

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II

2022

ooooo

directores

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
RICARDO RIVERO ORTEGA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2022)

TOMO II

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2022)

TOMO II

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
y
RICARDO RIVERO ORTEGA
(Directores)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

PRESENTACIÓN DEL TOMO II DEL ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Un segundo volumen de este Anuario ve la luz al final de este año 2022, en el que se ha recuperado la movilidad internacional tras la pandemia. El reencuentro académico a los dos lados del Atlántico se está traduciendo en congresos, seminarios y reuniones científicas presenciales, tan importantes para mantener y fortalecer un vínculo de profundas raíces históricas y culturales. Gracias a esa comunicación constante, los juristas iberoamericanos compartimos principios, hablamos el mismo idioma, construimos con dogmáticas similares y bebemos en las fuentes comunes de la mejor tradición del Derecho público.

La continuidad de esta colaboración es una buena idea, así como su traducción en estudios panorámicos sobre la diversidad de soluciones en el Derecho comparado de una misma institución. En este número se trata la responsabilidad patrimonial del Estado y la Administración pública, analizada en nueve ordenamientos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, México, Perú, República Dominicana y Uruguay). Desde la frontera con Estados Unidos hasta el extremo sur del Continente americano, nada menos, alrededor de doce mil kilómetros de territorio jurídico en español.

Los autores de los textos, brillantes administrativistas todos ellos, son Ezequiel Cassagne, Irene Patricia Nohara, Hugo Andrés Arenas Mendoza, Hansel Arias Ramírez, Amed Ramírez Sánchez, Miguel Alejandro López Olvera, Lucio Andrés Sánchez Pons, Aracelis Fernández Estrella y Cristina Vázquez, un plantel de excelentes cultivadores de esta disciplina, clave para la realización del universal de Estado de Derecho y control del poder.

Quienes nos dedicamos al estudio y la investigación en Derecho administrativo hemos de plantearnos ya perspectivas globales, sentirnos integrantes de una red universal de juristas con valores comunes, convencidos de la utilidad social de las herramientas cuyo buen funcionamiento propiciamos: el control judicial de las decisiones administrativas, la racionalización mediante el procedimiento, la protección

de los derechos y libertades y , por supuesto, el régimen de la responsabilidad de los poderes públicos.

El estudio comparativo del Derecho administrativo no es un mero entretenimiento intelectual. Esta metodología deviene imprescindible en nuestro tiempo para calibrar el acierto y error de las diversas alternativas de diseño para las principales instituciones. Los análisis comparados de Derecho administrativo serán cada vez más importantes porque las justificaciones sobre lo que resulte más adecuado para cada garantía (procedimiento, control judicial, responsabilidad) pueden verse reforzadas o debilitadas gracias a la experiencia de países con similares niveles de desarrollo. La razón de ser del Derecho administrativo comparado, entonces, es trasladar enseñanzas sobre mejores prácticas que pueden redundar en el perfeccionamiento de nuestras herramientas.

Damos las gracias al equipo del Boletín Oficial del Estado y a su Director, don Manuel Tuero, por su impulso a esta publicación periódica, reflejo de la vocación panhispánica de las instituciones del Estado.

Santiago MUÑOZ MACHADO y Ricardo RIVERO ORTEGA

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

EZEQUIEL CASSAGNE

Sumario: 1. Acerca del origen y evolución de la responsabilidad del Estado en el ordenamiento argentino. 2. La responsabilidad del Estado por su actividad administrativa ilegítima. 3. La responsabilidad del Estado por su actividad administrativa legítima. 4. La responsabilidad del Estado por su actividad normativa. 5. La responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional. 6. La responsabilidad del Estado por su actividad contractual.

1. ACERCA DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

LA evolución de la responsabilidad del Estado y sus agentes, en Argentina, es de índole muy diversa, y ha encontrado muchas dificultades, en gran parte por las corrientes jurisprudenciales que mantuvieron por mucho tiempo soluciones provenientes del Derecho Civil, aun cuando ello fue matizado con el reconocimiento de algunos principios sentados por la Corte Suprema de Justicia, que permitieron responsabilizar al Estado por sus actos legítimos e ilegítimos.

En rigor, el surgimiento de una teoría sobre la responsabilidad del Estado basada en el derecho administrativo se circunscribió, al principio, a la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de las prescripciones de las leyes sobre contratos administrativos, llegándose a considerar directamente aplicables las prescripciones del Código Civil, en particular determinados factores de atribución, como el dolo o la culpa⁽¹⁾.

(1) SÁENZ, Jorge A., «La responsabilidad contractual en el derecho público argentino», en AA. VV., *Responsabilidad del Estado*, Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, pp. 57 ss.

La mayoría de la doctrina en Argentina suele afirmar que la responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causan daños a los administrados fue reconocida por la Corte Suprema recién en 1933, en el fallo «SA Tomás Devoto v. Gobierno Nacional s/daños y perjuicios» (2).

Sin embargo, lo cierto es que, con anterioridad a ese fallo, la doctrina y cierta jurisprudencia nacional ya habían reconocido antes la responsabilidad extracontractual por los llamados actos de gestión respecto de los servicios públicos, y respecto de los actos de gestión del patrimonio privado del Estado (3).

Por el contrario, en esas primeras décadas del siglo XX, se sostenía la irresponsabilidad del Estado respecto de los actos de autoridad o de imperio, por aplicación de la doctrina alemana de la doble personalidad (4) o de la versión francesa de la personalidad única de doble faz (pública y privada, a la vez) propiciada por Hauriou (5).

En tal entendimiento, hasta el *leading case* Tomás Devoto, del año 1933, sólo se aceptaba la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, aplicándose, los principios del Código Civil, y se consideraba también que el Estado era responsable por los actos de gestión (Patrimonio privado o intendencia de servicios públicos) (6). En camino, no se reconocía la responsabilidad extracontractual del Estado por delitos o cuasidelitos, salvo si existía una ley especial que acordara indemnización por los daños causados por el Estado (7).

