

La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino

Pablo Esteban Perrino*

Resumen:

El autor del presente artículo nos detalla en qué consistiría la responsabilidad estatal del Estado en supuestos de error, para lo cual desarrolla la figura dentro del ámbito público. En ese sentido, a mayor profundidad se trata el ámbito de aplicación y los tipos de responsabilidades reguladas, de acuerdo al estudio realizado.

Posteriormente, se realiza un análisis minucioso sobre la responsabilidad contractual como extra contractual del Estado en diversos supuestos dentro del ámbito de la gestión pública. Finalmente, se desarrolla los supuestos de configuración de los distintos tipos de responsabilidad del Estado.

Palabras clave:

Responsabilidad contractual – Regulación – Derecho Público – Incumplimiento – Indemnización

Abstract:

The author of this article details how we would state responsibility of the state in cases of error, for which develops the figure within the public sphere. In that sense, the deeper the scope and types of regulated responsibilities, according to the study carried out it comes. Subsequently, a detailed analysis of the contractual and extra-contractual responsibility of the state in various situations within the field of public management is done. Finally, assumptions configuration of different types of state responsibility develops.

Keywords:

Contractual liability – Regulation – Public Law – Failure – Compensation

Sumario:

1. Fundamentos constitucionales y regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina – 2. Ámbito de aplicación de la LRE y clases de responsabilidad reguladas – 3. La regulación de la responsabilidad contractual del Estado – 4. Responsabilidad contractual del Estado y ecuación económico financiero – 5. Requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual del Estado. Los factores de atribución – 6. El alcance de la indemnización

* Socio del estudio jurídico Cassagne Abogados. Optó por el título profesional en la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Es profesor ordinario de Derecho Administrativo I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y de los cursos de postgrado que se dictan en la Universidad Católica de La Plata, Universidad Austral, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires, Universidad de Belgrano y Universidad Nacional del Comahue.

1. Fundamentos constitucionales y regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina

Argentina hasta hace no mucho tiempo formaba parte del extenso grupo de países, tanto europeos¹ como latinoamericanos², cuyo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen esencialmente jurisprudencial³.

No obstante que la Constitución Nacional Argentina carece de disposiciones específicas

que consagren expresamente la responsabilidad estatal⁴, como ocurre en España⁵, Brasil⁶, Colombia⁷, México⁸, Venezuela⁹, Uruguay¹⁰, Chile¹¹ y Perú – esta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial¹²–, ello no ha sido un obstáculo para que por vía pretoriana se considerara que la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos, en tanto pieza esencial del Estado de Derecho¹³, tiene fundamento constitucional¹⁴.

Y así fue que con apoyo, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan

- 1 Vgr. Francia (ver: Laubadère, André de, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence», París, 1980, p. 693; MOREAU, Jacques, *Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés*, Documentación Administrativa n° 239, p. 175 y ss.; ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, p.9 y ss. SEMPÉ, Françoise, «La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia», en la obra colectiva, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, editado por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, p. 969 y ss.) Italia. (CLARICH, Marcello, «La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, p.1005 y ss.) y Alemania (OSSENBÜHL, Fritz, «la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, p.931 y ss.).
- 2 Vgr. Colombia (Ver: BARRERA MUÑOZ, William, «La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano», en Rev. de Der. Adm. N° 70, p. 977 y ss.) y Chile (CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, p. 7 y ss.).
- 3 Ver: REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As., 1969, p. 83 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 9ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, t. I, cap. V, p. 525 y ss.; USLENGHI, Alejandro J., *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 49 y ss. y PERRINO, Pablo E. La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino, R.A.P. n°237, ps. 9/14.
- 4 En numerosas constituciones provinciales es posible localizar –si bien con disímiles formulaciones- previsiones que establecen en forma genérica el deber de reparar estatal. Así lo hacen por ejemplo las constituciones provinciales de las provincias de Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 49), Chaco (art. 76), Río Negro (art. 55), y Tierra del Fuego (art. 188). Otras sólo prevén la responsabilidad de los funcionarios (Vgr. arts. 56 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 57 y 194 de la Provincia de Buenos Aires y 25 Formosa). A su vez, algunas constituciones provinciales contemplan la responsabilidad estatal derivada del error judicial. Así lo hacen las constituciones de Córdoba (art. 42, párrafo 2º), Chaco (art. 24), Chubut (art. 60), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 12), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art.9, párrafo 6º), Tierra del Fuego (art.40) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13, inc. 10).
- 5 Art. 106.2 de la Constitución Española.
- 6 Art. 37, paragr. 6º de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil; ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, «A responsabilidade civil extracontractual do Estado. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público», RAP n° 370, p. 331 y ss.
- 7 Art. 90 de la Constitución Política de 1991. ver: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, «Antecedentes y fundamento constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del Estado», , publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Isaac Augusto Damsky (h), Miguel Alejandro López Olivera y Libardo Rodríguez Rodríguez, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n° 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/16.pdf.
- 8 Art. 113, 2º párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; ver: CASTRO ESTRADA, Álvaro, «La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo», publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Damsky (h), Isaac Augusto, Miguel López Olivera, Alejandro y Rodríguez Rodríguez, Libardo, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n° 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/29.pdf.
- 9 Art. 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ver BADELL MADRID, Rafael, «La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 y su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia», publicado en la obra colectiva *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 109 y ss.
- 10 Art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay; ver: DELPIAZZO, Carlos E., «Enfoque actual de la responsabilidad administrativa», en la obra colectiva *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, UNAM, México, 2005, p. 238 y ss. y «Panorama del Derecho Administrativo Uruguayo» obra colectiva *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, dirigida por Santiago González-Varas Ibáñez, INAP, Granada, 2005, ps. 727/729 y DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo», RAP n° 370, p. 81 y ss.
- 11 Art. 38, 2do. párraf. de la Constitución Política de la república de Chile; ver: CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, p. 22 y ss. y 36 y ss.
- 12 Art. 139, inc. 7 de la Constitución Política del Perú.
- 13 El Estado de Derecho presupone, no sólo la separación de los poderes estatales y su sometimiento al ordenamiento jurídico, sino también el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas, lo cual conlleva, la justa reparación de los daños derivados por efecto directo de la acción pública (Conf. DIEZ, Manuel M. *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1971; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, p. 612, quien categóricamente sostiene: «Allí donde no hay responsabilidad del Estado no hay Estado de Derecho» y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, t. I, p. 221 y ss. y REBOLLO, Luis Martín, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Universidad de Cantabria. Servicio de Publicaciones, Santander, 1993, p.20).
- 14 Cabe destacar, que el primer trabajo en el que se fundó la responsabilidad estatal en la protección de los derechos constitucionales fue el de Rodolfo Bullrich, titulado *La responsabilidad del Estado*, publicado en el año 1920. En esa misma línea Miguel S. Marienhoff

la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17)¹⁵; el art. 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁶; el art. 19 en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado el fundamento constitucional del principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*)¹⁷; el art. 28 que estatuye el principio de razonabilidad de los actos estatales; y el art. 116 del que se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente la responsabilidad estatal directa por los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes públicos ya sea de fuente contractual como extracontractual.

Y ante la falta de disposiciones legislativas que regularan en forma general y orgánicamente la responsabilidad estatal, para cubrir la laguna normativa existente en la materia se acudía a las soluciones consagradas en legislación civil,

en muchos casos a través de la técnica de la interpretación analógica¹⁸.

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.

A pesar de 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 Derecho¹⁹ pues muchas de las soluciones que allí se establecen acarrear un retroceso respecto de criterios sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰; acotan irrazonablemente el alcance

sostenía que el fundamento de la responsabilidad estatal «no es otro que el Estado de derecho y sus postulados». A su juicio, de esos principios de base constitucional, que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., T. IV, p.699; en igual sentido ver: Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As. 1969, p. 41 y ss; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, t. II, p.718/721; COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 368; BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Bs. As., 1999, p. 34; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. «Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley», LL, 2014-B, 563) y 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.

