

La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

PABLO ESTEBAN PERRINO



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 europeos⁽¹⁾ como latinoamericanos,⁽²⁾ cuyo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado era de origen esencialmente jurisprudencial.⁽³⁾

(1) V. gr. Francia (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, FRANCOISE, "La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia", en AAVV, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1995, p. 969 y ss.) Italia. (CLARICH, MARCELLO, "La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes", en AAVV, *Propiedad, expropiación...*, op. cit., p. 1005 y ss.) y Alemania (OSSENBUHL, FRITZ, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en AAVV, *Propiedad, expropiación...*, op. cit., p. 931 y ss.).

(2) V. gr. Colombia (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*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2003, p. 7 y ss.).

(3) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 83 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 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*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2001, p. 49 y ss., y PERRINO, PABLO E., *La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino*, *RAP* n° 237, pp. 9/14.

No obstante la Constitución Nacional argentina carece de disposiciones específicas que consagren expresamente la responsabilidad estatal,⁽⁴⁾ como ocurre en España,⁽⁵⁾ Brasil,⁽⁶⁾ Colombia,⁽⁷⁾ México,⁽⁸⁾ Venezuela,⁽⁹⁾ Uruguay,⁽¹⁰⁾ Chile⁽¹¹⁾ y Perú —esta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial⁽¹²⁾—, 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 derecho,⁽¹³⁾ tiene fundamento constitucional.⁽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 solo prevén la responsabilidad de los funcionarios (v. gr. arts. 56 Constitución de la CABA; 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, párr. 2), 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, párr. 6), Tierra del Fuego (art. 40) y CABA (art. 13, inc. 10).

(5) Art. 106.2 de la Constitución Española.

(6) Art. 37, parag. 6°, de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

(7) Art. 90 de la Constitución Política de 1991.

(8) Art. 113, párr. 2, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

(9) Art. 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(10) Art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

(11) Art. 38, párr. 2, de la Constitución Política de la República de Chile.

(12) Art. 139, inc. 7, de la Constitución Política del Perú.

(13) El Estado de derecho presupone no solo 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 (DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1971; DURÁN MARTINEZ, AUGUSTO, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2012, p. 612, quien categóricamente sostiene: "Allí donde no hay responsabilidad del Estado no hay Estado de Derecho"; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, t. I, p. 221 y ss. y REBOLLO, LUIS M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Santander, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, 1993, p. 20).

(14) Marienhoff 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, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 41 y ss; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1976, t. II, p. 718/721; COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo*.

Y así fue que con apoyo, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17);⁽¹⁵⁾ el art. 16, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas;⁽¹⁶⁾ el art. 19, en el cual halló fundamento constitucional el 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 se 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 analógica.⁽¹⁸⁾

Pero esta situación ha cambiado en el ámbito nacional debido a la aprobación de la ley 26.944 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos (en adelante, LRE).⁽¹⁹⁾

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) 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 (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 397 y "El fundamento constitucional...", op. cit.).

(17) Fallos: 308:1118; 320:1996; 325:11; 327:857 y 327:3753; 331:1488, 335:2333, entre otros.

(18) La CSJN 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 invocado la aplicación subsidiaria de dicho cuerpo normativo (Fallos: 329:759).

(19) BO, 08/08/2014.

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 derecho⁽²⁰⁾ 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 Nación;⁽²¹⁾ acotan irrazonablemente el alcance del deber de responder estatal;⁽²²⁾ y conspiran con la finalidad principal de la responsabilidad que no es otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas.⁽²³⁾

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 estatal,⁽²⁴⁾ y paralelamente generar una inadmisibles protección para

(20) En contra: USLENGHI, ALEJANDRO, "La responsabilidad del Estado por omisión", *RAP* n° 437, p. 169 y ss.

(21) 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).

(22) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", *LL*, 2014-E, 659, BIANCHI, ALBERTO B. "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, p. 195 y ss. y ABERASTURY, PEDRO, "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado", *ADLA* 2014-25, 18). 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...*, op. cit., t. I, cap. XIX-6/8).

(23) Además de operar como instrumento de garantía patrimonial la responsabilidad estatal cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (art. 1710 CCyC y TAWIL, GUIDO S., "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", *LL*, del 21/10/2015; REBOLLO, LUIS M., "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", en AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 21 y DONÉNECH PASCUAL, GABRIEL, "El principio de responsabilidad de los poderes públicos", J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 663).