Ahora bien, en el año 1933 la Corte Suprema de Justicia dicta el fallo «Tomás Devoto», en el cual reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado por el incendio producido al campo que arrendaba dicha empresa, originado por las chispas de un braseiro mal apagado que habían utilizado unos empleados del Telégrafo Nacional que tenían el encargo de unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo.

En este precedente, la Corte elaboró una construcción verdaderamente pretoriana sobre la base de la configuración de una responsabilidad indirecta, aplicando los artículos 1109 y 1113 del Código Civil de aquel entonces; el primero trataba sobre la culpa como factor de atribución y el segundo sobre la responsabilidad indirecta (8).

Cinco años después, la Corte Suprema de Justicia dicta el fallo «Ferrocaril Oeste» (9), donde reconoce la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por los perjuicios causados por la prestación irregular del servicio de expedición de los

(2) Fallos, 169:111 (1933). Véase REIRIZ, María G., *La responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, pp. 81 ss.

(3) BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, J. Menéndez, Buenos Aires, 1920, pp. 89, 141 ss.

(4) MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. I, traducción del original francés, Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 61 ss.

(5) HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3.^a ed., Librairie de la Société Récueil général des lois et des arrêts, L. Larose, París, 1897, p. 332, escribió que: «La personalidad administrativa es a doble faz, a la vez privada y pública. En tanto que privada ella implica el goce de todos los derechos privados de que puede beneficiarse una persona moral. En tanto que pública, la personalidad administrativa implica el goce de los derechos propiamente administrativos, más o menos teñidos de poder público». Como se advierte, HAURIOU de algún modo intuyó la posibilidad de que el Estado actuara en el campo del Derecho Privado y en la esfera pública como una sola persona. Su error consistió en atribuir a una única persona dos personalidades distintas.

(6) «Sáenz Peña, Luis v. Gobierno Nacional», Fallos, 124:22 (1916).

(7) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 67 ss. El fundamento no era otro que la ley, lo cual traducía una franca postura positivista.

(8) REIRIZ, María G., *La responsabilidad del Estado*, cit., pp. 86-87.

(9) Fallos, 182:5, publicado también en LL 12-122.

certificados registrales, indispensables para realizar la escrituración de inmuebles, basándose para ello ya no en el artículo 1109 de aquel Código Civil, sino en el artículo 1112, y en su fuente doctrinaria, a los fines de establecer la responsabilidad de la Provincia demandada por falta de servicio (10), pero manteniendo como factor de atribución conceptual a la culpa. También sostiene, al igual que en «Tomás Devoto», que se trata de una responsabilidad indirecta del Estado (en este caso la Provincia), e invoca a tal efecto el artículo 1113 de dicho código. De hecho, la tesis de la responsabilidad indirecta se siguió aplicando hasta 1985, respecto de aquellos actos y hechos administrativos considerados ilícitos (11).

En el año 1984 la Corte Suprema de Justicia generó un gran avance, dando inicio a otra etapa en el proceso de evolución de la responsabilidad del Estado, a partir del fallo que emite en la causa «Vadell c/ Provincia de Bs. As.» (12). En dicho precedente, verdadero *leading case* en la materia, el Alto Tribunal modificó su anterior postura para sostener, en función de la teoría del órgano, que la responsabilidad estatal no es en rigor indirecta (art. 1113, 1.º párrafo del Código Civil) sino directa. Asimismo, la Corte Suprema sostuvo que la responsabilidad del Estado no era subjetiva, sino objetiva, basada en la falta de servicio, y que ese argumento se desprendía de una correcta interpretación del artículo 1112 del Código Civil, de aplicación subsidiaria.

También la Corte Suprema se ocupó de analizar la responsabilidad del Estado por riesgo creado. Fue así que dicho Tribunal estableció que en los casos de daños ocasionados por cosas de propiedad del Estado o que están bajo su guarda, como también por actividades estatales que pueden crear situaciones de riesgo o peligro (13), el Estado era igualmente responsable, invocando para ello otro precepto del Código Civil, como es el artículo 1113, 2.º párrafo, 2.ª parte, en el que se recepciona la responsabilidad por el riesgo creado.

Por su parte, la evolución jurisprudencial acaecida en el campo de la responsabilidad del Estado mostró un importante avance en relación a los actos legítimos del Estado. Fue en la sentencia dictada en la causa «Juan Laplacette —su sucesión y otros» (14), del año 1943—, que trataba sobre el pago de una indemnización por los daños producidos a raíz de la construcción de una obra pública— donde la Corte Suprema de Justicia por primera vez admitió explícitamente el deber estatal de reparar los daños extracontractuales causados por sus comportamientos lícitos. El camino de esta evolución no ha sido sencillo, pues la Corte tuvo que superar sus

(10) Dijo la Corte: «Que la disposición del artículo 1112, CCiv., correlacionada con el artículo 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo, cuanto porque interpretada así concuerda con la teoría expuesta por Aubry y Rau, citada por el codificador en su nota al artículo 1112».

(11) «Zezza v. Provincia de Buenos Aires», Fallos, 300:639 (1978) y «Serú, Liliana Esther v. Provincia de Buenos Aires», Fallos 300:867 (1978), donde volvió a invocar el ex artículo 1113, CCiv. Para hacer responsable a una provincia por los daños causados por un agente de la policía provincial declarado responsable de un homicidio culposo cometido mientras desempeñaba un acto de servicio.

(12) Fallos: 306: 2030 y en ED t. 114, pp. 215 y ss con nota de Juan Carlos Cassagne, «La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte».

(13) Ver: PERRINO, Pablo E., «La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas», AA. VV, *Organización Administrativa, función público y dominio público*, RAP, Bs. As. 2005, pp. 503 ss.

(14) Fallos: 195:66. Ver: COVIELLO, Pedro José Jorge, «Sentencias para recordar: La responsabilidad del Estado por su actividad lícita a través de tres pronunciamientos señeros: «Gerónimo Pérez», «Molle» y «Laplacette»», EDA 2007-144.

propios precedentes jurisprudenciales que sostenían enfáticamente el dogma de la inmunidad del soberano, y también sortear el artículo 1071 del Cód. Civil que establecía que el ejercicio de un derecho propio no puede ser causa eficiente de responsabilidades para el que lo ejecuta, y que tanto había invocado en fallos anteriores para rechazar este tipo de responsabilidad estatal.