15 Conf. Fallos 274:432; 277:225; 300:143; Fallos 301:403; 302:159; 305:1045; 330: 24; entre otros. En antiguos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó también la responsabilidad estatal en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:339, 129:5 y 180:339).

16 Para un sector de la doctrina el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado en su faz extracontractual. Así Cassagne afirma: «la obligación de reparar tiene como sustento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aún cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa» (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., La Ley, Bs. As.2011, T. I, p.397 y «El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas», LL, 2014-C, 885). A su vez, Durán Martínez escribe: «si el Estado, cuyo fin es el logro del bien común -entendido como el estado de hecho necesario para el desarrollo de la persona humana- causa un daño, tiene la obligación de repararlo. Es que si el Estado causa un daño en su accionar y no lo repara, no crea esa situación de hecho apta para el desarrollo de la persona humana. Y si eso ocurre, si se beneficia a la comunidad en detrimento de una persona, se rompe el equilibrio necesario para que exista una sociedad justa. Lo expuesto demuestra que el principio de igualdad está en la base del fundamento de la responsabilidad del Estado». (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, p. 613)

17 Fallos: 308: 1118; 320:1996; 325:111; 327: 857 y 327: 3753; 331:1488, 335:2333, entre otros.

18 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones ha postulado la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil al ámbito de la responsabilidad estatal (Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959). Sin embargo, en otros casos ha postulado la aplicación subsidiaria de dicho cuerpo normativo (Fallos: 329:759); así lo entiende también Jorge A. SÁENZ, «La responsabilidad contractual en el derecho público argentino», publicado en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2008, ps.67 y ss.).

19 Una opinión diferente es la de Uslegui 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 N° 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 CSJN- 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 traspolada al ámbito y sobre la base de los principios propios del derecho administrativo» (USLENGHI, Alejandro, «La responsabilidad del Estado por omisión», RAP n° 437, p. 169 y ss.).

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

del deber de responder estatal²¹; y conspiran con la finalidad principal de la responsabilidad que no es otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas²².

En efecto, las diversas limitaciones a la responsabilidad estatal que se consagran en la LRE son susceptibles de provocar en muchos casos un menoscabo sustancial a los derechos de los sujetos dañados por la actuación estatal²³ y paralelamente generar 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 humana²⁴, de la cual derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse»²⁵.

Por lo demás, la defectuosa redacción de algunos artículos de la LRE (V.gr. en particular arts. 6 y 10, último párrafo) y, fundamentalmente, la simplificación de los factores de atribución de la responsabilidad estatal al regularse sólo la falta de servicio y el sacrificio especial, despiertan un sinnúmero de relevantes interrogantes que necesariamente deberán ser resueltos a través

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).

- 21 Conf. GELLI, María Angélica, «Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado», LL, 2014-E, 659). Para Gordillo la LRE es 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, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, cit. T. I, cap. XIX-6/8). 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*, Horacio Rosatti director, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, p. 195 y ss.).
- 22 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 Martín, «Los fundamentos de la responsabilidad del Estado», obra colectiva *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», AA.VV. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Juan Alfonso Santamaría Pastor director, La Ley, Madrid, 2010, p. 663).
- 23 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 Editores, Santiago de Chile, 2005, p. 461).
- 24 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).
- 25 DELPIAZZO, Carlos E., «Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho», AA.VV., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Bejar Rivera y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Universidad Panamericana y Espress, México, 2014, T.I, p. 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.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 Marcelo, «Responsabilidad de los poderes públicos en el estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la «relación de causalidad», Rev. Der. Pco. año I N° 2. Ediciones Infojus, p. 229 yss.).

del casuismo judicial mediante la prudente interpretación de los tribunales que haga realidad el mandato constitucional de «afianzar la justicia».

2. Ámbito de aplicación de la LRE y clases de responsabilidad reguladas

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

Como se desprende del texto de la LRE, del Mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del Proyecto de ley al Congreso²⁶ y del art. 1764 del nuevo Código Civil y Comercial²⁷, la LRE fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador federal²⁸ y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional²⁹, 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 de la Const. Nac.)³⁰. Como consecuencia de la mencionada naturaleza federal de la LRE, sólo quedan alcanzados por sus disposiciones los casos de responsabilidad patrimonial generados por autoridades nacionales. En consecuencia, quedan excluidos de este régimen, los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios³¹.

Con relación a las autoridades nacionales, el campo de acción de la LRE es amplio porque comprende no sólo los comportamientos de la Administración Pública, sino también la de los poderes legislativo y judicial y la de los denominados órganos extrapoderes³² (V.gr. Ministerio Público).

Por tanto, todos los órganos del Estado nacional están alcanzados por la LRE. Así se desprende claramente, de los artículos 1º y 3º incisos 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. 5 -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»³³.

26 Mensaje 1780 del 12/11/13.

27 Aprobado por la ley 26.994 (B.O. del 8/10/14).

28 Conf. USLENGHI, Alejandro, «La responsabilidad del Estado por omisión», RAP nº 437, p. 169 y ss.; 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 LAMOGLIA, Carlos M. «Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad legítima: su regulación en la Ley 26.944», RAP nº 437, p. 113 y ss. En contra nuestra opinión se expide Punte, Roberto Antonio, 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 (Vgr. los códigos 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 María. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986, T. III, 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*. Ediciones La Rocca, Bs. As. 1992, T. I, p. 407).

29 El art. 75, inc. 12 dispone: «Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados».

30 Para Guastavino la responsabilidad del funcionario hacia el Estado fuera o al margen de la relación de empleo público, hacia otros servidores públicos y hacia particulares constituye una materia que integra los contenidos del derecho común cuya regulación corresponde al Congreso nacional (GUASTAVINO, Elías P., «Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública», ED, 166-404; en igual sentido ver: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Bs. As., 1998, T. III-B, p. 389; IBARLUCÍA, Emilio A., «Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?», LL, 2014-D, 739.

31 Concorde con lo dicho, en el art. 11 de la LRE se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual implica reconocer que la regulación de la responsabilidad estatal está atrapada dentro del cúmulo de las facultades normativas de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 121, 122 y 129 de la Const. Nac.).

32 Ver: CANDA, Fabián, «Los órganos extrapoderes», AA.VV. *Organización administrativa, función pública y Dominio público*, Rap, Bs. As., 2005, p.839.

33 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., La Ley, Bs. As., 2011, 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 privado³⁴. 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 Pública³⁵ y cuya condición jurídica no puede razonablemente verse modificada por el sólo hecho de que el Estado sea el titular total o parcial de una sociedad comercial.³⁶ 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»³⁷.

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 Decreto-Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios -Régimen de Contrataciones del Estado-, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo³⁸.

En segundo lugar, como regla, los vínculos jurídicos que mantienen estos sujetos con terceros están regidos por el derecho privado³⁹. Cuando se trata de relaciones de consumo entre un prestador o proveedor y usuarios o consumidores⁴⁰ se aplican

34 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 menudados sus derechos y facultades como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo». (USLENGHI, Alejandro J., «La responsabilidad del Estado por omisión», RAP n° 437, p.169 y ss.).

35 CASSAGNE, *Curso cit. t. I*, p. 339. A su entender 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, *Curso cit. t. I*, p. 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. 8° 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. CARBAJALES, Juan José y DATES, Luis Enrique (h.), «El Estado Nacional (ANSeS) como accionista minoritario», LL, 2009-D, 851).

36 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 éstas en personas de Derecho Público y a sus actos en actos administrativos». (CASSAGNE, *Curso cit. t. I*, p. 330; en igual sentido DURAND, Julio C., «Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas», LL, 2010-A, 696). 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».