(24) 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 Estado que no se condicen con los postulados del moderno Estado de derecho, cuyo dato característico es la

... concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a los límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana,⁽²⁵⁾ de la cual derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse.⁽²⁶⁾

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 solo la falta de servicio y el sacrificio especial, despiertan un sinnúmero de relevantes interrogantes que necesariamente deberán ser resueltos a través del casuismo judicial mediante la prudente interpretación de los tribunales que haga realidad el mandato constitucional de "afianzar la justicia".

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 Congreso⁽²⁷⁾ y del art. 1764 del CCyC,⁽²⁸⁾ la LRE fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador

el derecho de propiedad" (SOTO KLOSS, EDUARDO, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, S. R. Castaño y E. S. Kloss eds., Santiago de Chile, 2005, p. 461).

(25) Como lo ha expresado la CSJN: "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.

(26) DELPIAZZO, CARLOS E., "Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho", J. Rodríguez-Arana Muñoz, J. Fernández Ruiz, L. J. Bejar Rivera y M. del C. Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Universidad Panamericana y Espress, México, 2014, t. I, p. 189 y ss.

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

(28) Aprobado por la ley 26.994 (BO 08/10/2014).

federal⁽²⁹⁾ y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 CN,⁽³⁰⁾ razón por la cual no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 CN). Como consecuencia de la mencionada naturaleza federal de la LRE, solo 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 municipios.⁽³¹⁾

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 extrapoderes⁽³²⁾ (v. gr. Ministerio Público).

Por tanto, todos los órganos del Estado nacional están alcanzados por la LRE. Así se desprende claramente, de los arts. 1° y 3°, incs. b y c 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

(29) USLENGHI, ALEJANDRO, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, 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* n° 437, p. 113 y ss. y PADULO, ADRIANA M. y PERRINO, PABLO E., “La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, ¿es una ley local o federal?”, *EDA*, 13/17/2015.

(30) El art. 75, inc. 12, CN 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 bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

(31) Concorde con lo dicho, en el art. 11 LRE se invita a las provincias y a la CABA 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 CABA (arts. 121, 122 y 129 CN).

(32) CANDA, FABIÁN, “Los órganos extrapoderes”, AA.VV., *Organización administrativa, función pública y Dominio público*, Bs. As., Rap, 2005, p. 839.

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⁾

Estimamos que tampoco corresponde extender la aplicación de la LRE a las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcial, pues se rigen directamente por las disposiciones del derecho privado.⁽³⁴⁾ Varias son las razones que nos conducen a efectuar dicha afirmación.

En primer lugar, porque se trata de personas jurídicas privadas que no integran la Administración pública⁽³⁵⁾ y cuya condición jurídica no puede

(33) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 199.

(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 mermados sus derechos y facultades como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo”, USLENGHI, ALEJANDRO J., “La responsabilidad...”, op. cit.

(35) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. 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” (*ibid.*, pp. 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’

razonablemente verse modificada por el solo 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 mayoritario, 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 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del decreto 1023/2001 y sus modificatorios —Régimen de Contrataciones del Estado—, de la Ley 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni —en general— las normas o principios de derecho administrativo.⁽³⁸⁾

En segundo lugar, como regla, los vínculos jurídicos que mantienen estos sujetos con terceros están regidos por el derecho privado.⁽³⁹⁾ Cuando se trata de relaciones de consumo entre un prestador o proveedor y usuarios o consumidores, se aplican las disposiciones de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificaciones, y los arts. 1092 a 1095 CCyC, en los cuales

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; CARBAJALES, JUAN JOSÉ y DATES, LUIS E. (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, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 330; en igual sentido DURAND, JULIO C., “Participación de la ANSeS...”, *op. cit.*). El art. 149 CCyC 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, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 330.

(38) Correo Oficial de la República Argentina S.A. (art. 13 decreto 721/2004); Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (art. 3 ley 26.092); Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (art. 11 decreto 304/2006 ratificado por ley 26.100). Ver también art. 15 ley 26.741 por la cual se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF S.A.

(39) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 335.

se establece un régimen de responsabilidad objetiva tuitivo de los usuarios y consumidores, en consonancia con lo dispuesto en el art. 42 CN:⁽⁴⁰⁾

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 YPF SA 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 SA en el marco del contrato de transporte quedarían sujetos a la LRE, mientras que los que podrían sufrir los de sus competidoras estarían regulados por las disposiciones de la normativa aeronáutica. Si un vehículo de las empresas estatales Aguas y Saneamientos Argentinos SA (AySA) o Correo Oficial de la República Argentina SA (CORASA) fuera el responsable de un accidente en la vía pública se le aplicaría la LRE, mientras que a otras empresas prestadoras de iguales servicios públicos en las cuales el Estado no fuera accionista estarían sujetas 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 está 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 riesgosas,⁽⁴¹⁾ o la violación de la confianza legítima,⁽⁴²⁾ etc.