A diferencia de los fallos sobre responsabilidad ilegítima del Estado, basados en un primer tiempo en la culpa como factor de atribución y luego en el criterio francés de la Falta de servicio, la Corte Suprema de Justicia no apeló a las disposiciones de la legislación civil para dar fundamento a la responsabilidad por actos legítimos, sino que directamente se basó en las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución nacional), y más adelante en la garantía de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional).

En el año 2014, el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.944 de Responsabilidad patrimonial del Estado (en adelante «LRE»), siendo la primera legislación orgánica de esta materia. La LRE rige la responsabilidad del Estado por los daños causados a los bienes o derechos de las personas por la actividad o inactividad estatal (art.1). De ese modo, comprende tanto la actividad del Poder Ejecutivo o Administración Pública en sentido estricto, como la de los Poderes Legislativo y Judicial y la de los denominados Órganos extra-poderes como el Ministerio Público.

Por consiguiente, todos los órganos del Estado Nacional, con la excepción de las sociedades de las cuales el Estado es titular en forma total o parcial en la composición de su capital, están alcanzados por las prescripciones de esta ley. No obstante, cabe aclarar que esta regulación no alcanza a las provincias ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni a los municipios que funcionan en el orden provincial.

A su vez, también hay que precisar que este régimen no se aplica a las Personas Públicas no Estatales ya que estas no integran la estructura del Estado y no pertenecen a la Administración Pública.

La LRE contiene aciertos y retrocesos, como podremos ver en los próximos capítulos. Es evidente que la ley reconoce el avance notable que había efectuado la doctrina y la jurisprudencia al reconocer la responsabilidad objetiva y directa del Estado y nos parece que en ese sentido contribuye a la seguridad jurídica y la estabilidad de los derechos de las personas afectadas por los daños que produce la actividad o la inactividad estatal, pero lamentablemente se han generado varias retrocesos, fundamentalmente en el tratamiento dado a la responsabilidad lícita del Estado que merecen nuestra crítica y, sobre todo, el hecho de haber limitado el ámbito de aplicación al Estado Nacional, situación que disminuye el acierto de las soluciones normativas adoptadas porque marcan un evidente retroceso en las concepciones imperantes en el mundo jurídico del derecho comparado.

En cuanto a la responsabilidad del Estado derivada de su actividad contractual, la propia LRE establece en forma expresa que la responsabilidad contractual se regirá por las prescripciones legales específicas que rijan en cada contrato y solo en caso de ausencia de regulación se aplicarán las disposiciones de la ley en forma supletoria (15). En tal entendimiento, la responsabilidad contractual del Estado se rige por sus propias normas, esto es, por el Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública nacional, aprobado por Decreto 1023/2001, su regla-

(15) Ley 26.944, artículo 10.

mentación, los pliegos, los contratos y las normas especiales que rigen cada contrato, como es el caso de los marcos regulatorios de los servicios públicos, o como sucede en el caso de la obra pública, regulada por la Ley 13.064, o la Ley de Concesiones de Obra pública, regulada en la Ley 17.520.

Una situación distinta se da respecto de los contratos participación público privada, cuya Ley 27.328 estableció una regulación de derecho público autónoma del resto de la legislación administrativa en Argentina. En efecto, la propia ley establece que a este tipo de contratos no le serán de aplicación el Régimen General de contrataciones de la Administración Pública Nacional, ni las leyes de obra pública o de concesión de obra pública antes mencionadas, sea en forma directa, supletoria o analógica (16).

Para esta categoría contractual, por el contrario, la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en esa misma Ley 27.328, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato, y supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.

No obstante lo expuesto, como bien señala Juan Carlos Cassagne, el fundamento jurídico de toda la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural (vgr. *alterum non ledere*) existen por sí mismos sin necesidad de reconocimiento positivo. Su vigencia y principalidad se proyecta a todas las ramas del derecho, cobrando mayor trascendencia en las disciplinas no codificadas como el derecho administrativo (17).

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ILEGÍTIMA

Como he adelantado, la estructura de la LRE responde a una corriente doctrinaria y jurisprudencial seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso «Vadell c. Provincia de Buenos Aires» (18) que se basa centralmente en el reconocimiento de una responsabilidad objetiva y directa, eximiendo de responsabilidad del Estado solamente en dos casos: (i) por los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor, y (ii) por los daños causados por el hecho de la víctima o por un tercero por quien el Estado no debe responder.

En ese contexto, el acierto de la ley se encuentra en haber establecido el cuadro de los requisitos inherentes a la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, a saber:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

(16) Ley 27.328, artículo 31

(17) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ma ed, La Ley, pp. 441 ss.

(18) Fallos 306:2030 (1984).

d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (19).

El fundamento esencial de la responsabilidad extracontractual por la actuación ilegítima del Estado es siempre de Derecho Público y consiste en la necesidad de restablecer el equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. Se trata, en suma, de un principio de Derecho Público de la igualdad ante las cargas públicas, reconocido por el artículo 16 de la Constitución Nacional (20).

El primer presupuesto que exige la LRE consisten la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado. Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución positiva prescripta en el ámbito del Código Civil donde «los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna» (21). De ese modo, la Administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público que no se encuentre en su sano juicio cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones.

Conforme ha sido formulado por la jurisprudencia del más Alto Tribunal antes indicada, difundido a su vez por la doctrina y ahora se encuentra en forma expresa en la LRE, el Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio, incluyendo en él los principios generales del Derecho Administrativo.

El fundamento del concepto de falta de servicio, que prescinde de la noción de culpa, aparecía es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige «afianzar la justicia» y dar cumplimiento al principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN), a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo. Por cierto, es en el propio preámbulo de la Constitución Nacional donde los constituyentes indican con claridad que el fin del Estado es afianzar la justicia.

