

La responsabilidad contractual del Estado

Perrino, Pablo Esteban

Publicado en: LA LEY 12/12/2012 , 1 • LA LEY 2012-F , 1286

Sumario: I. La regulación de la responsabilidad contractual del Estado.- II. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado.

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 aquélla se configure. 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.

I. La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

Como es sabido en el ordenamiento jurídico argentino —tanto nacional como provincial—, no existe, al menos con carácter general, una legislación orgánica sobre la responsabilidad del Estado, cualquiera sea su naturaleza. En materia contractual sólo median previsiones normativas dispersas y específicas que se localizan en las normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal (1), en las atinentes a ciertos contratos administrativos (2) y en los pliegos de bases y condiciones y demás documentos contractuales.

De ahí que, ante la falta de disposiciones que reglen en forma general y sistemática la responsabilidad estatal y a fin de cubrir la laguna normativa existente en la materia es menester acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil, ya sea a fin de aplicar principios generales (Vgr. el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Cód. Civil) (3) u otras soluciones allí consagradas, en este último caso a través de una aplicación extensiva mediante la técnica de la interpretación analógica (4), tal como lo hecho en numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (5)

Es que, si bien no puede negarse que existen principios y elementos afines entre la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los sujetos privados (6), ciertamente median aspectos diferenciales no menores que no permiten un tratamiento absolutamente homogéneo. Tal es lo que ocurre con el mismo fundamento del deber de reparar, como a diversos tópicos que derivan de la singular posición de las autoridades estatales en las relaciones con particulares, en cuanto titulares de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, como así también por la complejidad del obrar de los poderes públicos y la forma en que el mismo se desarrolla. (7)

Como bien dice Soto Kloss: "el Estado no es una persona jurídica, sujeto de derecho, como las regidas por el derecho privado: su misión es muy diferente, su estructura bien distinta, su actuar diverso; se rige, en fin por leyes o normas propias, específicas a él, lo que conduce obviamente a plantear también su responsabilidad a través de un enfoque diferente". Por tal motivo, concluye el citado autor, la responsabilidad estatal debe tener un tratamiento distinto respecto de la responsabilidad privada, pues en la primera "hay un problema de lo justo público (igualdad de proporción, dada las funciones supraordenadoras del Estado), en cambio en el ámbito privado se da lo justo de intercambio, de conmutación, en un plano de posiciones jurídicas equiordenadas. (8) En línea con lo dicho, señala Cassagne que: "mientras en el Derecho Civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad". (9)

Pero además, no puede olvidarse que un dato que singulariza a la responsabilidad estatal es que el principio de reparación de los perjuicios causados por las autoridades públicas es una pieza central del Estado de derecho, el cual presupone no sólo la división de los poderes estatales y su sometimiento al ordenamiento jurídico, sino también el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas, (10) lo cual conlleva la justa reparación de los daños derivados por efecto directo de la acción pública.

Por eso, numerosos autores sostienen que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en los principios que inspiran y dan sustento al Estado de Derecho (11), recogidos

en numerosas normas constitucionales, tales como las que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17) (12), el art. 19 que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, el art. 16 que consagra el principio de igualdad en las cargas públicas, el art. 28 que consagra el principio de razonabilidad de los actos estatales y el art. 116 del que se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado.

En lo atinente a la responsabilidad estatal suscitada en el ámbito de su actividad contractual, es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: "si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el 'régimen jurídico' de estos dos tipos es diferente. Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, celebra un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público". (13)

Probablemente, el ámbito en el cual con mayor claridad se advierte la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas del derecho privado es el de la responsabilidad lícita, pues en tales supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares ya que radica en la existencia de un sacrificio o daño especial (14), derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), que el afectado no está obligado a soportar. Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene parangón en el derecho privado en el cual el deber de responder por un comportamiento válido resulta excepcional y no se apoya en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. (15)