37 CASSAGNE, *Curso cit. t. I*, p. 330.

38 Conf. :a) Correo Oficial de la República Argentina S.A. (art. 13 del Decreto 721/04); b) Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A (art. 3 de la Ley 26.092); c) Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (art. 11 del Decreto 304/06, ratificado por Ley 26.100); ver también el art. 15 de la Ley 26.741 de art. 15 de la Ley 26.741 por la cual se dispuso declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF S.A).

39 CASSAGNE, *Curso cit. t. I*, p. 335.

40 El primer párrafo del artículo 1° 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 artículo 2° 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 artículo 3, 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 (vgr. los marcos regulatorios de los servicios públicos).

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 nacional⁴¹.

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 S.A (YPF) estaría sujeto a la LRE mientras que el de sus competidores al de la ley 24.240 y sus modificaciones. Los perjuicios que podrían experimentar pasajeros de Aerolíneas Argentinas S.A. 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 S.A. (AySA) o Correo Oficial de la República Argentina S.A. (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.

3. La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

La LRE contempla la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art. 3) como legítima (arts. 4 y 5), 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 de las cosas o de actividades riesgosas⁴² o la violación de la confianza legítima⁴³, etc.

Si bien la LRE regula básicamente la responsabilidad extracontractual del Estado, sus disposiciones son también de aplicación a los daños provocados en el ámbito contractual⁴⁴. Así se desprende del art.

41 Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal, «Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después», LL, 2008-B, 1239 y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y 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, Bs. As., 2014, p. 75

42 Al respecto ver: PERRINO, Pablo E. «La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas, en obra colectiva *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Bs. As., 2005, p. 503 y ss. «La responsabilidad por riesgo creado del Estado, obra colectiva *Estudios de derecho administrativo X*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2004.

43 Al respecto Ver: COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As. 2004, p. 438 y ss.

44 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 (Vgr. 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, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Bs. As., 2006, ps. 77 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 71 y ss. Jorge, MAYO, Jorge Alberto y PREVOT, Juan Manuel, *Responsabilidad contractual*, La Ley, Bs. As.2007, ps.71 y ss.; PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Bs. As., 2013, t. 1, p. 79 y ss.; PICASSO, Sebastián, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres director y Elena I. Highton coordinadora, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 3 A, p. 346 y ss.; SAENZ, 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. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 597, ps.395 y ss.). El Código Civil de Vélez Sársfield, 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 sólo 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. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Bs. As. Bs. As., 2008, t. II, 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». (*Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, AA.VV. Carlos A. Calvo Costa, director, La Ley, Bs. As., 2015. t. II, comentario al art. 1740; ver: PICASSO, Sebastián, «La unificación de 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).

10 el cual dispone: «La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador».

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»⁴⁵.

Si bien la norma en comentario dispone que la responsabilidad contractual del Estado se sujeta a las disposiciones específicas que se han dictado en la materia, el examen de la normativa que rige la contratación pública pone de relieve que sólo median previsiones dispersas y específicas que contemplan supuestos muy puntuales de responsabilidad estatal que se localizan en las normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal⁴⁶, en las atinentes a ciertos contratos administrativos⁴⁷, como así también en los pliegos de bases y condiciones y demás documentos contractuales⁴⁸. En consecuencia, ante dicha carencia normativa y en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la LRE, serán de aplicación en este ámbito en forma supletoria las previsiones de la LRE⁴⁹.

Sin embargo, debido a la laxitud de las regulaciones contenidas en la LRE será imprescindible acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil, ya sea para aplicar principios generales (V.gr. el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Cód. Civil)⁵⁰ u otras normas allí contenidas través de la técnica de la interpretación analógica.

45 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 26/11/14.

46 Arts. 12, inc. a, del Decreto 1023/2001 y art. 121 de su Decreto reglamentario 893/2012.

47 Por ejemplo en los arts. 33, 34, 39 de la ley 13.064 de Obras públicas.

48 La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que «la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo» (Fallos: 311:2831 y 333:1192).

49 Para Saenz la regulación de la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de obligaciones impuestas en una relación contractual debe regirse por el Código Civil, por lo que considera inconstitucional el art. 10 de la LRE. A su entender distinta es la situación de los derechos indemnizatorios o compensatorios acordados a los cocontratantes del Estado por normas específicas de derecho administrativo que no se generan en el incumplimiento de obligaciones contractuales y, en consecuencia, no le son aplicables las normas de Derecho común, los cuales pueden ser regulados por el derecho local (SAENZ, 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. Análisis crítico y exegético, Horacio Rosatti director, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 597, ps.395 y ss.).

50 En este sentido, con referencia a las relaciones del Derecho administrativo con el derecho Civil se ha dicho: «Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.»(GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, FDA, Bs. As., 2013, t.1, cap. VIII-2). La circunstancia histórica de que la responsabilidad patrimonial, como los contratos, las servidumbres, la propiedad, y otros institutos jurídicos hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del derecho privado que en el derecho público; no significa que sean de naturaleza esencialmente privada (FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8a. ed. alemana por Sabino A. Gendin, Labor, Barcelona, Madrid, Bs. As., 1933, p. 49). Son, sencillamente, figuras jurídicas: y éstas tienen una sola e idéntica unidad lógica (MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastian, *El Derecho civil en la génesis del derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1996, p.54). Dichos institutos no son figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes al derecho público y al derecho privado, de regulación ambivalente.

El contrato, la responsabilidad, el derecho subjetivo no son más que figuras genéricas (supraconceptos) que pertenecen a la teoría general derecho, la cual no es ni derecho civil, ni derecho administrativo, sino Ciencia del Derecho a secas.

En línea con lo dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «el principio del «alterum non laedere», entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, pues su fundamento se halla en la protección de los derechos individuales (arts. 4, 14, 15, 16 in fine 17, 18, 19, 20 y 28), y la reglamentación que hace a su respecto el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (CSJN, causas: «Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos: 306:2030; «Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina», Fallos:308:1118 y «Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios»; Fallos: 329:759, entre otros). A su vez, en la importantísima decisión adoptada el 21/3/06 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso «Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios» se sostuvo: «todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados -aunque contenidos en aquel cuerpo legal (Código Civil) no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.)».

Y decimos por analogía porque la LRE en su 3º párrafo del art. 1º con una redacción muy enfática establece que no se puede aplicar de manera directa ni subsidiaria la legislación civil⁵¹.

Ciertamente, nos parece excesiva e inapropiada la indiscriminada y genérica exclusión que se efectúa en el art. 1º de la LRE puesto que el Código Civil contiene regulaciones de institutos jurídicos cuyo ámbito de aplicación no se acotan al derecho civil sino que se proyectan a todas las ramas del derecho⁵², tal como ocurre, por ejemplo, con las disposiciones de los títulos preliminares, las atinentes al régimen de las personas, de los bienes, etc⁵³.

Por lo demás, como sostiene Mairal, «la interpretación literal del art. 1º de la LRE crearía un vacío legislativo ante la dificultad de precisar cuáles son las normas excluidas de entre todas las diseminadas a lo largo del Código Civil que pueden tener alguna incidencia, más o menos directa, sobre el tema de la responsabilidad contractual del Estado⁵⁴.

La aplicación por vía de la técnica de la analogía de las disposiciones del derecho privado para

integrar las lagunas del derecho administrativo – tarea que conlleva la adaptación⁵⁵ de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público⁵⁶– ha sido postulada por la tradición iusadministrativa⁵⁷. Así, Marienhoff⁵⁸ y Cassagne⁵⁹ sostienen que la analogía tiene un gran campo de aplicación en el Derecho Administrativo debido a su autonomía y a su condición de derecho nuevo y, por tanto, con carencia de normas escritas.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado en diversas ocasiones la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo. Así lo hizo en materia de nulidades del acto administrativo⁶⁰, contratos administrativos⁶¹ y con relación a la responsabilidad del Estado⁶². Ello no obstante y exhibiendo un criterio dispar en muchos otros casos lo ha hecho por vía de subsidiariedad⁶³ y no por analogía.