(40) ALTERINI, ATILIO A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", LL 2008-B, 1239 y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. 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", AAW, *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, RAP, Bs. As., 2014, p. 75.

(41) PERRINO, PABLO E. "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas, AAW, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Bs. As., 2005, p. 503 y ss., y "La responsabilidad por riesgo creado del Estado, AAW, *Estudios de derecho administrativo X*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2004.

(42) COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis AbeledoPerrot, Bs. As., 2004, p. 438 y ss.

Si bien la LRE regula básicamente la responsabilidad extracontractual del Estado, sus disposiciones son también de aplicación a los daños provocados en el ámbito contractual.⁽⁴³⁾ Así se desprende del art. 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”.

(43) La mayoría de la doctrina argentina considera que la responsabilidad contractual se configura por la violación de un deber jurídico preexistente y específico (obligación) cualquiera que sea su fuente (v. gr. el contrato o la ley), mientras que la responsabilidad extracontractual es la que se produce por la contravención de un deber preexistente genérico de no dañar la prójimo, e indeterminado en tanto recae sobre la generalidad de las personas. (LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Bs. As., 2006, ps. 77 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 5ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1987, p. 71 y ss.; MAYO, JORGE A. y PREVOT, JUAN MANUEL, *Responsabilidad contractual*, La Ley, Bs. As., 2007, p. 71 y ss.; PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Bs. As., 2013, t. 1, p. 79 y ss.; PICASSO, SEBASTIÁN, en A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* 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”, en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944...*, op. cit., p. 395 y ss.). El Código Civil, 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 CC en el cual se disponía que las normas sobre los hechos ilícitos eran inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneraran en delitos del derecho criminal. Las diferencias más relevantes en el régimen jurídico de ambos tipos de responsabilidad allí consagradas eran las siguientes: 1) al plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, 2 años en la extracontractual y 10 en la contractual; 2) la extensión del resarcimiento, menor en la responsabilidad contractual y 3) la mancomunación entre los corresponsables o coautores de un hecho ilícito, los cuales son solidariamente responsables frente al damnificado en la responsabilidad extracontractual y, en principio, simplemente mancomunada en el ámbito contractual, pudiendo llegar a ser solidaria solo si resulta sin lugar a dudas del título de constitutivo de la obligación o de una disposición legal, como ocurre en materia de defensa del consumidor (TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Bs. As., 2008, t. II, p. 23 y ss.). El 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, el art. 1706 CCyC dispone que “cualquiera que sea la fuente del deber de reparar (la violación del deber general de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación) el deber de resarcir se rige, en principio, por las mismas reglas. En consecuencia, las normas del capítulo referido al derecho de daños se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual”. (CALVO COSTA, C. A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, La Ley, Bs. As., 2015, t. II, comentario al art. 1740; 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).

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 infra-legales, 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”.⁽⁴⁴⁾

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 solo 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 estatal,⁽⁴⁵⁾ en las atinentes a ciertos contratos administrativos,⁽⁴⁶⁾ como así también en los pliegos de bases y condiciones y demás documentos contractuales.⁽⁴⁷⁾ En consecuencia, ante dicha carencia normativa y en virtud de lo dispuesto en el art. 10 LRE, serán de aplicación en este ámbito —en forma supletoria— las previsiones de la LRE.⁽⁴⁸⁾

(44) MAIRAL, HÉCTOR A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, *ED* 26/11/2014.

(45) Arts. 12, inc. a, decreto 1023/2001 y art. 121 de su decreto reglamentario 893/2012.

(46) Por ejemplo en los arts. 33, 34, 39 de la Ley 13.064 de Obras Públicas.

(47) La CSJN 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).

(48) 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 LRE. Entiende distinta 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...”, *op. cit.*, p. 395 y ss.).

Sin embargo, debido a la laxitud de las regulaciones contenidas en la LRE, en más de una ocasión será imprescindible acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil y comercial.

Al respecto es conveniente recordar que el derecho administrativo no tiene una existencia aislada e independiente, sino que constituye una parte del ordenamiento jurídico y mantiene con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como acontece con el derecho constitucional; o bien relaciones de contacto e interferencia, como es el caso de sus vínculos con la legislación civil y comercial,⁽⁴⁹⁾ en la cual se regulan institutos jurídicos cuyo ámbito de aplicación se proyectan a todas las ramas del derecho.

