuestro país: CHÁVEZ, César, "Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos", RAP, nro. 224, ps. 5 y ss.).

(65) Así se ha escrito: "La regla que campea en la materia es la que consagra la norma. Sin embargo, el aserto anterior, sin ningún tipo de aclaración, es equívoco" (BORETO, Mauricio, "La responsabilidad del Estado según la ley 26.944", ED 259-873).

(66) SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *Concesión de servicios públicos*, 2ª ed., Ciudad Argentina, Mendoza, 1999, p. 269.

Sin embargo, que el Estado por su mera condición de autoridad concedente, contratante o licenciante no sea responsable *ipso jure* por los perjuicios ocasionados por los prestadores de servicios públicos, no significa que nunca deba responder por los daños derivados de la prestación de servicios públicos ocasionados por concesionarios o contratistas. Evidentemente, deberá hacerlo respecto de aquellos perjuicios que provoque el prestador al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o que se susciten por el irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico les confía a las autoridades administrativas (v.gr., entes reguladores)⁽⁶⁷⁾.

8. Prescripción

En el art. 7º de la LRE se regula el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria en los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado nacional. El legislador no ha regulado otros aspectos de este instituto (v. gr., la suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción), razón por la cual será ineludible acudir por vía analógica a las disposiciones de la legislación civil para integrar dicho vacío normativo.

El plazo fijado por el art. 2º coincide con el establecido en el art. 2561, 2º párr., del nuevo Cód. Civ. y Com. para la responsabilidad civil⁽⁶⁸⁾ y es más extenso que el lapso de dos años, reglado en el art. 4037 del Cód. Civil, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado pacíficamente de aplicación a todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado⁽⁶⁹⁾.

(67) MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6º de la ley 26.944)", AA.VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado...*, cit., p. 189; MASSIMINO, Leonardo, "La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y del Estado", RAP, nro. 437, ps. 227 y ss.; BARRAZA, Javier I., "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Perspectivas e interrogantes", ED 260-588 y SILVA TAMAYO, Gustavo E., "La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (algunas consideraciones exegéticas preliminares)", RDA, nro. 97, p. 67.

(68) A diferencia de lo establecido en el párr. 3º del art. 2561 del Código Civil y Comercial, en la LRE no se dispone la imprescriptibilidad de la acción en el supuesto especial de daños derivados de delitos de lesa humanidad (ver al respecto: BOTASSI, Carlos A., "Lesía humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción", LL 2013-C-643).

(69) Fallos 307:771 y 821; 308:337; 311:2236; 310:626; 316:2136; 320:1352; 322:3101, entre otros muchos; ver MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis*

No se ha previsto el plazo de prescripción para los supuestos de responsabilidad contractual del Estado. Sin embargo, ya sea que se aplique el art. 7º de la LRE⁽⁷⁰⁾ o que se acuda por analogía a las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial (art. 2561), la solución será siempre la misma, ya que en ambos ordenamientos jurídicos se fija el plazo de prescripción de tres años para reclamar el pago de una indemnización⁽⁷¹⁾.

En el art. 8º de la LRE, acertadamente, se confiere una opción al damnificado para interponer la pretensión indemnizatoria juntamente con la impugnatoria, o hacerlo después de finalizado el pertinente proceso de impugnación en el cual se anule el acto administrativo de alcance individual o general, o se declare la inconstitucionalidad de una ley.

A nuestro entender, en virtud del texto de la norma antes citada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la pretensión indemnizatoria es susceptible de ser desplazado en el tiempo al momento en que quede firme la sentencia judicial que declare la ilegitimidad del acto administrativo de alcance individual o general o declare la inconstitucionalidad de la ley.

9. Responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos

En el art. 9º se regula la responsabilidad patrimonial de los agentes y funcionarios públicos dependientes del Estado nacional⁽⁷²⁾ por los daños causados por su actuación ilegítima en el ejer-

de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 167 y ss.

(70) Cabe recordar que la LRE es de aplicación supletoria a la responsabilidad contractual del Estado (art. 10 de la LRE).

(71) En igual sentido se expide PARELLADA, Carlos A., "Prescripción del reclamo de daños contra el Estado y funcionarios públicos", RCyS 12-54 y ss.

(72) El art. 9º de la LRE no alcanza a los funcionarios y empleados públicos de los gobiernos locales, pues, como ya lo explicamos, se trata de una ley de naturaleza federal. Concorde con lo dicho, considera Sagarna que "Al resto de los funcionarios y empleados públicos, de las Provincias —y sus Municipios— y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se les aplica las normas de responsabilidad civil del Código Civil actual hasta el 31 de diciembre de 2015 (conf. arts. 43, 1074, 1112, 1113, etc.) y a partir del 1 de enero de 2016 se mecanizarán las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, salvo que antes la jurisdicción respectiva del funcionario o empleado públicos adhiera a la ley nacional mencionada o dicte su propia norma de responsa-

cicio de sus funciones respecto de terceros, como así también por los perjuicios causados al Estado con motivo de una sentencia judicial de condena.