La diferencia entre supletoriedad o subsidiariedad normativa y analogía, no siempre debidamente comprendida, radica en que la primera de las

- 51 La mencionada aplicación analógica fue admitida expresamente en la nota de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto de ley al Congreso nacional. Allí se expresa: «La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos, 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos, 321:174)».
- 52 Explica LLambias: «Ya por una razón de orden histórico, en cuanto el derecho civil ha sido el núcleo fundamental del cual se han ido separando los demás ordenamientos especiales, ya por esa unidad esencial del derecho que comunica a las diversas ramas entre sí, muy grande es la conexión existente entre el derecho civil y las demás disciplinas jurídicas, respecto de las cuales aquél sigue siendo el manantial inagotable al que se acude en búsqueda de orientación a falta de una norma expresa o implícita que contemple la situación». (LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, 8ª ed., 1980, Bs. As. 2006, t. II, p. 47).
- 53 En este sentido Marienhoff afirma que entre el derecho administrativo y el derecho civil existen obvias relaciones -que denomina de contacto, de continuidad- que se producen por la aplicación, en derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el derecho civil a través del Código Civil. Según el citado jurista «Hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho». (MARIENHOFF, Miguel S. T., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 5ª ed. actualizada, Bs. As. 1995, T. I, ps. 287, ps. 182/183).
- 54 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 26/11/14.
- 55 Sostiene Gordillo que la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste». (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, FDA, Bs. As., 2013, t. I, cap. VIII, p.3; conf. REIRIZ, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss.).
- 56 REIRIZ, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 224 y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. t. I, ps. 95 y
- 57 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. T. I, ps. 287/292, DIEZ, Manuel M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1974, t. I, p. 402; REIRIZ, María Graciela, «Responsabilidad del Estado», en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 224; COMADIRA, Julio R., y ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, ps. 1570/1571.
- 58 MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 87 y ss.
- 59 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. t. I, ps. 95 y 175.
- 60 Fallos: 190:142; 205:200; 241:385 (ver en especial disidencia de los jueces Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.
- 61 Fallos: 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y causa «S.A. Organización Coordinadora Argentina», en ED t. 177, p.749, con nota de Julio Rodolfo COMADIRA, «La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento».
- 62 Fallos: 300:143; 304:721; 306:1409; 308:451 y 318:1959.
- 63 Fallos: 107:134; 306:2030; 307: 1942; 320: 266; 329: 759, y 330: 2748, entre otros; conf. SÁENZ, Jorge A., «La responsabilidad contractual en el derecho público argentino», AA.VV *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As, 2008, ps. 67 y ss.).

técnicas mencionadas opera para integrar «de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general común respecto de aquellas de carácter especial o susceptibles de ser suplidas». De tal modo, «el fenómeno de la supletoriedad se da sólo entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible». En cambio, en la analogía «se descubre una norma específica en cualquier otra Ley general o especial del ordenamiento, con los cuales no hay conexión alguna de suplencia; y, por vía interpretativa, de razonabilidad, se aplica al caso no previsto»⁶⁴. En la analogía se atribuye «a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial»⁶⁵.

4. Responsabilidad contractual del estado y ecuación económica financiera

Nos parece conveniente advertir que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en el cual la responsabilidad en materia contractual deriva siempre de un comportamiento antijurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional⁶⁶, en el derecho público y respecto del Estado su deber de responder por los perjuicios padecidos por el contratista puede suscitarse, no sólo en tales casos, sino también en supuestos en los cuales su actuación no ha sido contraria a derecho e incluso frente a daños que no le son imputables materialmente (tal como acontece, por ejemplo, frente a casos de fuerza mayor en los contratos de obra pública⁶⁷).

Ello encuentra su fundamento en un principio propio de la contratación pública, como es el

del mantenimiento de la ecuación económica financiera, cuyo origen se remonta al famoso fallo del Consejo de Estado Francés dictado en el caso «Cie, General Francaise des Tramways», el 11 de marzo de 1910, en el cual en las conclusiones del Comisario de Gobierno Leon Blum, se sostuvo que es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al cocontratante y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al cocontratante y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión⁶⁸.

Entonces, el concepto mismo de ecuación económica financiera del contrato, entendida como «la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalente»⁶⁹, muchos de los cuales –agregamos– son consecuencias de los riesgos y contingencias asumidos⁷⁰, lleva implícito el derecho del contratista a su mantenimiento y restablecimiento frente a aleas administrativas o económicas que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato⁷¹.

Se trata de un derecho que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y, fundamentalmente, que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional)⁷². Dichas garantías vienen a compensar el peso de las prerrogativas, inusuales

64 VERGARA BLANCO, Alejandro. *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «derecho común»*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot Legal Publishing, 2010, ps. 36/37.

65 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 8ª ed. Porrúa, México, 1958, p. 369; conf. LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 1975, 164/165.

66 MAYO, Jorge Alberto y PREVOT, Juan Manuel, *Responsabilidad contractual*, La Ley, Bs. As. 2007, p.31.

67 Art. 39 de la Ley 13.064 de Obras Públicas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la nación ha expresado que la norma de cita «establece un régimen especial en esta materia, poniendo a cargo de la administración el perjuicio sufrido por el contratista en los casos en que ella taxativamente determina, que son aquellos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, entendiéndose por tales: «a) los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación» y «b) los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos». (Fallos: 319:1681); ver: DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, ps. 288 y ss.

68 LONG, Marceau et. Al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ème ed., Dalloz, Paris, 2009, p. 131 y ss.; ver LAUBADERE, André de, *Traité Théorique et pratique*, Librairie Générale de Droit et jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

69 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1978, T. III-A, p. 470.

70 Los riesgos válidamente asumidos son, junto con los demás derechos y obligaciones convenidos, elementos constitutivos de la ecuación económica contractual. Por tanto, no pueden ser ulteriormente modificados –ni para atenuarlos, suprimirlos, incrementarlos o trasladarlos a la otra parte — puesto que se alteraría la ecuación económica financiera, con la consiguiente afectación para uno de los contratantes.

71 Conf. RODRÍGUEZ, LIBARDO R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed. Temis, Bogota, 2012, ps. 25/27. ps. 32/37

72 Explica Cassagne que: «existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de principios jurídicos dogmáticos propios del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de

en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público⁷³. Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos⁷⁴.

Pero, obviamente, el principio del equilibrio económico financiero no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficit o malos resultados de la gestión contractual⁷⁵, pues éste debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio⁷⁶.

Pues bien, de todo lo afirmado, se desprende que el principio de la ecuación económica financiera y las prerrogativas de la Administración en materia de ejecución y extinción contractual impregnan

el régimen de la responsabilidad contractual pública y dan lugar a diferencias con el propio de la contratación sujeta al derecho privado⁷⁷ en el cual el deber de responder por comportamientos válidos resulta inusual⁷⁸.

Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene parangón en el derecho privado, pues se apoya en un principio constitucional inaplicable en relaciones jurídicas entre personas privadas sujetas al derecho civil o comercial, como es el de igualdad ante las cargas públicas⁷⁹.

5. Requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual del Estado. Los factores de atribución

Para que proceda la responsabilidad contractual del Estado deben concurrir los requisitos establecidos en los arts. 3⁸⁰ y 4⁸¹ de la LRE atinentes

las relaciones privadas», como son el principal constitucional de igualdad ante las cargas públicas y el de continuidad en la ejecución de los contratos (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 464). Seguidamente, afirma el citado jurista que «si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea causa del alea administrativa provocada por hechos del propio Estado (*factum principis*) o el alea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta lógico otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos una carga que no pesa sobre las demás personas» contratos (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 464).