La existencia de un daño o perjuicio en el patrimonio del administrado constituye también un presupuesto esencial para determinar la responsabilidad del Estado (22). Ese daño necesita reunir ciertos caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales (23); 2) debe hallarse individualizado, no afectando por igual a todos los administrados, lo cual no excluye la responsabilidad por aquellos perjuicios que aun

impuestos por normas generales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras públicas (24); 3) el derecho afectado puede ser tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo (25), debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial estricto como al daño moral (26).

Respecto del nexo causal exigido, la LRE correctamente refiere a una relación de causalidad que debe existir entre el hecho o el acto administrativo y el daño causado al particular por la actividad o inactividad de la Administración. Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón.

Una cuestión que merece nuestra enfática crítica es el tratamiento dado por la LRE a la falta de servicio por omisión, que evidencia un claro retroceso. En efecto, la regulación prescribe la responsabilidad estatal solo «cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (27)». Este precepto, sin razón valedera, excluye de la responsabilidad del Estado el incumplimiento de deberes genéricos como los que resultan de los principios generales del derecho administrativo, el cual por ser contrario al principio de la justa indemnización (28), debe reputarse inconstitucional.

La LRE también regula la falta personal, esto es la responsabilidad personal de los agentes o funcionarios públicos del Estado. El artículo 8 de la LRE reproduce, aunque no textualmente, el antiguo precepto contenido en el artículo 1112 del anterior Código Civil que sirvió precisamente para fundar por la analogía la responsabilidad del estado y no la de los funcionarios. No obstante, la nueva redacción introdujo la culpa y el dolo como factores de atribución de la responsabilidad de los funcionarios por no cumplir las obligaciones legales que les están impuestas.

Por último, la LRE prescribe que las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1.º, tercer párrafo), una decisión que es desacertada y merece nuestro reproche.

Al respecto cabe formular dos reflexiones: (i) que muchas de las normas del Código Civil van a resultar siempre aplicables de manera directa, por ejemplo, la norma sobre constitución en mora y otras prescripciones en materia obligacional y (ii) que la norma tal como está escrita puede llevar a la interpretación de que el Código Civil no resultaría aplicable ni aun por analogía dado que la distinción entre analogía y subsidiariedad no se encuentra debidamente precisa-

do, que ha concedido una indemnización a un candidato ilegalmente eliminado de un concurso. La Corte Suprema ha dicho que el daño ha de ser cierto (Fallos, 300:639).

(24) Cfr. VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, cit., p. 349.

(25) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, pp. 736-738.

(26) VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, cit., pp. 350-352, quien anota la evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado hasta culminar con el reconocimiento de la responsabilidad del daño moral, aun cuando no revista carácter excepcional. Véase ORTIZ RODRÍGUEZ, Celso, «Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *Revista La Ley*, Madrid, 22 de noviembre de 1985.

(27) Ley 26.944, artículo 3, inciso d.

(28) Artículos 21, ap. 2 y 63 ap. 1 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), normas que poseen jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inc. 22, CN.

(19) Ley 26.944, artículo 4.

(20) FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, 2.ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 715 ss.

(21) Ex artículo 900, CCiv.

(22) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6.ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 734 ss. Véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 145 ss.

(23) VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, París, 1968, p. 348. Señala este autor cómo este carácter ha sido dejado de lado por la Jurisprudencia del Consejo de Esta-

da en las construcciones doctrinarias ni jurisprudenciales que adolecen de una gran ambigüedad.

Lo cierto es que tal como está la norma redactada la interpretación correcta que nos parece es de que la LRE no impide la analogía de los preceptos del Código Civil.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LEGÍTIMA

La LRE regula en forma expresa la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Si bien la ley habría ganado un merecido prestigio al incorporar al derecho positivo la principal concepción seguida en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia, esto es, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en este campo, lo cierto es que su concreta regulación es pasible de una serie de críticas que amenguan su mérito.

En primer lugar, la LRE le atribuye carácter excepcional a la responsabilidad del Estado por actividad legítima, y a partir de dicha caracterización la norma restringe en varios aspectos su reconocimiento y alcance.

En efecto, en el artículo 4.º de la LRE se establecen como requisitos para la responsabilidad del estado por actividad legítima los siguientes:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Como puede fácilmente advertirse, la LRE exige para estos casos, a diferencia de lo regulado en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, que el daño sea actual. Ello de por sí mismo descarta irrazonablemente la posibilidad de invocar un daño futuro y la pérdida de la chance, lo que resulta inadmisibles al tratarse de daños ocasionados a los administrados que deben ser reparados por razones de justicia e igualdad.

Pero una de las cuestiones más controversiales es la referida a la exigencia de un nexo causal exclusivo e inmediato entre la conducta del Estado y el daño ocasionado. Se trata a todas luces de una grave limitación que en muchas ocasiones generará inequidades e injusticias. No se comprende la razón de haberse apartado de la teoría de la causalidad adecuada que la propia LRE acepta para los supuestos de responsabilidad derivada de la conducta ilegítima del Estado. Pensemos en los problemas que trae la noción de exclusividad y el peligro de su alcance. Bien podría postularse a partir de ese concepto que en caso de que haya otras conductas de terceros que participen en forma simultánea en la generación de un respectivo daño entonces el Estado no sería responsable. Ello sería inadmisibles, y en todo caso podría dar lugar a determinar gra-

dos y niveles de responsabilidad frente a distintos corresponsables, coautores o partícipes, pero bajo ningún punto en llevar a excluir la responsabilidad del Estado.

Por su parte, la LRE requiere para la procedencia de esta responsabilidad la existencia de un sacrificio especial (29) y la ausencia del deber de soportar dicho daño. Al respecto, es necesario estacar que si bien la noción de sacrificio especial ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (30), lo cierto es que sus alcances aún no están claramente definidos (31), dado que en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos (32), mientras que, en otros, acertadamente, se ha

(29) Como recuerdan BIANCHI se atribuye a Otto Mayer la paternidad de la teoría del sacrificio especial (BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Bs. As., 1999, p. 140 ss.) y MURATORIO (MURATORIO, Jorge I., «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», obra colectiva, *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 77).