Por eso, Labaudère, después de señalar que la responsabilidad contractual de derecho administrativo y la de derecho civil contienen numerosos puntos de acercamiento, por lo que la jurisprudencia administrativa aplica los principios inscriptos en el Código Civil y en algunos casos cita pura y simplemente los artículos de dicho cuerpo legal (16), explica que median divergencias entre ambos derechos, pues la teoría de la responsabilidad contractual del derecho administrativo presenta una originalidad como es la responsabilidad sin falta de la Administración derivada del ejercicio lícito de sus poderes de intervención durante la ejecución del contrato. (17)

II. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado

Para que proceda el deber de reparar del Estado deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Existencia de un contrato administrativo válido; 2) daño resarcible; 3) nexo de causalidad y 4) un factor de atribución. Seguidamente examinaremos estos recaudos.

1) Existencia de un contrato administrativo válido

El punto de partida para que pueda hablarse de responsabilidad de naturaleza contractual es la existencia de un contrato administrativo plenamente válido. (18) En ausencia de contrato los eventuales daños que pueda sufrir un contratista tendrán naturaleza extracontractual (19) o derivar de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. (20)

Dicha circunstancia no es irrelevante porque, en el derecho argentino, como en otras legislaciones foráneas, más allá que, de lege ferenda, se predique la inexistencia de diferencias ontológicas entre la responsabilidad contractual y extracontractual (21), en nuestro derecho positivo (22) median relevantes diferencias en el régimen de jurídico de ambos tipos de responsabilidad, básicamente, atinentes a: 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 (23) y 3) la mancomunación entre los corresponsables o coautores de un hecho ilícito, los cuales son solidariamente responsables frente al damnificado en la responsabilidad extracontractual y, en principio, simplemente mancomunada en el ámbito contractual, pudiendo llegar a ser solidaria sólo si resulta sin lugar a dudas del título de constitutivo de la obligación o de una disposición legal (24), como ocurre en materia de defensa del consumidor. (25)

2) Daño resarcible

Para la viabilidad de la responsabilidad estatal es menester que exista un daño o perjuicio. Sin daño no se genera el deber de reparar. El daño constituye un elemento capital para la existencia de la responsabilidad.

En sentido jurídico, el daño consiste en la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. (26) El interés es el núcleo de la tutela. Como ha señalado De Cupis: "Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción". (27)

Para que prospere la pretensión indemnizatoria, el daño deberá ser cierto en cuanto a su existencia. No debe ser hipotético, potencial o conjetural. (28) El perjuicio indemnizable debe consistir en un detrimento real y no en meras especulaciones sobre daños o pérdidas contingentes o dudosas. (29)

La pérdida de la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no conjetural. (30) El resarcimiento de este rubro exige acreditar la frustración de obtener un beneficio económico que cuente con probabilidad suficiente de convertirse en cierto. (31)

No sólo los perjuicios actuales o presentes son resarcibles, sino también el daño futuro, en la medida en que medie certidumbre acerca de su existencia. (32)

Con relación a la indemnización del daño moral, compartimos la posición que entiende que, no obstante que el art. 522 del Cód. Civil dispone que el juez "podrá concederlo, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso", si se acredita la existencia del daño moral causado por un incumplimiento contractual no es posible su rechazo. (33)

3) Relación de causalidad

El segundo requisito que debe verificarse para que exista el deber de reparar concierne al vínculo causal que debe mediar entre el daño y la conducta estatal por acción u omisión.

Conviene recordar que el nexo causal no sólo sirve para determinar la autoría material del daño (34), sino también la extensión del resarcimiento (35), esto es, cuáles son las consecuencias que deben ser indemnizadas. (36)

Determinar cuándo un comportamiento es causa de un determinado resultado dañoso no es tarea fácil. Nuestro ordenamiento jurídico civil, aplicable análogamente al ámbito de la responsabilidad estatal (37), siguiendo las aguas de la antigua legislación prusiana, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada, cuyo primer expositor fue Von Kries a fines del siglo pasado. (38)

Según esta teoría, para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso, es preciso efectuar ex post facto un juicio de probabilidad o previsibilidad, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio.

Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño. De tal modo, es preciso distinguir entre causa y condición. Es causa adecuada aquella condición que normalmente resulta idónea para producir el resultado. En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado. (39)

El nexo causal se interrumpe cuando el daño es el resultado de una causa o acontecimiento ajeno o extraño al comportamiento del Estado. Tal es lo que ocurre cuando el perjuicio es producto del hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. (40) En tales casos, si la concatenación causal ha sido totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados, (41) el Estado no responderá; y si sólo ha sido parcialmente interferida, el Estado responderá proporcionalmente a su participación en el evento dañoso.

Por lo demás, conforme lo han resuelto en forma reiterada nuestros tribunales, la relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada. (42)

4) Factor atribución

No basta la simple causación material de un daño para convertir al sujeto que lo ocasiona en responsable, pues debe existir una circunstancia o título valorativo que determine y justifique quien se hará cargo de aquél, lo cual se conoce con la denominación factor de atribución. Este elemento concierne al fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado. (43) Mediante esta figura se explica la razón por la cual un determinado sujeto deberá soportar los efectos del daño producido. (44) Vale decir, responde al interrogante acerca del porqué debe un agente reparar este daño.

Antiguamente, cuando el escenario de la responsabilidad civil estaba dominado por la idea de la culpa como único fundamento del deber de reparar, no se utilizaba la expresión factores de atribución sino imputabilidad. (45) En la actualidad, debido a la aparición de los criterios de imputación de carácter objetivo, se ha superado la denominación de "imputabilidad" por la de factores de atribución", en tanto ésta engloba además de los subjetivos (como la culpa) a los objetivos (como el riesgo creado, la garantía, etc.). (46)

A nuestro entender, es posible sostener que en el derecho argentino los factores de atribución de la responsabilidad contractual del Estado son dos: a) La falta contractual y b) la existencia de un sacrificio o daño especial. (47)

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 convenida, y el segundo a la responsabilidad estatal por su actuación legítima, ya que presupone la existencia de un comportamiento del Estado válido, producto de sus poderes de intervención en el contrato, fundado en razones de interés público. Seguidamente los examinaremos.

A) 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 (48) —siguiendo las aguas del derecho francés— para referirse al título de atribución de la responsabilidad del Estado, en materia extracontractual por actividad ilegítima cuantitativamente más relevante como es la falta de servicio, la cual se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública (49) o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por "una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular". (50)

La falta contractual también exterioriza un comportamiento anómalo y que infringe el ordenamiento jurídico, pero que, a diferencia de la falta de servicio, tiene lugar por la inejecución por parte de la Administración contratante de un deber impuesto por una obligación preexistente (51), que se traduce en la insatisfacción de la prestación debida al contratista.

La responsabilidad contractual por falta es, entonces, la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios *Lex contractus* y de la fuerza obligatoria del contrato, expresamente receptados en la codificación civil (art. 1197) y plenamente imperantes en la contratación pública. (52)

De tal modo, falta contractual es sinónimo de incumplimiento del contrato (53), lo cual puede suscitarse ya sea por la inejecución total o absoluta de la prestación comprometida, como por su cumplimiento defectuoso (parcial, inexacto o tardío) al no ajustarse por completo al programa o proyecto de prestación comprometido. (54)

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: arts. 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)". (55)

Por lo demás, el incumplimiento puede provenir no sólo de la violación de las denominadas obligaciones nucleares del contrato, esto es, aquellas que están directamente vinculadas al cumplimiento del objeto, sino también de los deberes secundarios o colaterales de conducta

(Vgr. de información, colaboración, protección, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe (56) lo convenido (art. 1198 del Cód. Civil). (57)

Un relevante sector de la doctrina civilista considera que para determinar si se ha producido la situación de inejecución que suscite el deber de reparar del deudor, es preciso considerar si la prestación incumplida deriva de una obligación de medios o de resultado, pues ello impacta en el factor de atribución y, también para algunos, en el régimen de la carga de la prueba. (58)