73 Bien se ha dicho que «en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación» (RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, «Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas», AFDUDC, 12, 2008, 795).

74 ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T. I, Depalma, Bs. As. 1977, p. 453.

75 En este sentido, la Sala III de la Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed. sostuvo: «La ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficit de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume. Es solamente la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar. Por tal motivo, cuando las variaciones de costos se instrumentan a través de fórmulas polinómicas incorporadas al contrato, ambas partes deben aceptar sus resultados sea que impliquen un aumento o una reducción de los precios ofertados al momento de la licitación.» (Causa «Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación», sent. del 31/3/99, LL 2000-C, 159). En igual sentido se pronunció la Sala IV de la mencionada Cámara de Apelaciones en la causa «Compañía Misionera de Construcciones S.A. c. Dirección Nac. de Vialidad», sent. del 27/4/1998, LL, 1999-A, 162.

76 Conf. SCBA, causa «Hormigovial S.A. v. Municipalidad de la Plata», sent. del 27/6/07, LL, Cita online: 70041774. Distinta es la situación que se presenta frente a riesgos imprevisibles y ajenos al contratista y que pueden provenir de aleas extraordinarias o económicas cuyas consecuencias perjudiciales él no está obligado a soportar en beneficio de la comunidad, sin la respectiva y pertinente compensación (ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Bs. As. 1977, t. I, p. 453).

77 Sobre las diferencias entre la contratación pública y la privada la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: «si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el «régimen jurídico» de estos dos tipos es diferente. Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público» (Fallos: 315:158; conf. Fallos: 329:809, entre otros).

78 Como destaca Comadira, si bien en el derecho civil se reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, «los fundamentos y las circunstancias que los justifican son en verdad diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil» (COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p.369). Labaudère después de señalar que manera general la responsabilidad contractual de derecho administrativo y la de derecho civil contienen numerosos puntos de acercamiento, por lo que la jurisprudencia administrativa aplica los principios inscriptos en el Código Civil y en algunos casos cita pura y simplemente los artículos de dicho cuerpo legal, explica que median divergencias entre ambos derechos, pues la teoría de la responsabilidad contractual del derecho administrativo presenta una originalidad como es la responsabilidad sin falta de la Administración derivada del ejercicio lícito de sus poderes de intervención durante la ejecución del contrato (LABAUDÈRE, André De, *Traité Theorique et pratique*, Librairie Générale de Droit et jurisprudente R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, ps. 67/70).

79 Conf., CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. I, p.397.

80 ARTICULO 3º de la LRE: «Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

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;

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

81 ARTICULO 4º de la LRE: «Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

al daño resarcible, la imputabilidad material, la causalidad y el factor de atribución⁸².

Ello no obstante, entendemos relevante efectuar algunas precisiones acerca del recaudo concerniente al factor de atribución debido a las singularidades que presenta en esta materia.

De acuerdo a la regulación efectuada de los factores de atribución⁸³ en los arts. 3 (falta de servicio)⁸⁴ y 4 (sacrificio especial)⁸⁵ de la LRE, la responsabilidad contractual del Estado puede suscitarse en los siguientes supuestos: a) cuando media una falta de servicio contractual y b) cuando el contratista sufre un sacrificio o daño especial que no está obligado a soportar⁸⁶.

El primero de los factores de atribución mencionados da lugar a la responsabilidad contractual por actividad ilegítima del Estado, pues deriva de una actuación estatal contraria a derecho, consistente en la violación de una obligación preexistente y el segundo a la responsabilidad estatal por su actuación legítima, ya que presupone la existencia de un comportamiento del Estado conforme a derecho, producto de sus poderes de intervención en el contrato, fundado en razones de interés público⁸⁷.

Seguidamente los examinaremos.

5.1 Responsabilidad por falta: el incumplimiento

Usamos la expresión falta contractual tomando como punto de referencia la terminología acuñada por la doctrina y la jurisprudencia argentina⁸⁸ y el inc. d) del art. 3 de la LRE para referirse al título de atribución de la responsabilidad del Estado, en materia extracontractual por actividad ilegítima, como es la falta de servicio.

La falta contractual exterioriza un comportamiento estatal anómalo y que infringe el ordenamiento jurídico, pero que a diferencia de la falta de servicio extracontractual, tiene lugar por la inejecución estatal de un deber impuesto por una obligación preexistente⁸⁹, que se traduce en la insatisfacción de la prestación debida al contratista.

La responsabilidad contractual por falta es, entonces, la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios *Lex contractus* y de la fuerza obligatoria del contrato, expresamente receptados en la codificación civil (art. 1197) y plenamente imperantes en la contratación pública⁹⁰. De tal modo, falta contractual es

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.»

82 Ver: PERRINO, Pablo Esteban, «La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos», *EDA* del 31/3/15 y .

83 Por factor de atribución se entiende el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Depalma, Bs. As., 1993, p.193 y COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., «Fundamentos de la responsabilidad Civil: culpa y riesgo», AA.VV *Derecho de Daños*, La Rocca, Bs. As., 1989, p. 57. Para Hutchinson «los criterios normativos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública son el principio de la reciprocidad de las prestaciones y el de la buena fe, los cuales también informan el régimen jurídico de la responsabilidad contractual del Derecho común, pero en el Derecho público adquieren una especial importancia en atención a la posición institucional de los entes públicos en los contratos administrativos y a las especiales características de estos negocios jurídicos bilaterales». Agrega este autor que «dichos criterios comprenden todas las modalidades de responsabilidad de los entes públicos derivada de la lesión de los derechos e intereses del contratista, no sólo la resultante de actividades legítimas sino también de las actividades ilegítimas» (HUTCHINSON, Tomás, «Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado», obra colectiva *La contratación pública*, dirigida por Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Bs. As., 2006, t. 2, p. 954).

84 Ver: PERRINO, Pablo Esteban, «La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos», *EDA* del 31/3/15; «Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos», LL, del 18/06/2014 y «La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944», *Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley*, n° 12, p.31 y ss.

85 PERRINO, Pablo E., «Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos», LL, del 18/06/2014 y «La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944», *Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley*, n° 12, p.31 y ss.

86 En igual sentido ver: ROSATTI, Horacio y ZINGARETTI, Gisela (colaboradora), «Análisis exegético de la ley 26.944» obra colectiva *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti director, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 597, ps. 623/627.

87 PERRINO, Pablo Esteban, «La responsabilidad contractual del Estado», LL, 2012-F, 1286.

88 CASSAGNE, Juan Carlos, «Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración», LL, 2005-D, 1268 y PERRINO, Pablo E., «Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita», obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

89 En este sentido escribe López Herrera: «El incumplimiento es una especie dentro del género de la antijuridicidad sólo que denominamos incumplimiento a aquella antijuridicidad que se manifiesta cuando se viola un deber impuesto por una obligación preexistente. Cuando estamos en el campo de la responsabilidad contractual, la antijuridicidad ya no puede llamarse incumplimiento porque no hay obligación previa (hay claramente un *deber*, que no es lo mismo), sin embargo su naturaleza es la misma.» (LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit. p.101).

90 Como se ha señalado : «La doctrina está acorde en aceptar que en el régimen contractual administrativo el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes -es decir, la administración pública y el cocontratante

sinónimo de incumplimiento del contrato⁹¹, lo cual puede suscitarse ya sea por la inexecución total o absoluta de la prestación comprometida, como por su cumplimiento defectuoso (parcial, inexacto o tardío) al no ajustarse por completo al programa o proyecto de prestación comprometido⁹².