(30) Fallos: 176:111; 180:107 y 248:79.

(31) BIANCHI enseña que la doctrina del sacrificio especial «fue desarrollada por la Corte Suprema a partir de «Fisco Nacional c/Arrupé» (Fallos: 176:111) y, más explícitamente, en «Establecimientos Americanos Gratry» (Fallos: 180:107). En este último caso, la Corte para rechazar la demanda dijo que «no reúne el perjuicio que se dice experimentado la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad». La exigencia relativa a esta «condición de especialidad» fue repetida también en «Carlos Reis y Cía. SRL» (Fallos: 248:83). Asimismo, en «Corporación Inversora Los Pinos» (Fallos: 293:630) se aludió al «sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad» y en «Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/BCRA» (Fallos: 315:1026), se aludió a «la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado». Más tarde, en «Buenos Aires Eximport SA c/Nación Argentina» (Fallos: 316:397), se dijo que «es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular». 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 exegético*, Horacio Rosatti director, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, p. 199-200. Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Bs. As., 1999, p. 53 ss.).

(32) Fallos: 316: 397 y 321:3363. Es muy interesante la posición del jurista Marienhoff en esta cuestión, en la medida que ha criticado severamente el requisito del daño individualizado especial, particular o singular y no general con las siguientes palabras: «Desde luego, pareceme inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño "general", no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando tal perjuicio "general", se concreta en la pérdida definitiva de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio público —pero guardando silencio en lo que respecta a indemnización— ciertas cosas que hasta entonces eran del dominio privado de los administrados, tal disposición no trasunta, técnicamente; una "carga pública", sino un despojo o una confiscación, lo que en manera alguna armoniza con disposiciones constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad. Pretender que ello es una "carga pública", significa tergiversar el concepto jurídico de la misma. El traspaso de bienes privados al dominio público, por ejemplo, tiene carácter definitivo o permanente; siendo entonces de advertir que la carga pública tiene como rasgo típico, aparte de su "gratuidad", especialmente su carácter "temporario" o meramente transitorio: si así no fuese, el pueblo donde imperare semejante régimen se convertiría en un, pueblo de esclavos, debiéndose recordar que los pueblos civilizados abolieron para siempre todo resto de esclavitud. De modo que no puede invocarse aquí, para negar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, el "principio de igualdad ante las cargas públicas", pues no se está en presencia de una carga pública, aparte de que la "desigualdad" en dichas cargas no es el único fundamento posible de la responsabilidad del Estado, ya que otro de esos fundamentos puede ser el respeto a los derechos adquiridos, o el respeto al derecho de propiedad. [...] Debe tenerse presente que es muy difícil —casi imposible— que el perjuicio patrimonial ocasionado por una ley sea efectivamente «general», pues nunca los efectos de una ley incidirán sobre el patrimonio de todos los habitantes del país, a lo sumo solo gravitarán sobre un sector de personas, que podrá o no ser más o menos extenso; por ejemplo, sobre las personas que fueren titulares del dominio de una cosa que ahora se declara del dominio público: no todos los habi-

seguido una concepción de índole cualitativa (33) que toma en consideración la intensidad (34) o gravedad del daño (35), en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal (36) y razonablemente soportar (37).

Otro tema no menor se vincula a la extensión del resarcimiento en todos estos casos de actividad lícita del Estado. La LRE limita el alcance de la indemnización, en la medida que sólo permite compensar el daño emergente y excluye el lucro cesante (38).

Si como dice el propio precepto que criticamos, «[l]a indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas», carece de toda lógica y resulta irrazonable la exclusión del lucro cesante, habida cuenta de que este integra el valor objetivo del bien.

Esta restricción importa un retroceso respecto de la evolución que se había dado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Veamos.

El problema del alcance de la indemnización por actos lícitos del Estado, se presenta tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o respecto de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través

tantes del país sufrirán quebranto por la aplicación de tal ley; únicamente lo sufrirán los que sean propietarios de cosas como las ahora declaradas dominicales, públicas o del dominio público. Resulta, además, evidente, que con relación a los demás habitantes del país, dichas personas reciben un daño o perjuicio "diferencial", circunstancia que debe tenerse muy en cuenta» (MARIENHOFF, Miguel S., «Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa», LL, 1983-B, 910).

(33) Para el profesor COMADIRA el sacrificio especial «se debería referir a la razonabilidad («Ledesma», consid. 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad («García», consid. 5º, citada en nota 25)» (COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 376 y «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado», EDA 01/02-756).

(34) Conf. MAIRAL, Héctor A., «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita», AA. VV., *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, pp. 141 ss.

(35) Fallos: 315:1892 y 330:2464, entre otras.

(36) Fallos: 308: 2626. Así la Corte Suprema ha resuelto que la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita «solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales –vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales–, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)» (causa «Malma Trading S. R. L.», LL, 2014-C, 263 y ED, 2014-190).

(37) CASSAGNE, Juan Carlos, «Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema», LL 2000-D. 1219; COMADIRA, Julio R., «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado», ED, supl. de Der. Adm., serie especial del 31 de octubre de 2002; «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima», Documentación Administrativa, Madrid, INAP, núm. 237-238, p.317; Galli Basualdo, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 79.

(38) Ley 26.944, artículo 5, primera parte.

de criterios fundados en la reparación de los sacrificios especiales que sufre el administrado por parte de la actividad legítima del Estado cuyos daños no está obligado a soportar, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa (39).

Hasta el dictado de la LRE, algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación venían propiciando una evolución en esta cuestión, fijándose una tendencia hacia la reparación amplia (40), que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), lo que constituye una «reparación integral».

Es dable destacar que tras la reforma constitucional de 1994 que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica inmediata con jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, ha prescripto el principio de la «justa indemnización», en dos de sus artículos.

El primero de ellos, el artículo 21, prescribe que «ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (41)».

Por su parte, el artículo 63 de esa Convención estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde «el pago de una justa indemnización» (42).

Son estos preceptos los que sustentan el fundamento constitucional del principio de la justa indemnización (43) que se asimila a reparación integral (44) o amplia (45).