En este sentido, enseña Marienhoff 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 el derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el derecho civil:

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.⁽⁵⁰⁾

Además, como explica Gordillo, hay disposiciones del derecho administrativo que están en el Código Civil (por ejemplo bienes del dominio público, limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.), las cuales “no son de derecho civil y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas”.⁽⁵¹⁾

En consecuencia, más allá de lo establecido en el 3º párrafo del art. 1º LRE —que con una redacción muy enfática establece que no se puede aplicar de manera directa ni subsidiaria la legislación civil— y el art. 1764 CCyC, siempre será posible acudir a la legislación civil para cubrir las innumerables

(49) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 84.

(50) MARIENHOFF, MIGUEL S. T., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. actualizada, AbeledoPerrot, Bs. As., 1995, t. I, pp. 287, pp. 182/183.

(51) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., t. I, cap. VIII, p. 2.

lagunas que presenta LRE en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho⁽⁵²⁾ (v. gr. el principio de la buena fe receptado, entre otros, en los arts. 9º, 729, 961 y 991 CCyC) u otras soluciones consagradas en la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica,⁽⁵³⁾ lo cual es algo diverso a la subsidiariedad.⁽⁵⁴⁾

La aplicación por vía de la técnica de la analogía⁽⁵⁵⁾ de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo —tarea que conlleva muchas veces la adaptación⁽⁵⁶⁾ de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público⁽⁵⁷⁾— ha

(52) Como dice Bielsa, “se trata de preceptos fundados en principios comunes al derecho privado y al derecho público, pero que han tenido concreción positiva muchos antes en el derecho civil que en el derecho administrativo (BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., La Ley, Bs. As., 1964, t. I, p. 159).

(53) SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., “La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (Algunas consideraciones exegéticas preliminares)”, *Rev. de der. Adm.*, n° 97, p. 67 y PARELLADA, CARLOS A., “Responsabilidad del Estado por hechos dañosos de sus agentes, cometidos con el arma reglamentaria”, *LL* 2014-E, 394. A juicio de Cicero la “pretensión de autosuficiencia que contiene la LRE solo podría alcanzar a cuestiones que han sido objeto de una regulación específica por aquélla, pero nunca a otras que, aun estando contenidas en el Código Civil, resultan principios generales del derecho o categorías jurídicas que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, cualquiera sea su especificidad”. A su entender, “no es sino al Código Civil adonde deberá recurrirse para definir institutos tales como el caso fortuito o la fuerza mayor, el cómputo de los plazos, el concepto de daño emergente o lucro cesante, etc., máxime cuando la LRE nada dice sobre el alcance y extensión del resarcimiento en el campo de la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima” CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones...”, *op. cit.*, p. 35).

(54) CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El fundamento constitucional...”, *op. cit.*

(55) La aplicación analógica es admitida expresamente en la nota de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto de la LRE al Congreso nacional. Allí se expresa: “La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que este 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)”.

(56) 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...*, *op. cit.*, t. I, cap. VIII, p. 3; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, *AAV, El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss.).

(57) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, *op. cit.*, p. 224 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 95 y ss.

sido postulada por la tradicional iusadministrativa.⁽⁵⁸⁾ Así, Marienhoff⁽⁵⁹⁾ y Casagane⁽⁶⁰⁾ 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 administrativo,⁽⁶¹⁾ contratos administrativos⁽⁶²⁾ y con relación a la responsabilidad del Estado.⁽⁶³⁾ Ello no obstante y exhibiendo un criterio dispar en muchos otros casos lo ha hecho por vía de subsidiariedad⁽⁶⁴⁾ y no por analogía.

La diferencia entre supletoriedad o subsidiariedad normativa y analogía, no siempre debidamente comprendida, radica en que la primera de las 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 solo 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”.⁽⁶⁵⁾ En la

(58) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., pp. 287/292, DIEZ, MANUEL M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1974, t. I, p. 402; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, op. cit., p. 224; COMADIRA, J. RODOLFO., y ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2012, pp. 1570/1571.

(59) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 87 y ss.

(60) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, pp. 95 y 175.

(61) Fallos: 190:142; 205:200; 241:385 (ver, en especial, disidencia de los jueces Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.

(62) Fallos: 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y causa “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, ED t. 177, p. 749, con nota de Julio R. Comadira, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”.

(63) Fallos: 300:143; 304:721; 306:1409; 308:451 y 318:1959.

(64) Fallos: 107:134; 306:2030; 307: 1942; 320: 266; 329: 759, y 330: 2748, entre otros. SAENZ, JORGE A., “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA/Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2008, p. 67 y ss.

(65) VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing, 2010, pp. 36/37.