Así se afirma que, en las obligaciones de resultado, en virtud del compromiso asumido por el deudor (alcanzar un resultado específico, el cual es garantizado por el sujeto obligado), si no se logra el resultado convenido, se produce automáticamente la situación de incumplimiento. Por el contrario, en las obligaciones de medios o de actividad, en atención al contenido del compromiso del deudor (emplear los mejores medios posibles, actuar con la máxima prudencia y diligencia, a fin de obtener un resultado, pero sin asegurarlo), a pesar de no haberse alcanzado el resultado esperado por el acreedor, si el deudor puso todo su empeño y pericia, se considera que hay cumplimiento de la obligación convenida. (59)

Con base en ello se postula que en las obligaciones de resultado el factor de atribución es objetivo y en las obligaciones de medio subjetivo (la culpa). En consecuencia, en las primeras el deudor sólo se exime de responsabilidad acreditando la 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 (60), mientras que en las segundas el deudor se exime del deber de responder no sólo cuando demuestra la existencia de 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. (61)

Más allá de que la mencionada clasificación de las obligaciones pueda ser de aplicación en el campo de la contratación administrativa, no estimamos adecuado afirmar que cuando el Estado incumple una obligación contractual de medios, el factor de atribución sea la culpa. (62)

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. (63) 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. (64) Ello es lógico porque, como ha señalado Paillet, "tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor". (65) Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva". (66)

B) La responsabilidad sin falta

El segundo factor de atribución de la responsabilidad contractual del Estado, que suscita su responsabilidad sin falta, es la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), que el contratista afectado no está obligado a soportar. En tal supuesto el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica en los arts. 14 y 17, que protegen el derecho de propiedad, 19 de la Constitución Nacional, del cual deriva la regla *alterum non laedere*, y, principalmente, del art. 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial (67) o anormal (68) en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar (69), sin la debida indemnización. (70)

En el campo contractual se suscita la responsabilidad sin falta del Estado (71) 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 (72), supuesto expresamente previsto en el art. 12, inc. a) del decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

Según el tipo de contrato dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del

rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el rescate, cuyo ámbito de actuación, tradicionalmente, se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública, no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista. (73)

Si bien no se discute que en los dos supuestos mencionados, al tratarse de medidas que la Administración adopta libremente por motivos ajenos al contratista, se debe indemnizar a éste los perjuicios resultantes de aquellas, no hay acuerdo en el derecho argentino respecto de si la eventual indemnización debe comprender el lucro cesante.

Debido a la inexistencia durante largo tiempo de regulaciones que determinen la extensión de la indemnización en tales casos (74), surgieron dos posiciones antagónicas. Una de ellas, de carácter restrictiva (75), que postula que la indemnización se debe acotar sólo al pago del daño emergente. Quienes se enrolan en esta postura consideran que la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre expresamente el principio de integralidad del resarcimiento y que ante la falta de una normativa que contemple esta problemática cabe aplicar por vía analógica, los principios establecidos en la legislación expropiatoria, que excluyen el pago del lucro cesante. (76) Los partidarios de esta postura parten de la base de que tanto en la expropiación, como en los casos de perjuicios causados por la actividad válida del Estado, existe un comportamiento estatal legítimo que produce el sacrificio de derechos de particulares en aras del interés general. Y como en ambos supuestos el perjuicio es el resultado del ejercicio válido de una potestad ablativa, ante el vacío normativo existente en la materia concluyen que debe aplicarse por vía analógica la solución consagrada en la normativa expropiatoria, que margina la indemnización del lucro cesante.