En tal sentido escribe Hutchinson: «Existe incumplimiento cuando de cualquier modo se contraviene el deber de prestación derivado del contrato: *incumplimiento total: cumplimiento tardío; y cumplimiento defectuoso*. El primero no requiere mayores explicaciones (no se paga: art. 725, Cód. Civil); el segundo reconduce a la teoría sobre la mora (se paga fuera de término: art. 750 y 509, Cód. Civil); y el tercero viola el principio de exactitud de la prestación, con sus requisitos de identidad de la prestación, e integridad de la prestación (art. 742 y ss., Cód. Civil)»⁹³.

Por lo demás, el incumplimiento puede provenir no sólo de la violación de las denominadas obligaciones nucleares del contrato, esto es aquellas que están directamente vinculadas al cumplimiento del objeto, sino también de los deberes secundarios o colaterales de conducta (Vgr. de información, colaboración, protección, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe⁹⁴ lo convenido (art. 1198 del Cód. Civil y art. 961 del nuevo Código Civil y Comercial)⁹⁵.

Un relevante sector de la doctrina civilista considera que para determinar si se ha producido

la situación de inexecución que suscite el deber de reparar del deudor, es preciso considerar si la prestación incumplida deriva de una obligación de medios o de resultado, pues ello impacta en el factor de atribución y, también para algunos, en el régimen de la carga de la prueba⁹⁶.

Así se afirma que, en las obligaciones de resultado, en virtud del compromiso asumido por el deudor (alcanzar un resultado específico, el cual es garantizado por el sujeto obligado), si no se logra el resultado convenido, se produce automáticamente la situación de incumplimiento. Por el contrario, en las obligaciones de medios o de actividad, en atención al contenido del compromiso del deudor (emplear los mejores medios posibles, actuar con la máxima prudencia y diligencia, a fin de obtener un resultado, pero sin asegurarlo), a pesar de no haberse alcanzado el resultado esperado por el acreedor, si el deudor puso todo su empeño y pericia, se considera que hay cumplimiento de la obligación convenida⁹⁷.

Con base en ello se postula que en las obligaciones de resultado el factor de atribución es objetivo y en las obligaciones de medio subjetivo (la culpa). En consecuencia, en las primeras el deudor sólo se exime de responsabilidad acreditando la configurando de una causa extraña que ha interrumpido el nexo de causalidad, como ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima⁹⁸, mientras que en las segundas el deudor se exime del deber de

particular- deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones que le otorgan una nueva dinámica, como ocurre, por ejemplo, con la inmutabilidad de los términos contractuales, que si es estricta en el derecho privado, es sólo relativa en la órbita de los contratos administrativos» (ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 373; BOTASSI, ob. cit. p.373; conf. HUTCHINSON, «Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado», cit., p. 948.). En tal sentido La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que «Aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*» (Fallos: 314: 491).

91 A modo de ejemplo de las variadas conductas estatales susceptibles de encuadrar dentro del concepto de incumplimiento mencionado se encuentran las atinentes al ejercicio ilegítimo de potestades administrativas, como ser la aplicación de una sanción contractual, o la inexecución de las obligaciones o compromisos económicos que incumben a la Administración., También no dar cumplimiento a la obligación, y consecuente derecho del contratista, de mantener el equilibrio económico del contrato constituye una falta contractual de la Administración susceptible de comprometer su responsabilidad.

92 Como dice De Cupis: «Incumplimiento quiere decir comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y, en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta o de la prestación» (DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª ed. Italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p.134).

93 HUTCHINSON, «Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado», cit. p. 948.

94 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones ha resuelto que «los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieran entender, obrando con cuidado y previsión» (CSJN, causa «Robles S.A., Vicente c. Estado nacional -Servicio Nacional de Parques Nacionales», Fallos 316:382 y LL 993-E, 402 y sus citas) y que «La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos (arts. 1071 y 1198 del Código Civil) y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho administrativo» (CSJN, causa «Produmet S.A. c/ Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/ cumplimiento de contrato», Fallos: 323:3035).

95 Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis y LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, ps. 18/20 y DIEZ-PICASSO y PONCE DE LEON, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 265.

96 Ver: TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*. cit. t. I, ps. 735/760; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit, p. 268 y ss., PICASSO, Sebastián, «Obligaciones de medios y de resultados», JA 1996-II-713; PIZARRO, Ramón D., «Daño moral contractual», JA 1986-IV-924; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., «La responsabilidad contractual objetiva», LL 1988-B-998.

97 PICASSO, Sebastián, «Obligaciones de medios y de resultados», JA 1996-II-713.

98 Sin embargo, como se ha dicho, «esto es sólo una verdad a medias, por cuanto (...) cuando el factor es objetivo, el sindicado como responsable podrá demostrar no sólo la ruptura del nexo causal, sino también la inexistencia de daño resarcible, o de antijuridicidad (mediante la acreditación de que concurre en el caso alguna causa de justificación), e incluso, que no se presenta en la especie el factor de atribución objetivo en base al cual pretende endilgársele el deber de responder (PICASSO, Sebastián, «La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios», LL, 2000-C, 991).

responder no sólo cuando demuestra la existencia caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, sino también que obró con la debida diligencia y previsión que el caso exigía⁹⁹.

Más allá de que la mencionada clasificación de las obligaciones pueda ser de aplicación en el campo de la contratación administrativa, no estimamos adecuado afirmar que cuando el Estado incumple una obligación contractual de medios el factor de atribución sea la culpa¹⁰⁰.

Al igual que ocurre con la responsabilidad estatal por falta de servicio, en la responsabilidad por falta contractual no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure¹⁰¹. La culpa o dolo no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falla del sistema o del aparato administrativo, que en el caso de la responsabilidad contractual se traduce en el incumplimiento de las obligaciones convenidas¹⁰². Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa «un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva»¹⁰³.

5.2 La responsabilidad sin falta

El segundo factor de atribución de la responsabilidad contractual del Estado, que

suscita su responsabilidad sin falta, es la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), que el contratista afectado no está obligado a soportar.

En tal supuesto el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica en los artículos de la Constitución Nacional 14 y 17, que protegen el derecho de propiedad, el 19, de que deriva la regla *alterum non laedere*, y, principalmente, el 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial¹⁰⁴ o anormal¹⁰⁵ en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar¹⁰⁶, sin la debida indemnización¹⁰⁷.

En el campo contractual se suscita la responsabilidad sin falta del Estado¹⁰⁸ en los casos de quiebra de la ecuación económica financiera del contrato provocadas por el ejercicio de la potestad modificatoria, como así también cuando la Administración extingue un contrato administrativo antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público¹⁰⁹, supuestos expresamente previstos en el art. 12, inc. a) del decreto 1023/01, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional y en el art. 121 de su Decreto reglamentario 893/2012.

99 TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit. t. I, ps. 141 y ss.

100 Contrariamente a la postura que exponemos, Saenz considera que en la responsabilidad contractual del Estado son de aplicación los factores subjetivos de atribución culpa y el dolo con arreglo a las previsiones del Código Civil (SAENZ, Jorge A., «La responsabilidad contractual en el derecho público argentino», 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 Editores y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As, 2008, ps.67 y ss.).

101 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 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, Bs. As., 1993, p. 109; MATA, Ismael, «Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía», obra colectiva *«Responsabilidad del Estado y del funcionario público»*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p.176; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 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, ps. 784 y 786; AMENABAR, María del Pilar, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., Bs. As., 2008, ps. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, «Los daños producidos por el Estado», Jus n°38, p. 63y en «Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado», Revista de derecho de daños, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss. y REIRIZ, María Graciela, «Responsabilidad del Estado» en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p.226.

102 Ver: PERRINO, Pablo E., «Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita», obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

103 Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261.