A tal efecto, y como acontece en diversas legislaciones comparadas, se exige la concurrencia del factor de atribución subjetivo culpa o dolo.

Dos son los legitimados para reclamar la responsabilidad de los funcionarios y empleados estatales: a) las víctimas directas de su actuación irregular, y b) el Estado en caso de haber sido condenado en un proceso en el cual el funcionario o agente no fue demandado, quien tiene a su disposición una acción de repetición, cuyo plazo de prescripción recién comienza a correr a los 3 años desde la sentencia firme de condena al Estado.

La ley no precisa si es obligatorio en estos casos promover la acción de repetición y tampoco si la responsabilidad del funcionario o agente es solidaria o concurrente, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Tortorelli"⁽⁷³⁾ y se lo

bilidad estatal, la que resultará aplicable" (SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", LL Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 [noviembre], 143; LL Online: AR/DOC/3870/2014).

(73) Fallos 329:188. Los hechos del caso fueron los siguientes: una persona no pudo salir del país porque se le informó que pesaba a su respecto una interdicción ocasionada por la declaración de su quiebra. Luego de varias tramitaciones, tomó conocimiento de que la quiebra había sido originariamente pedida ante un juez provincial respecto de una persona que tenía su mismo nombre y apellido y que había sido decretada con posterioridad a pedido de otro acreedor, quien presentó un certificado expedido por un juez nacional en un juicio ejecutivo seguido contra su homónimo. Al considerar que existió un obrar negligente de los tribunales y de los letrados que intervinieron, porque las constancias de las causas daban cuenta de las serias dudas que existían en cuanto a la identidad de ambas personas, el afectado promovió demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, el juez provincial que decretó la quiebra, el Estado Nacional, el juez nacional que tramitó el juicio ejecutivo y los letrados que intervinieron en los pedidos de quiebra. La Corte Suprema hizo lugar a la demanda contra algunos codemandados por considerar que existió un obrar carente de diligencia, y fijó una indemnización en concepto de daño moral.

El Alto Tribunal afirmó que el juez que había decretado la quiebra de una persona homónima del verdadero deudor y dispuesto su inhabilitación de bienes e interdicción de salida del país, pese a las notorias diferencias que surgían entre el nombre y el domicilio de ambos —en el caso, se trata de dos personas de igual apellido y primer nombre—, debía responder por el daño causado, ya que debió procurar obtener una

preveía en el art. 1765 del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la comisión de juristas creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011.

10. Prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas

En el último párrafo del art. 1º, y de manera inconexa con lo previstos en los tres párrafos anteriores, se establece que no es procedente “contra el Estado, sus agentes y funcionario la sanción pecuniaria disuasiva”.

Si bien hay quienes interpretan que las sanciones pecuniarias disuasivas se identifican con las astreintes, entendemos que ello es incorrecto. Con dicha terminología el legislador se refiere a los denominados “daños punitivos”⁽⁷⁴⁾, los cuales estaban previstos con esa denominación en el art. 1714 del título V “Otras fuentes de las obligaciones”, capítulo I “Responsabilidad civil”, sección 2ª “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva” del Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión de juristas creada por el dec. 191/2011. Dicho instituto finalmente fue eliminado en el seno del Congreso, por lo que no fue incorporado al nuevo Código Civil y Comercial⁽⁷⁵⁾.

Por lo demás, las astreintes no pueden ser confundidas con los daños punitivos pues la finalidad de aquellas no es preventiva o disuasiva, sino compeler el cumplimiento de un mandato judicial,

acabada acreditación de la identidad del fallido, en tanto requisito esencial, habida cuenta de las severas consecuencias legales que contempla la ley concursal. La Corte concluyó que en el caso e mediaban obligaciones concurrentes —también denominadas *in solidum*—, las que se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas con relación a cada uno de los deudores. Asimismo precisó que las responsabilidades consideradas les correspondían a cada uno de los codemandados sin perjuicio de que ulteriormente pudieran ejercer las acciones de regreso destinadas a obtener la contribución de cada uno en la obligación solventada.

(74) SILVA TAMAYO, Gustavo E., “La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (algunas consideraciones exegeticas preliminares)”, RDA 2015-97-67, y PEYRANO, Jorge W., “Astreintes no pecuniarias”, LL del 10/3/2015.

(75) GALDÓS, Jorge M., “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación”, LL, Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), p. 137.

por lo que solo alcanzan a quienes, después de dictado, persisten en desentenderse injustificadamente de aquel⁽⁷⁶⁾.

(76) Fallos 327:5850; 322:68 y 333:138. La naturaleza conminatoria y no disuasiva de las astreintes está expresamente consagrada en las normas que actualmente las regulan, como son los arts. 666 bis del Código Civil, 804 del nuevo Código Civil y Comercial y art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.