La otra posición afirma que en estos casos corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante (77) cuyo contenido se encuentra amparado por el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza (arts. 14 y 17). Quienes participan de esta postura entienden que la falta de un texto legal expreso que establezca la extensión del quantum resarcitorio no autoriza a efectuar una aplicación extensiva por vía analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones que marginan la reparación del lucro cesante porque existe una regla interpretativa, consagrada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos. (78) Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y los supuestos de perjuicios causados por la actividad lícita estatal median importantes diferencias. Así, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad de pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación (79), etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario, importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Compartimos la postura amplia (80), pues entendemos que de los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser "justa" (81), lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado (82), sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. (83) Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional. (84)

Como dice Cassagne, al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público "la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, 'tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones'". (85)

En igual línea de pensamiento se ha escrito: "desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciatario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado — inversión particularizada—, sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien, sino que lo relevante está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios. Recuérdese que de nada vale un activo concesional, si se ha privado a su titular del derecho a explotarlo (86) 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". (87)

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. (88) El primero de los fallos indicados se dictó el 20/9/73 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c. Empresa Ferrocarriles Argentinos". (89) Nuevamente el Máximo Tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. v. Dirección Nacional de Vialidad" (90), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte —si bien por mayoría— (91) admitió la reparación del lucro cesante.

Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación veintinueve años más tarde al sentenciar el 28/7/05 la causa "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional". El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 del decreto-ley 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)". (92)

Cuatro años más tarde, el 9 de junio de 2009, in re "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional - P.E.N. - dec. 1583/96, s/daños y perjuicios" (93), el Alto Tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del Superior Tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1583/96 por el cual se había derogado el decreto 520/95 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz.

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

A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz S.A. demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto

1583/96, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del estado por su actividad lícita.

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

Al conocer la Corte del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del tribunal (94) 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.

No obstante el claro criterio jurisprudencial de la Corte nacional, la postura restrictiva, que excluye el pago del lucro cesante, ha sido plasmada en el orden nacional en el 12, inc. b), 2º párrafo, del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional previsto en el decreto 1023/2001 (95), cuyo ámbito de aplicación es sumamente amplio ya que alcanza a la generalidad de los contratos que celebra la Administración. (96)

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

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

(2) A modo de ejemplo cabe citar: en el orden nacional: a) Empleo público: arts. 68 y 76 de la ley 19.101 (Adla, XXXI-B, 1343) y sus modificaciones, Ley para el Personal Militar; arts. 88 y 96 de la ley 19.349 (Adla, XXXI-C, 4865) y sus modificaciones, Ley de la Gendarmería Nacional, y art. 11 de la ley 12.992 y sus modificatorias, Régimen de Retiros y Pensiones del Personal Policial de la Prefectura Naval Argentina; b) Obras públicas: arts. 33, 34, 39 de la ley 13.064 (Adla, VII-404); en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires: a) arts. 9, inc. b.2, último párrafo, y 24 de la ley 11.757, Estatuto del empleado municipal de la Provincia de Buenos Aires; art. 30) de la ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa de la Provincia de Buenos Aires; b) Obras Públicas, arts. 38 y 64, inc. b, de la ley 6021 (t.o. por decreto 536/95) y sus modificaciones y c) Concesión de obra pública: art. 9º, inc. c, del decreto-ley 9254/79.

(3) En este sentido, con referencia a las relaciones del Derecho administrativo con el derecho Civil se ha dicho: "Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc." (GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 1, cap. VIII-2, 10ª ed. FDA, Bs. As., 2009). La circunstancia histórica de que la responsabilidad patrimonial, como los contratos, las servidumbres, la propiedad, y otros institutos jurídicos hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del derecho privado que en el derecho público; no significa que sean de naturaleza esencialmente privada (FLEINER, Fritz, "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino A. Gendin, Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, p. 49). Son, sencillamente, figuras jurídicas: y éstas tienen una sola e idéntica unidad lógica (MARTIN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "El Derecho civil en la génesis del derecho Administrativo y de sus instituciones", 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1996, p. 54). Dichos institutos no son figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes al derecho público y al derecho privado, de regulación ambivalente. El contrato, la responsabilidad, el derecho subjetivo no