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 este las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial”.⁽⁶⁶⁾

4. Responsabilidad contractual del Estado y ecuación económico/financiera

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en el cual la responsabilidad en materia contractual deriva siempre de un comportamiento anti-jurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional,⁽⁶⁷⁾ en el derecho público y respecto del Estado su deber de responder por los perjuicios padecidos por el contratista puede suscitarse, no solo 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 pública).⁽⁶⁸⁾

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 caso resuelto por el Consejo de Estado Francés —“Cie. General Francaise des Tramways”, 11/03/1910—, en cuyas conclusiones el Comisario de Gobierno Leon Blum 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

(66) GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1958, p. 369; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 1975, 164/165.

(67) MAYO, JORGE A. y PREVOT, JUAN MANUEL, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 31.

(68) Art. 39, Ley 13.064 de Obras Públicas. Al respecto, la CSJN 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 T. y GUGLIEMINETTI, ANA P., *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2008, pp. 288 y ss.

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.⁽⁶⁹⁾

Entonces, el concepto mismo de ecuación económica financiera, 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”,⁽⁷⁰⁾ muchos de los cuales —agregamos— son consecuencias de los riesgos y contingencias asumidos,⁽⁷¹⁾ 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 contrato.⁽⁷²⁾

Se trata de un derecho que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 CN) y, fundamentalmente, que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 CN).⁽⁷³⁾ Dichas garantías vienen a compensar el peso de

(69) LONG, MARCEAU *et. al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ª ed., Dalloz, París, 2009, p. 131 y ss.; LAUBADERE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et pratique*, Librairie Générale de Droit et jurisprudente R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

(70) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1978, t. III-A, p. 470.

(71) 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.

(72) RODRÍGUEZ, LIBARDO R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 2012, pp. 25/27, y pp. 32/37.

(73) 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 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...*, *op. cit.*, 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

las prerrogativas, inusuales 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 público.⁽⁷⁴⁾ Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos.⁽⁷⁵⁾

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 contractual,⁽⁷⁶⁾ pues este debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio.⁽⁷⁷⁾

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 (*ibid.*).

(74) 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).

(75) ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, Depalma, Bs. As., 1977, p. 453.

(76) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, "Vector Ingeniería Soc. Colectiva c/ Obras Sanitarias de la Nación", 31/03/1999. Allí se 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". (LL 2000-C, 159). En igual sentido, CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Compañía Misionera de Construcciones S.A. c/ Dirección Nac. de Vialidad", 27/04/1998, LL, 1999-A, 162.

(77) SCJ BUENOS AIRES, "Hormigovial S.A. c/ Municipalidad de la Plata", 27/06/2007. 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 J., *Tratado integral...*, op. cit., t. I, p. 453).

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 y dan lugar a diferencias con el propio de la contratación sujeta al derecho privado⁽⁷⁸⁾ en el cual el deber de responder por comportamientos válidos resulta inusual.⁽⁷⁹⁾

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 públicas.⁽⁸⁰⁾

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. 3º y 4º LRE atinentes al daño resarcible, la imputabilidad material, la causalidad y el factor de atribución.⁽⁸¹⁾

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.

(78) Sobre las diferencias entre la contratación pública y la privada, la CSJN 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; 329:809, entre otros).

(79) 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, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 369).

(80) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 397.

(81) PERRINO, PABLO E., "La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos", EDA 31/03/2015.

De acuerdo a la regulación efectuada de los factores de atribución⁽⁸²⁾ en los arts. 3° (falta de servicio)⁽⁸³⁾ y 4° (sacrificio especial)⁽⁸⁴⁾ 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 soportar.⁽⁸⁵⁾

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. El segundo da lugar 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 público.⁽⁸⁶⁾ 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 argentina⁽⁸⁷⁾ y el

(82) 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", *AAVV, 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", en J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern (dirs.) *La contratación pública*, Hammurabi, Bs. As., 2006, t. 2, p. 954).

(83) PERRINO, PABLO E., "La falta de servicio...", *op. cit.*; "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", *LL*, 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.

(84) PERRINO, PABLO E., "Responsabilidad por actividad...", *op. cit.* y "La regulación...", *op. cit.*

(85) En igual sentido ver: ROSATTI, HORACIO y ZINGARETTI, GISELA (colaboradora), "Análisis exegético de la ley 26.944", en H. Rosatti (dir.), *op. cit.*, pp. 623/627.

(86) PERRINO, PABLO E., "La responsabilidad contractual del Estado", *LL*, 2012-F, 1286.