(39) En Francia, se la denomina «responsabilidad sin falta», véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 7ª ed., Montchrestien, París, 2001, pp. 725 ss.

(40) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., p. 173. Cfr. Fallos 295:973 y 250:135. Si bien la Corte Suprema de Justicia en varios fallos 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 rubro indemnizatorio 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 S. R. L. c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento», fallada el 15 de mayo de 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», Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley, núm. 12, p. 31 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», AA. VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti director, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, pp. 249 ss.).

(41) Artículo 21, ap. 2, CADH.

(42) Artículo 63, ap. 1.

(43) PERRINO, Pablo E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público», en la obra colectiva *La contratación pública*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 1128-1129; LAPLACETTE, Carlos José, «Derecho constitucional...», cit., LL 2012-E, 1045; CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., pp. 154 ss. e IBARLUCÍA, Emilio A., *El derecho constitucional a la reparación*, Abaco, Buenos Aires, 2013, pp. 50 ss.

(44) Véase: IBARLUCÍA, Emilio A., *El derecho constitucional...*, cit., p. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (op. cit., p. 125).

(45) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., pp. 172 ss.

Ahora bien, para que la reparación, sea justa, debe necesariamente comprender el daño emergente y el lucro cesante (46), así como otros daños como los que se producen por la violación de los derechos personalísimos o el daño moral, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad. Esta interpretación ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Velázquez Rodríguez» (47).

Es así que la exclusión del rubro lucro cesante que se ha efectuado en la Ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima del Estado no resiste el test normativo ni axiológico de constitucionalidad al vulnerarse de esa forma los artículos 21, ap. 2 y 63 ap. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD NORMATIVA

En Argentina rigen las mismas reglas de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima y legítima en los casos de responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por actos normativos o legislativos, ya sea que estos sean reglamentos o leyes. Para ello deberá reunirse los presupuestos determinan la citada responsabilidad.

Son muchos los supuestos que pueden generar este tipo especial de responsabilidad. En el caso de la responsabilidad legítima derivada de estos actos, se exige el requisito de la existencia de un sacrificio especial y la ausencia de soportar un daño.

Entre los fallos más relevantes vinculados a esta clase de responsabilidad, podemos destacar las causas «Cantón. Mario Elbio v. Gobierno Nacional» (48), «Bocara Armando» (49), «Motor Once SA» (50), «Compañía Inversora los Pinos SA» (51), «Columbia SA» (52) y «Winkler Juan León» (53), en las cuales la Corte reconoció la responsabilidad lícita del Estado por las consecuencias patrimoniales ocasionadas por modificaciones normativas o regulaciones adoptadas en el ejercicio del poder de policía.

Es cierto que en materia de responsabilidad normativa lícita del Estado la Corte Suprema ha sido siempre muy rigurosa en el análisis de la concreta verificación de los requisitos que la tornan precedente. En el precedente «Ledesma SA» (54), por ejemplo, el Alto Tribunal ha exigido que la causalidad entre la norma y el daño ocasionado no

(46) Cardaci Méndez, Ariel, *Revocación...*, cit., p. 174, afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.

(47) CIDH, 17 de agosto de 1990, *in re* «Velázquez Rodríguez», Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrafos 27 y 28.

(48) Fallos 301:403.

(49) Fallos 277:225.

(50) Fallos 312:649.

(51) Fallos 293:630.

(52) Fallos 256:241.

(53) Fallos 305:1045.

(54) CSJN, *in re* «LEDESMA SA.», de fecha 31 de octubre de 1989.

solamente debía ser adecuada sin también exclusiva, sin intervención extraña que pudiera interferir en el nexo causal. Sobre este tema ya nos expedimos *ut supra* dado que la LRE ha exigido esa exclusividad para toda responsabilidad lícita del Estado.

En el supuesto de la responsabilidad ilícita del Estado por su actividad normativa, el presupuesto para su procedencia requiere la invalidez de la norma, ya sea su nulidad o su inconstitucionalidad en el caso particular, pues no se presentaría la falta de servicio que se exige como factor de atribución para este tipo de responsabilidad.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Este tipo de responsabilidad puede darse tanto en el proceso penal, como en un proceso civil o comercial.

Ciertamente, el tipo de responsabilidad más aceptada en este campo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es la responsabilidad generada a partir del error o dolo de los órganos jurisdiccionales, configurándose así una falta de servicio, o sea, una responsabilidad ilegítima del Estado.

Pero antes de adentrarnos en la cuestión, es necesario destacar que existen dos tipos diferentes de responsabilidad de Estado por su actividad jurisdiccional: la responsabilidad *in iudicando* y la responsabilidad *in procedendo*.

La responsabilidad *in iudicando* responde al concepto estrictamente de función jurisdiccional, a lo que decide el juez, sean medidas cautelares, sentencias u otro tipo de resoluciones judiciales. Es aquí donde aparece la figura del error judicial como presupuesto de la falta de servicio.

Por su parte, la responsabilidad *in procedendo* es más vaga, resultando de la actividad administrativa por parte de los órganos o de los auxiliares de la administración de justicia.

Ha sido nuevamente la Corte Suprema quien ha establecido los criterios que deben regir en estos supuestos de responsabilidad *in iudicando*. Así se desprende del fallo «Vignoni» (55), donde el Tribunal estableció que para la procedencia de la responsabilidad del Estado por error judicial es indispensable que la sentencia que origina el daño será declarada ilegítima y dejada sin efecto.

Otro fallo importante en la materia ha sido el caso «Tortorelli» (56), en el cual la Corte Suprema de Justicia responsabilizó al Estado provincial por haber declarado equivocadamente la quiebra por homonimia.

Ahora bien, la Corte en otros precedentes de igual relevancia sostuvo, en materia de medidas cautelares, que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga derecho a indemnización, y que debe descartarse la existencia de error judicial si una medida cautelar fue dispuesta por el magistrado que instruyó la causa penal en ejercicio regular de sus atribuciones, con ajuste al objeto de la investigación y dentro de los límites correspondientes, en la medida que tal medida provisoria solo traducía la existencia de un serio estado de sospecha (57).