son más que figuras genéricas (supraconceptos) que pertenecen a la teoría general derecho, la cual no es ni derecho civil ni derecho administrativo, sino Ciencia del Derecho a secas. En línea con lo dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "el principio del 'alterum non laedere', entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, pues su fundamento se halla en la protección de los derechos individuales (arts. 4º, 14, 15, 16 in fine 17, 18, 19, 20 y 28), y la reglamentación que hace a su respecto el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (Fallos: 306:2030; 308:1118 y 310:1074; 329:759, entre otros). A su vez, en la importantísima decisión adoptada el 21/3/06 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios'" (Fallos: 329: 759) se sostuvo: "todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal (Código Civil) no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (FIORINI, op. cit., primera parte, p. 90 y ss.)".

(4) La condición del derecho administrativo de disciplina jurídica autónoma que se autointegra, en tanto se nutre de su propio sistema de normas y principios que difieren en muchos casos de los del derecho privado (MARTIN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, ob. cit., p. 36; conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 6ª ed., Madrid, 1993, p. 40), acarrea significativas consecuencias en el caso de que existan lagunas en el ordenamiento positivo administrativo (tal como ocurre en materia de responsabilidad estatal en el marco de relaciones de derecho público). Es que la inexistencia de regulaciones de derecho público no puede ser solucionada por la aplicación directa de la legislación civil (Salvo el caso especial del art. 1112 del Código), pues al establecer dicha norma la responsabilidad de los funcionarios por su obrar irregular, y fundarse en ella la responsabilidad estatal por falta de servicio, su aplicación debe ser directa. (PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, t. 185, p. 781). En tales supuestos, lo que corresponde es utilizar el derecho privado mediante la técnica de la analogía (Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959; conf. COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", cit., p. 365), lo cual conlleva una tarea de adaptación de las soluciones allí previstas con los principios y normas del derecho público (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011-83; GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", cit., t. I, cap. VIII, p. 3; REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en la obra colectiva "El Derecho Administrativo hoy", Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., "¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?", JA, 1996-IV- 795; PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.). Cabe destacar que la referida autonomía del derecho administrativo es consecuencia de las sensibles diferencias que se encuentran en la base de sustentación de los ordenamientos jurídicos privatistas y publicistas, pues "mientras el Derecho Privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas, el Derecho Administrativo, si bien sobre la base de criterios de equilibrio y justicia, se articula con normas y principios que derivan de la posición preeminente del Estado y de los intereses comunes que él debe proteger y promover" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", cit., t. 1, p. 94).

(5) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones ha postulado la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil al ámbito de la responsabilidad estatal (CSJN "Cipollini, Juan Silvano c. Dirección Nacional de Vialidad y otra", Fallos: 300:143; "El Panamericano S.A.C.I. y F. c. Nación Argentina", Fallos 304:721; "Manso, Alejandro c. Osvaldo Orlando Arrabal", Fallos 308:451 y "Mengual, Juan y otra c. Estado Nacional (Mº de Defensa EMGE.) s/cobro de australes", Fallos 318:1959). Sin embargo, en otros casos ha postulado la aplicación subsidiaria de dicho cuerpo normativo CSJN "Barreto,

Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos: 329:759 (ver: PÉREZ HUALDE, Alejandro BUSTELO, Ernesto N., "'Barreto': La responsabilidad del estado dentro de sus cauces constitucionales", LA LEY, 2006-E, 264; así lo entiende también SAENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", publicado en la obra colectiva Responsabilidad del Estado. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 67 y ss.).

(6) En ambos campos la responsabilidad opera como un instrumento de garantía cuyo objeto principal es la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima; y deben concurrir una serie de presupuestos indispensables para que surja el deber de reparar; ver en este sentido: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", en la obra colectiva Responsabilidad del Estado, UNSTA, Tucumán, 1982, p. 55 y ss. y su voto como jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa "Torres Francisco c. Pcia. de Mendoza", LA LEY, 1989-C, 511.