(87) 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

inc. d del art. 3° 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 preexistente,⁽⁸⁸⁾ 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. 959 CCyC) y plenamente imperantes en la contratación pública.⁽⁸⁹⁾ De tal modo, falta contractual es sinónimo de incumplimiento del contrato,⁽⁹⁰⁾ lo cual puede suscitarse ya sea por la inejecución total

factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 59 y ss.

(88) En este sentido escribe López Herrera: “El incumplimiento es una especie dentro del género de la antijuridicidad solo 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 ...*, op. cit., p. 101).

(89) 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 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 solo relativa en la órbita de los contratos administrativos” (ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado integral...*, op. cit., p. 373; BOTASSI, *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, p. 373; HUTCHINSON, “Reflexiones acerca...”, op. cit., p. 948). En tal sentido La CSJN ha resuelto que “Aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*” (Fallos: 314: 491).

(90) 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 inejecución 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.

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 comprometido.⁽⁹¹⁾ 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).⁽⁹²⁾

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 (v. gr. de información, colaboración, protección, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe⁽⁹³⁾ lo convenido (art. 961 del Código Civil y Comercial).⁽⁹⁴⁾

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

(91) 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*, Á. Martínez Sarrión (trad.), Bosch, Barcelona, 1975, p. 134).

(92) HUTCHINSON, "Reflexiones acerca...", *op. cit.*, p. 948.

(93) La CSJN, 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 pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (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" (Fallos: 323:3035).

(94) LORENZETTI, RICARDO L. y LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pp. 18/20 y DIEZ-PICASSO y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 265.

factor de atribución y, también para algunos, en el régimen de la carga de la prueba.⁽⁹⁵⁾

Así se afirma que, en las obligaciones de resultado, en virtud del compromiso asumido por el deudor (alcanzar un resultado específico 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 convenida.⁽⁹⁶⁾

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 solo se exime de responsabilidad acreditando la configuración 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 víctima;⁽⁹⁷⁾ mientras que en las segundas el deudor se exime del deber de responder no solo 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 exigía.⁽⁹⁸⁾

Más allá de que la mencionada clasificación de las obligaciones pueda ser de aplicación en el campo de la contratación administrativa, no estimamos

(95) TRIGO REPESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad...*, op. cit. t. I, pp. 735/760; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general...*, op. 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.

(96) PICASSO, SEBASTIÁN, "Obligaciones de medios...", op. cit.

(97) Sin embargo, como se ha dicho, "esto es solo una verdad a medias, por cuanto (...) cuando el factor es objetivo, el sindicado como responsable podrá demostrar no solo 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).

(98) TRIGO REPESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad...*, op. cit. t. I, p. 141 y ss.

adecuado afirmar que cuando el Estado incumple una obligación contractual de medios, el factor de atribución sea la culpa.⁽⁹⁹⁾

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 configure.⁽¹⁰⁰⁾ 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 convenidas.⁽¹⁰¹⁾ Por eso, la CSJN 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”.⁽¹⁰²⁾

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 CN), que el contratista afectado no está obligado a soportar.

(99) 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/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., 2008, p. 67 y ss.).

(100) Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Reflexiones...”, *op. cit.*; 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”, AA.VV. *Responsabilidad del Estado...*, *op. cit.*, p.176; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, pp. 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, pp. 784 y 786; AMENABAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, pp. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, TOMÁS, “Los daños producidos por el Estado”, *Jus*, n° 36, p. 63 y 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 *op. cit.*

(101) PERRINO, PABLO E., “Los factores de atribución...”, *op. cit.*

(102) Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261.

En tal supuesto, el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica en los artículos 14 y 17 CN, que protegen el derecho de propiedad; art. 19 CN, del cual la CSJN deriva la regla *alterum non laedere*, y, principalmente del art. 16 CN, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial⁽¹⁰³⁾ o anormal⁽¹⁰⁴⁾ en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar,⁽¹⁰⁵⁾ sin la debida indemnización.⁽¹⁰⁶⁾

En el campo contractual se suscita la responsabilidad sin falta del Estado⁽¹⁰⁷⁾ en los casos de quiebra de la ecuación económica financiera del contrato provocada por el ejercicio de la potestad modificatoria, como así también cuando se extingue un contrato administrativo antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público,⁽¹⁰⁸⁾ supuestos expresamente previstos en el art. 12, inc. a, decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, y en el art. 121 de su decreto reglamentario 893/2012.

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

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

(104) Fallos: 330:2464.

(105) Fallos: 315:1026. COMIELLO, PEDRO, J. J., "El caso "Columbia": nuevas precisiones acerca de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales formativos", *Rev. de Der. Adm.*, n° 9 a 11, p. 139 y ss.

(106) Así ha expresado la CSJN "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).