(55) Fallos 311:1007.

(56) CSJN, *in re*, «Tortorelli», de fecha 23 de mayo de 2006.

(57) CSJN, *in re*, Causas «Roman Sac» y «Guarda Ortiz».

Existen muchos precedentes vinculados a las prisiones preventivas en el ámbito de los procesos penales. Las prisiones preventivas son verdaderas medidas cautelares propias de la jurisdicción penal y criminal. Entre ellos podemos destacar el fallo «Balda(58)», donde la Corte sostuvo que el Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, y que no puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. En igual sentido la Corte se pronunció en la causa «Andrada(59)».

Estos casos donde se descartó el error judicial bien pudieron servir para admitir la responsabilidad lícita del Estado, dada la existencia de un sacrificio especial, y por aplicación del principio de la igualdad ante las cargas públicas.

Pero ello se ve ahora impedido por la propia LRE. Lamentablemente esta ley de responsabilidad del Estado ha significado un retroceso en la evolución de la responsabilidad del Estado en esta materia particular. El último párrafo del artículo 5.º de la LRE excluye los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado precisando que ellos no generan derecho a indemnización. Disposición que resulta a todas luces criticable en cuanto viola las garantías propias del derecho de propiedad reconocidas en la Constitución argentina (art. 17 y 19).

Distinto es el caso de las prolongaciones excesivas de las prisiones preventivas en los procesos penales. Allí lo que se configura es un error judicial, una falta de servicio, como bien lo ha indicado la Corte en la causa «Rosa, Carlos A. (60)», donde la Corte sostuvo por mayoría «que el mantenimiento de la medida cautelar por los dos primeros años de detención constituye el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable. De allí que solo se puede denegar la libertad caucionada transcurrido el plazo de dos años en la medida en que el juez presumiese fundadamente que el procesado pueda eludir la acción de la justicia. Entran en colisión dos derechos: el del procesado a recuperar la libertad, como garantía constitucional sobre la base de la presunción de inocencia del artículo 18 de nuestra CN; y el derecho de la sociedad, sobre la base de un interés general de velar por la seguridad, no facilitar la impunidad y velar por la defensa del delito».

6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Como hemos advertido al comienzo de este trabajo, la responsabilidad del Estado por actividad contractual se rige por las propias normas contractuales, siendo la LRE únicamente de aplicación supletoria (61).

(58) CSJN, *in re*, «Balda, Miguel c. Provincia de Buenos Aires», 1995, Fallos: 318:1990.

(59) CSJN *in re*, «Andrada, Roberto H. y otros c. Provincia de Buenos Aires-daños y perjuicios», 2006, Fallos: 329:3806.

(60) CSJN, *in re*, «Rosa, Carlos A. c. Estado nacional y otros-daños y perjuicios», 1999, Fallos: 258: 306.

(61) Ley 26.944, artículo 10.

Las cuestiones donde se han suscitado los grandes debates en torno a este tipo de responsabilidad se refieren a la responsabilidad del Estado derivada del uso de las prerrogativas públicas en los contratos administrativos, entre ellas la *potestas variandi*, la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y el rescate de los servicios públicos.

En primer lugar, y antes de considerar las situaciones que presentan estas tres prerrogativas contractuales, corresponde resaltar que en el plano contractual en Argentina la jurisprudencia y la doctrina han postulado la aplicabilidad del principio del derecho público del mantenimiento de la ecuación económica financiera de los contratos administrativos, siendo uno de fundamentos centrales de todo tipo de responsabilidad del Estado en materia contractual.

En Argentina se reconoce el principio del equilibrio financiero del contrato. De tal manera, el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en que a nadie pueden imponérsele sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación (62).

El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas (63), ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público (64). Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales (65).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que «el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término» (66). Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al «mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato», en tanto éste integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (67).

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene

(62) Artículo 17 de la Constitución Nacional.

(63) Artículo 16 de la Constitución Nacional.

(64) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.º III-A, ob. cit., pp. 469 ss.

(65) Véase CASSAGNE, Juan Carlos, «El equilibrio económico financiero del contrato administrativo», en REDA núm. 1, Buenos Aires, 1989, p. 32.

(66) Fallos: 145:307; 158:268, entre otros.

(67) BERCAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 409.

derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado (68).

Como hemos dicho, en Argentina, las manifestaciones y la caracterización general del desequilibrio financiero del contrato no se encuentran definidas por la legislación ni por la reglamentación contractual, sino que ha sido desarrollada a partir de la doctrina, la jurisprudencia, y la práctica contractual.

No obstante ello, hay ciertas prescripciones normativas que resguardan el equilibrio financiero del contrato frente a las prerrogativas unilaterales que ejerce la Administración Pública, o incluso frente a supuestos ajenos a la voluntad de las partes.

En tal sentido, el Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo (69). Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible.

Asimismo, en Argentina también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que «si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado (70). Por su parte, como ya hemos comentado, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida (71). La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la «Teoría del Hecho del Príncipe» –*factum principis*–, que posee base constitucional en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, que reconocen el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que «no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato» (72). La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta alea administrativa, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad

(68) Conf. ESCOLA, Héctor, *Contratos Administrativos*, T. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 452.

(69) Véase artículo 13, inc. a), del RCAN.

(70) Cfr. Suprema Corte de Santa Fe, *in re*, «Transportes La Florida SRL y otros v. Municipalidad del Rosario».

(71) Artículo 30 de la ley 13.064.

(72) ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño (73).

En el contrato de obra pública, también debe mencionarse el conocido procedimiento de revisión de precios. Este mecanismo, instaurado por Decreto 1295/02, autoriza a los contratistas a reclamar la redeterminación de los precios de la obra pública cuando los costos reflejen una incidencia de aumento superior al diez por ciento (74).

Por último, la flamante Ley 17.328 de contratos de Participación Pública Privada reconoce en forma expresa el derecho a mantener el equilibrio económico financiero de esos contratos, siendo una responsabilidad del Estado su restablecimiento cuando circunstancias sobrevinientes ajenas al contratista impactan en el mismo.