104 Fallos: 180:107; 293:617; Fallos 310:943; 316:397; 319:2658, entre otros.

105 Fallos: 330:2464.

106 Fallos: 315:1026; ver: COVIELLO, Pedro, JJ., «El caso «Columbia»: nuevas precisiones acerca de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales formativos», Rev. de Der. Adm. nros. 9 a 11, p. 139 y ss.

107 Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «Cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general- esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito» (Fallos: 318: 385).

108 Los daños que pueden ocasionarse a un contratista por hechos del príncipe son causados por el Estado en una calidad distinta a la de contratante. Por tal motivo, se considera que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 469; conf. BENOIT, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p.783).

109 Si bien el ejercicio de la potestad modificatoria del contrato, prevista expresamente en el art. 12, incisos a) y b) del decreto 1023/01, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, es susceptible de afectar la ecuación económica-financiera del contrato, su recomposición suele tener lugar mediante un incremento del precio contractual, «sin que reconozca naturaleza resarcitoria» (BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t. 3, Abaco, Bs. As., 1988, p.1076).

Las conductas estatales de carácter general, imprevisibles y ajenas a la voluntad del contratista, que provocan desequilibrios anormales en la ecuación contractual, encuadrables en la compleja noción de hecho del príncipe, para un amplio sector de la doctrina, en tanto, no constituyen una actuación contractual (son una alea administrativa exógena al contrato), suscita un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado¹¹⁰. Sin embargo, hay quienes opinan, no sin fundamento, que se trata de un caso más de responsabilidad de carácter contractual¹¹¹, puesto que la obligación del Estado de indemnizar es una consecuencia de un deber de naturaleza contractual de mantener el equilibrio de la ecuación económica financiera.

Con excepción de los casos de aleas económicas anormales, imprevisibles y ajenas a las partes, que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión¹¹², en los cuales el hecho o acontecimiento perturbador de la ecuación económica es ajeno o extraño a las partes, por lo

que no se verifica el requisito de la imputabilidad de material entre la conducta estatal y el daño provocado- los supuestos de alteración de la economía del contrato causados por el ejercicio de la prerrogativa modificatoria¹¹³ y por hechos del príncipe¹¹⁴, como así también de extinción anticipada del contrato por una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público¹¹⁵, suscitan la responsabilidad legítima del Estado, cuya regulación en su faz extracontractual se efectúa en los arts. 4¹¹⁶ y 5¹¹⁷ de la LRE.

6. El alcance de la indemnización

En los supuestos de incumplimientos contractuales (falta contractual) que no estén sujetos a una regulación específica la regla es la indemnización integral¹¹⁸. Puesto que la LRE no contiene ninguna previsión al respecto cabe aplicar las disposiciones de la legislación civil por vía de la analogía.

110 ARIÑO ORTIZ, Gaspar *Teoría del equivalente económico*, cit. p. 263; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, ps. 468/469; MATA, Ismael, «El riesgo en los contratos administrativos», Revista RAP n 320, número especial «Infraestructura y construcción: problemas de actualidad», p. 144.

111 RODRÍGUEZ, Libardo R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed. Temis, Bogotá 2012, ps. 32/37.

112 CSJN causas: S. 152. XXXII, «Sociedad Anónima Azucarera Argentina Comercial e Industrial c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento», sent. del 10/12/1997 y Fallos: 320:113 y 319: 2666.

113 BERÇAITZ, Miguel Angel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As. 1980, ps. 405 y ss.

114 Si bien los daños que pueden ocasionarse a un contratista por hechos del príncipe son causados por el Estado en una calidad distinta a la de contratante, no creemos que por dicha circunstancia se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual, pues el derecho del contratista a ser indemnizado tiene su fuente en la obligación contractual del Estado de mantener y restablecer la ecuación económica (conf. RODRÍGUEZ, Libardo, ob. cit. p. 96). En un sentido diverso y postulando la existencia de un supuesto de responsabilidad extrancontractual se han pronunciado: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, ps. 267/268; BENOIT, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p.783 y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 468 y STORTONI, Gabriela A., «El hecho del príncipe y su impacto en los contratos administrativos», AA.VV, *Contratos administrativos*, Ediciones AP, Bs. As., 2000, ps. 363/373).

115 Según el tipo de contrato dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el rescate, cuyo ámbito de actuación, tradicionalmente, se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública, no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, t. III-A, p.575; PRITZ, Osvaldo A. F., «El rescate», obra colectiva *Los servicios públicos*, coordinada por Marta González de Aguirre, Depalma, Bs. As., 1994, p. 181 y ss y en *Contratos administrativos*, AA.VV, RAP, Bs. As., 2000, ps.287/306).

116 El art. 4 dispone: «Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

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».

117 El art. 5 establece: «La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional.

En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La 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.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización».

118 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, en una causa en la que se demandaba una reparación por las lesiones corporales que sufriera un conscripto mientras prestaba el servicio militar obligatorio, que «es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º; entre otros)». Sobre esa base el alto tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 76, inc. 3º, ap. c, de la ley 19.101 que establece un régimen especial indemnizatorio para los conscriptos por no contemplar una reparación integral del daño (Fallos: 335:2333).

En cambio, en los casos de responsabilidad del Estado originada por su actuación legítima¹¹⁹ y que no cuenten con una regulación específica, será de aplicación el art. 5 de LRE que excluye la indemnización del lucro cesante y acota el resarcimiento al «valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. El criterio plasmado en el citado precepto es coincidente con el consagrado en el art. 12, inc. b),

2º párrafo, del decreto delegado 1023/01, en el cual, al regularse las facultades de la Administración Pública en materia contractual se determina: «La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante»¹²⁰.

Conforme lo hemos sostenido¹²¹, la exclusión de la indemnización del lucro cesante establecida como regla en el art. 5 de la LRE es inconstitucional¹²² y contraría la jurisprudencia de la Corte Suprema de

119 No media consenso en la doctrina argentina acerca del alcance de la indemnización en los supuestos responsabilidad estatal derivados de alteraciones del equilibrio económico contractual provocado por el hecho del príncipe, del ejercicio de la potestad modificatoria y fundamentalmente, de extinción anticipada del vínculo contractual por razones de interés público, cuestión esta última sobre la cual se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en más de una ocasión. Así respecto de los daños causados por hechos del príncipe se han expedido en favor de una indemnización que, como principio, comprenda el daño emergente y también el lucro cesante: Comadira, Escola, Herrera de Villavicencio, Druetta y Guglielminetti (conf. Comadira, Julio R., Escola, Hector Jorge, y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, t. I, p. 910 y Herrera de Villavicencio, Blanca A., Hecho del príncipe y teoría de la imprevisión», obra colectiva *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Ediciones RAP, Bs. As., 2014, ps.327/337 y Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley de obras públicas. Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, ps. 304/305) y rechazando el resarcimiento del lucro cesante: MARIENHOFF y BALBÍN (MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. T. III-A, ps. 490/491) y BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, T. IV, ps. 624/625). A su vez, con relación al supuesto de ejercicio de la potestad modificatoria a juicio de Berçaitz debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante (BERÇAITZ Miguel Angel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As. 1980, ps. 412/413). Sin embargo, como advierte Barra, en tales casos cuando se afecta la ecuación económica-financiera del contrato, su recomposición suele tener lugar mediante un incremento del precio contractual, «sin que reconozca naturaleza resarcitoria» (BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, Abaco, Bs. As., 1988, t. 3, p.1076). Por su parte para el caso de extinción anticipada del contrato postulan una indemnización comprensiva del daño emergente y el lucro cesante: Miguel A. BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1980, ps. 502/503; Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. t. II, ps. 483/491; Guido Santiago TAWIL, «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», AA.VV, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, ps. 239 y ss.; Rodolfo C. Barra, «Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos», ED 122-861; Alberto B. BIANCHI, «Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado», E.D., 111-550 y «Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa», Revista de Administración Pública, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 9; Máximo FONROUGE, «La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad», AAVV. *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, p. 554; Osvaldo Angel F. PRITZ, «El rescate», AAVV. *Contratos Administrativos*, antes cit. p. 243 y ss.; MAIRAL, Héctor A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», ED, 179-655; Oscar R. AGUILAR VALDEZ, «Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», AAVV *Servicio Público y Policía*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, p.187 y ss.; Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, p131 y ss.; Carlos A. Botassi, *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, p.92; Mónica BUJ MONTERO, «Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral», AAVV *Contratos administrativos*, dirigida por Ismael Farrando, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss.; Perrino, Pablo Esteban, «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado». AA.VV *La contratación pública*, Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Bs. As. 2007, p. 1109. En cambio, rechazan el pago de la compensación del lucro cesante: Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, t. IV, p. ps. 130132; «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado», ED 114-949; «Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado»; Tomás HUTCHINSON, «La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», AAVV. *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, p. 535 y ss. Julio R. COMADIRA, «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado», ED, supl. de Der. Adm., serie especial del 31/10/2002; «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima», Documentación Administrativa, Madrid, INAP, nº 237-238, p.297 y ss.; «Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación», AA.VV. *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por Juan Carlos Cassagne, p. 461 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, ps. 358/381; 38/416; «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público», AA.VV, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado, RAP nº 326, p. 559.