(107) 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...*, op. cit., t. II, p. 469; BENOIT, FRANCIS PAUL, *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 783).

(108) Si bien el ejercicio de la potestad modificatoria del contrato, prevista expresamente en el art. 12, incs. a y b, decreto 1023/2001, 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 C., *Contrato de obra pública*, t. 3, Abaco, Bs. As., 1988, p. 1076).

una actuación contractual (son una alea administrativa exógena al contrato), suscitan un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado.⁽¹⁰⁹⁾ Sin embargo, hay quienes opinan, no sin fundamento, que se trata de un caso más de responsabilidad de carácter contractual⁽¹¹⁰⁾ 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 imprevisión,⁽¹¹¹⁾ 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 modificatoria,⁽¹¹²⁾ por hechos del príncipe,⁽¹¹³⁾ y por la extinción anticipada del contrato por una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público⁽¹¹⁴⁾ suscitan la responsabilidad legítima del Estado cuya regulación, en su faz extracontractual, se efectúa en los arts. 4° y 5° LRE.

(109) ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Teoría del equivalente económico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 263; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, pp. 468/469; MATA, ISMAEL, "El riesgo en los contratos administrativos", RAP n° 320, número especial "Infraestructura y construcción: problemas de actualidad", p. 144.

(110) RODRÍGUEZ, LIBARDO R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Temis, Bogotá 2012, pp. 32/37.

(111) CSJN, "Sociedad Anónima Azucarera Argentina Comercial e Industrial c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento", 10/12/1997 y Fallos: 320:113 y 319:2666.

(112) BERÇAITZ, MIGUEL A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1980, p. 405 y ss.

(113) A pesar de que 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 (RODRÍGUEZ, LIBARDO, *El equilibrio...*, op. cit., p. 96). En un sentido diverso y postulando la existencia de un supuesto de responsabilidad extrancontractual se han pronunciado: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Teoría del equivalente en los contratos administrativos*, cit., pp. 267/268; BENOIT, FRANCIS P., *El derecho administrativo...*, op. cit., p. 783 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, p. 468 y STORTONI, GABRIELA A., "El hecho del príncipe y su impacto en los contratos administrativos", AAVV, *Contratos administrativos*, Ediciones RAP, Bs. As., 2000, pp. 363/373).

(114) 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

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 integral.⁽¹¹⁵⁾ Puesto que la LRE no contiene ninguna previsión al respecto cabe aplicar las disposiciones de la legislación civil por vía de la analogía.

En cambio, en los casos de responsabilidad del Estado originada por su actuación legítima⁽¹¹⁶⁾ y que no cuentan con una regulación específica, será

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...*, op. cit., t. III-A, p. 575; PRITZ, OSVALDO A. F., "El rescate", en M. González de Aguirre (coord.) *Los servicios públicos*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 181 y ss., y en *Contratos administrativos*, AA.VV, RAP, Bs. As., 2000, pp. 287/306).
(115) Ver: Fallos: 335:2333.

(116) 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 CSJN 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 (COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HECTOR J., y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), op. cit., t. I, p. 910; y HERRERA DE VILLAVICENCIO, BLANCA A., "Hecho del príncipe y teoría de la imprevisión", AAVV, *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Ediciones RAP, Bs. As., 2014, pp. 327/337 y DRUETTA, RICARDO T. y GUGLIELMINETTI, ANA P., *Ley de obras públicas. Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, pp. 304/305) y rechazando el resarcimiento del lucro cesante: Marienhoff y Balbín (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. III-A, pp. 490/491 y BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, t. IV, pp. 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...*, op. cit., pp. 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 C., *Contrato...*, op. cit., p. 1076). Por su parte para el caso de extinción anticipada del contrato postulan una indemnización comprensiva del daño emergente y el lucro cesante: BERÇAITZ MIGUEL ANGEL, *Teoría general...*, op. cit., pp. 502/503; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, pp. 483/491; TAWIL, GUIDO S., "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 239 y ss.; BARRA, RODOLFO C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *ED*, 122-861; BIANCHI, A. B., "Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado", *ED*, 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, p. 9; FONROUGE, M., "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AAVV, *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, O. A. F., "El rescate", AAVV. *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 243 y ss.; MAIRAL,

de aplicación supletoria el art. 5° 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 establecido en el art. 12, inc. b, párr. 2, del decreto delegado 1023/2001, 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”.⁽¹¹⁷⁾

Conforme lo hemos sostenido,⁽¹¹⁸⁾ la exclusión de la indemnización del lucro cesante establecida como regla en el art. 5° LRE es inconstitucio-

HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED*, 179-655; AGUILAR VALDEZ, O. R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, J. C. Cassagne (dir.), *Servicio Público y Policía*, p. 187 y ss.; MERTEHIKIAN, E., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 131 y ss.; BOTASSI, C. A. *Contratos...*, *op. cit.*, p. 92; BUJ MONTERO, M., “Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral”, en I. Farrando (dir.) *Contratos administrativos*, LexisNexis/AbeledoPerrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss.; PERRINO, PABLO E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado”, en J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern (dirs.) *La contratación...*, *op. cit.*, p. 1109. En cambio, rechazan el pago de la compensación del lucro cesante: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, *op. cit.*, t. IV, p. ps. 130132; “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *ED* 114-949; HUTCHINSON, TOMÁS, “La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, *AAVV, Contratos Administrativos*, *op. cit.*, 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, n° 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”, en J. C. Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, p. 461 y ss.; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 358/381; “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público”, *AAVV, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, RAP n° 326, p. 559.

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

(118) PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad por actividad ...” *op. cit.*; “La regulación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, y “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944...*, *op. cit.*, p. 249 y ss.

nal⁽¹¹⁹⁾ y no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 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 cuales se dictó en 1973.⁽¹²⁰⁾ Nuevamente, en 1984, el máximo Tribunal se vio obligado a examinar la cuestión originada 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.⁽¹²¹⁾ También en esta ocasión, si bien por mayoría, la CSJN admitió la reparación del lucro cesante. Este criterio fue reiterado veintiún años más tarde.⁽¹²²⁾ El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá SA 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 SA,

(119) Criticando el art. 5° 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' (art. 5° LRE). 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. 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 cocontratante 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 26/11/2014).

(120) CSJN, "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", 20/09/1973, Fallos: 286:333.

(121) CSJN, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad", 20/09/1984, Fallos: 306:1409.

(122) CSJN, "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional", 28/07/2005, Fallos: 328:2654.

conforme a las previsiones del art. 18 del decreto-ley 19.549. 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 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.⁽¹²³⁾ El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior Tribunal tuvo su causa en el dictado del decreto PEN 1583/1996 por el cual se había derogado el decreto 520/1995 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 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 SA demandó al Estado nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/1996, 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

(123) CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional – P.E.N. – Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367.

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”,⁽¹²⁴⁾ la Corte Suprema, 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 de dicho Ministerio 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 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) CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014.

Por otra parte, de los arts. 14, 16, 17 y 19 CN y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, 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”,⁽¹²⁵⁾ lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado,⁽¹²⁶⁾ sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa.⁽¹²⁷⁾ Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros⁽¹²⁸⁾ cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y

(125) La CSJN en materia expropiatoria considera que el principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 CN) 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/ Montepare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación”, Fallos: 326:2329). El concepto de justa indemnización es empleado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 21, inc. 2, y 63, inc. 1. El primero de ellos al regular el derecho de propiedad establece: “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 inc. 1 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. 2, CADH 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.).

(126) CSJN, “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 312:2266, voto concurrente del Dr. Bacqué 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.

(127) TAWIL, GUIDO S., “El alcance de la indemnización...”, *op. cit.*, p. 245 y PERRINO, PABLO E., “El alcance de la indemnización ...” *op. cit.*, 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”, AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, p. 239 y ss.

(128) Es que, como alguna vez expresó la CSJN 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’” (CSJN, “F.F.C.C. Entre Ríos c/ Gobierno de la Nación”, sent. del 28/12/1936, Fallos: 176:363).

ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 CN.⁽¹²⁹⁾

Es que, como bien se ha escrito,

... desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciario 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 explotarlo⁽¹³⁰⁾ 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.⁽¹³¹⁾

En igual línea de pensamiento, Cassagne, al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público la indemnización, dice que para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, “tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo

(129) 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 (CSJN, “Jucalán Forestal...” fallo cit., voto concurrente del Dr. Bacqué). 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”, en *Servicios públicos...*, op. cit., p. 131 y ss.; y argumento en CSJN, “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).

(130) FONROUGE, “Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 557.

(131) AGUILAR VALDÉZ, “Caducidad, rescisión...”, op. cit., p. 218.

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”.⁽¹³²⁾

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 pública⁽¹³³⁾— y que solo 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 innecesariamente.⁽¹³⁴⁾



(132) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., 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 (LAUBADERE, ANDRÉ de; MODERNE, FRANK y DELVOLLE, PIERRE, *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª edition, LGDJ, 1984, p. 734 y ss.; RICHER, LAURENT, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 1995, pp. 188/189).

(133) 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

(134) 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.