Ahora bien, veamos qué sucede con el ejercicio de las tres prerrogativas contractuales mencionadas *ut supra*.

La posibilidad de modificar unilateralmente un contrato administrativo, esto es, el ejercicio del *ius variandi*, se encuentra expresamente contemplada en la normativa vigente. En primer lugar, el Régimen de Contrataciones establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público. A tal efecto, se dispone expresamente que dicha facultad de modificación debe ser utilizada en forma razonable; estableciéndose que cuando la modificación exceda en un veinte por ciento en más o en menos del monto total del contrato, y la misma no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de las partes. Y al igual que lo que ocurre con las modificaciones bilaterales, las ampliaciones no podrán exceder del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato (75).

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece que los aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado (76). La ley también dispone que si en el contrato de obra pública celebrado, la Administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un veinte por ciento del importe del mismo, la Administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo (77). En caso de

(73) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 107.

(74) Véase ABERASTURY, Pedro, «La redeterminación de precios en el contrato administrativo», en AA. VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 227.

(75) Era una regla que se había fijado en el anterior artículo 12 del RCAN, pero que luego fue eliminada con la modificación introducida por el Decreto 666/2003. No obstante ello, el artículo 124 del Dec. 893/12, que reglamenta el artículo 12 del RCAN, vuelve a establecer la limitación del 35 por ciento para los casos de modificaciones consensuadas.

(76) Artículo 30 de la ley 13.064.

(77) Como puede verse, se trata de un procedimiento de renegociación que no tiene límites cuantitativos.

disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, solo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para ese ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista (78). A su vez, si las modificaciones superan ese veinte por ciento, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato (79).

Es importante destacar la necesidad de que la *potestas variandi* sea ejercida con una finalidad de interés público. Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria» (80).

Con relación a prerrogativa de revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, esta institución también se encuentra prevista en el Régimen General de Contratación Administrativa, y le permite a la Administración Pública extinguir unilateralmente el contrato por razones de interés público, o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando al contratista todos los perjuicios que dicha conducta le irroga, salvo el lucro cesante (81).

Antes del dictado del Régimen General de Contrataciones Administrativas de la Administración Pública Nacional, y ante la ausencia de preceptos que trataran el tema específico, la Corte tuvo oportunidad de dejar sentada su doctrina respecto del alcance de la indemnización frente a revocaciones de contratos administrativos por causas de oportunidad, mérito o conveniencia, sosteniendo que correspondía en dichos casos una reparación integral, comprensiva del lucro cesante (82).

En rigor, se trata de una rescisión sin culpa del contratista. Para Juan Carlos Cassagne —quien critica la limitación que la normativa efectúa respecto del resarcimiento—, la propia potestad debe fundarse en ley, pues de lo contrario sería inconstitucional, en la medida que la Constitución prevé que la propiedad es inviolable y se encuentra protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrifi-

(78) Artículo 38 de la ley 13.064.

(79) Artículo 53 de la ley 13.064. Cfr. DRUETTA, Ricardo y GUGLIELMINETTI, Patricia, Ley 13.064 de Obras Públicas, 2.ª ed., comentada y anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 224.

(80) Cfr. Fallos 312:89, *in re*, «Marocco y Cía SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario», de fecha 9 de febrero de 1995. La referencia del artículo 1197 del Código Civil hace alusión al *pacta sunt servanda* y al *lex inter partes*.

(81) Cfr. artículo 12, inc. b), párrafo 2.º del RCAN. Ver también en el mismo sentido el artículo 121 del Dec. 893/12.

(82) CSJN, *in re*, «Sanchez Granel Eduardo SG Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad», Fallos 306:1409 (1984).

cio y la previa indemnización (como ocurre con las expropiaciones), no pudiendo consistir en un mero cambio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades (83).

No obstante ello, gran parte de la doctrina, y más aún la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad, que es ampliamente utilizada por la Administración Pública (84).

Por último, debemos destacar que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos núm. 19.549, establece respecto de los actos administrativos, que estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados (85). Téngase presente que el título III de esta ley, en el que precisamente se incluye este principio, es de aplicación directa a los contratos administrativos, en cuanto fuere pertinente (86).

La cuestión más controvertida en la jurisprudencia y en la doctrina, es la relativa al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la Corte Suprema en varios precedentes relativos a materia contractual se inclinó por la reparación integral (87), y en otros vinculados a revocación de actos administrativos en cambio ha limitado el resarcimiento, excluyendo el lucro cesante (88). En la doctrina las posiciones no son pacíficas (89). Por su parte, muchos autores sostienen que dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante se encuentra establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho (90).

(83) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 122-123.

(84) Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* «Sánchez Granel», Fallos 306:1409. Cfr. CSJN Fallos: 297:252, 305:321, 332:2801. Para MARIENHOFF esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3.ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 624.

(85) Ver artículo 18 *in fine* de la ley núm. 19.549.

(86) Cfr. artículo 7, *in fine*, ley núm. 19.549.

(87) Ver Fallos: 306:1409, 328:265 y 332:1367.

(88) Véase Fallos: 293:617; 301:403 y 312:649.

(89) En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos Cassagne, quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato, (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional), y protege contra la tentación en que muchas veces incurrir los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 124. En igual sentido ver también PERRINO, Pablo E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público», en *La Contratación Administrativa*, AA. VV., Hammurabi, Bs. As., 2007, pp. 1128-1129. En una posición contraria se ubicaban los profesores Marienhoff y Comadira, quienes entendían que debía aplicarse en forma analógica la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante. Al respecto, véase MARIENHOFF, Miguel S., «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad», ED 114-949 y; COMADIRA, Julio, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, pp. 435 ss.

(90) Cfr. LUQUI, Roberto, «La modificación (“Ius Variandi”) del Contrato Administrativo», en AA. VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 14; VILLARRUEL, María Susana, «El rescate en los contratos administrativos», en AA. VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 160. Para FARRANDO, en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios constitucionales relacionados con la pro-