120 La misma solución se establece en el art. 121 del Decreto 893/2012, reglamentario del Decreto delegado 1023/2001 que aprueba el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional.

121 PERRINO, Pablo E., «Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos», LL, 2014-C, 1078; «La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944», Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley, nº 12, p.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», obra colectiva *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p.249 y ss.

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

Justicia de la Nación¹²³. De los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que

la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser «justa»¹²⁴, lo cual implica que no debe

El legislador ha incurrido, así, en una doble generalización: primero subsume las dos situaciones descriptas en una sola y luego extiende a su respecto la regla de la expropiación que niega la compensación del lucro cesante, pese a la notoria diferencia que constituye la ausencia de una ley declaratoria de la utilidad pública. Con ello pone en cabeza del funcionario administrativo el enorme poder discrecional de privar al contratante de la ganancia que esperaba legítimamente obtener.» (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 26/11/14).

- 123 La posición favorable al reconocimiento de indemnizar el lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos ha sido receptada, en varios pronunciamientos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primero de los fallos indicados se dictó el 20/9/73 en la causa «Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos» (Fallos: 286:333). Nuevamente el máximo tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el caso «Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. v. Dirección Nacional de Vialidad» (Fallos: 306:1409), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte -si bien por mayoría- admitió la reparación del lucro cesante. Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación veintinueve años más tarde al sentenciar el 28/7/05 la causa «El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional» (Fallos: 328:2654). El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 del decreto-ley 19549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar «que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación», afirmó, con cita del fallo recaído in re «Eduardo Sánchez Granel», que «no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)».

Cuatro más tarde, el 9 de junio de 2009 in re «Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional – P.E.N. – Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios» (Fallos: 332:1367), el alto tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1583/96 por el cual se había derogado el decreto 520/95 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz.

Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del decreto 1583/96 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia.

A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz S.A. demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/96, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del estado por su actividad lícita.

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

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

A su vez, en la causa «Malma Trading S.R.L. c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento», fallada el 15/5/14 (LL, 2014-C, 263), la Corte Suprema de Justicia si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora.

- 124 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de «justa» indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CSJN «Benítez, Fructuoso y otra c/ Dirección Nacional de Vialidad», Fallos: 317:377 y «Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montelpare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación», Fallos 326 :329). El concepto de justa indemnización es empleado en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 21, inc. 2 y 63, inc. 1º**. El primero de ellos al regular el derecho de propiedad establece: 2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.* A su vez en el inciso 1º del art. 63 se dispone que cuando la Corte Interamericana decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, «dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» y también, «si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada». La expresión «justa indemnización» empleada en el art. 63, inc. 2º del Pacto de San José comprende tanto a los perjuicios materiales, lo incluye el daño emergente y el lucro cesante, como a los inmateriales (Ver GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y BENAVIDEZ HERNÁNDEZ, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2014, p. 45 y ss.).

acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado¹²⁵, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa¹²⁶. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros¹²⁷ cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional¹²⁸.

Es que, como bien se ha escrito, «desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciatario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado –inversión particularizada– sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien sino que lo relevante está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios. Recuérdese que de nada vale un activo concesional si se ha privado a su titular del derecho a explotarlo¹²⁹ y que cuando éste ofertó por la

concesión lo hizo teniendo en consideración no el valor de los activos transferidos sino el flujo de fondos que dicha concesión en operación podía generar por medio de una gestión eficiente»¹³⁰. En igual línea de pensamiento dice Cassagne al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público «la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, «tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones»¹³¹.

Por lo demás, la posibilidad de que el Estado por razones interés público pueda llegar a extinguir un contrato en cualquier momento –en particular aquellos por los cuales se viabilizan proyectos de infraestructura pública¹³²– y que sólo indemnice al contratista el daño emergente irrogado, más allá de los reparos constitucionales mencionados, constituye un serio riesgo contractual de muy difícil ponderación que puede llegar a tornar inviable la contratación o encarecerla innecesariamente¹³³. ■

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

126 Conf. TAWIL, «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», antes cit. p. 245 y PERRINO, Pablo E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público», AA.VV. *La contratación pública*, Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique directores, Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, p. 1119 y ss.; «La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante», JA 11/11/2009 y «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008, p. 239 y ss.

127 Es que, como alguna vez expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en una causa en la que se demandó al Estado Nacional a raíz de la expropiación de un ramal de una línea férrea, «un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas o condiciones normales y por las perspectivas que ofrece; elementos constitutivos de lo que se llama «el negocio en marcha» (Causa «F.F.C.C. Entre Ríos v Gobierno de la Nación», sent. del 28/12/36, Fallos: 176:363).

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

129 FONROUGE, «Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público», en *Contratos Administrativos*, ob. cit; pág. 557.

130 AGUILAR VALDÉZ, «Caducidad, rescisión y recate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», cit., p. 218.

131 CASSAGNE, *Curso de Derecho administrativo*, 10 ed., La Ley, Bs. As., 2011, T. II, p. 488. Esta es la solución que impera en el derecho español. En el art. 288, incs. 1 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se dispone que en el supuesto de rescate del servicio, además de abonarse al contratista «el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión», «la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización». También en Francia cuando la Administración resuelve unilateralmente un contrato por razones de interés general debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (conf. LAUBADERE, André de - MODERNE, Frank - DELVOLLE, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, 2eme. edition, LGDJ, 1984, pág. 734 et. seq.; RICHER, Laurent, *Manuel Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, ps. 188/189).

132 Piénsese que este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de: a) los largos períodos de maduración y vida útil de los proyectos, tanto por la extensión del plazo de construcción como por la vida útil del activo subyacente que es creado; b) es usual que se comprometa una alta proporción de los costos totales del proyecto desde el inicio. Las infraestructuras implican «costes hundidos» elevados y, además, los activos o bien no son trasladables en absoluto o lo son con un coste muy alto c) los proyectos de infraestructuras proporcionan servicios que son muy relevantes para el bienestar de la sociedad, por lo que existe una importante sensibilidad política; y d) los períodos de gestación y de repago son prolongados

133 Existe una regla de oro en lo que concierne a la relación que existe entre el riesgo y el costo total del contrato, que indica que: cuanto menor sea el riesgo, menor será el costo del contrato y viceversa; cuando mayor sea el riesgo, mayor será el costo.