(7) En tal sentido, después de la modificación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional a los artículos 1764 a 1766 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión de juristas conformada por el Decreto 191/11, en el art. 1765 se dispone: "La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda". A su vez, concorde con ello en el art. 1764 se determina que las disposiciones del título V, atinentes a la responsabilidad civil, "no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado", LA LEY, 01/10/12; BARRA, Rodolfo Carlos, "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de nuevo Código Civil", suplemento electrónico Eldial.com del 07/07/12).

(8) SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo. Bases fundamentales", t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pp. 274/275.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2011-452.

(10) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pesar de carecer la Constitución argentina de disposiciones específicas sobre la responsabilidad estatal, ha entendido que la misma tiene base constitucional con sustento, principalmente, en los arts. 14 y 17 que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (Conf. Fallos: 253:316; 274:432; 277:225; 300:143; 301:403, 302:159; 305:1045 entre otros). El Alto Tribunal también, con sustento en el art. 19 de la Constitución, ha fundado la responsabilidad estatal en el principio *alterum nom laedere* (Fallos: 308:118; 320:1999, entre otros) y, en antiguos pronunciamientos de principios del siglo XX, en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:107 y 129:5). Asimismo, ha invocado el principio constitucional de igualdad jurídica plasmado en el art. 16 de la Ley Fundamental para fundamentar el deber de responder del Estado por actos válidos. Así ha expresado que el fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños que guarden relación de causalidad con el ejercicio regular de sus poderes propios se halla, en última instancia, en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que el Estado promueve por el interés general y cuyas consecuencias eventualmente dañosas no es justo que sean soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado —más allá de un límite razonable—, sino que debe redistribuirse en toda la comunidad a fin de restablecer la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:1892; 321:3363; conf. Fallos: 293:617, voto concurrente del juez Levene y Fallos: 316:1335, voto disidente del juez Barra).

(11) Cabe destacar, que el primer trabajo en el que se fundó la responsabilidad estatal en la protección de los derechos constitucionales fue el de Rodolfo Bullrich, intitulado "La responsabilidad del Estado", publicado en el año 1920. En la misma línea MARIENHOFF, Miguel S., 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 ("Tratado de derecho administrativo", cit., t. IV, p. 699; en igual sentido ver: REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", cit., p. 41 y ss.; COMADIRA, Julio R., "Derecho

Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", cit., p. 368; FIORINI, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", t. II, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 718/721 y BIANCHI, Alberto B., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 34).

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

(13) CSJN, causa "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro". Fallos: 315:158 y en LA LEY, 1992-B, 216 - LLC, 1992-524; conf. CSJN causa "Punte, Roberto Antonio c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de", Fallos: 329:809, entre otros.

(14) La teoría del sacrificio especial constituye una construcción desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, "Establecimientos Americanos Graty S.A. c. Nación", Fallos: 180:107; "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; "Cruppi Hnos. S.A. c. Fretes Néstor, Luis y otro", Fallos 310:943; "Buenos Aires Eximport S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ordinario", Fallos 316:397; "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. B.C.R.A. s/daños y perjuicios", Fallos 319:2658, entre otros; ver: BIANCHI, Alberto B., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", cit., p. 55 y ss. y MURATORIO, Jorge I., "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 77).

(15) Conf. CASSAGNE, "Derecho Administrativo", cit. t. I, pp. 452/454. Como destaca COMADIRA, Julio R., 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" ("Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 369).

(16) Conf. RICHER, Laurent, "Manuel de Droit des contrats administratifs", L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 21/23.

(17) LABAUDÈRE, André de, "Traité Theorique et pratique", t. II, Librairie Générale de Droit et jurisprudente R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, pp. 67/70; conf. SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", publicado en la obra colectiva Responsabilidad del Estado. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 71.

(18) HUTCHINSON, Tomás, "Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado", obra colectiva "La contratación pública", dirigida por Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 941.

(19) RODRIGUEZ, Libardo R., "El equilibrio económico en los contratos administrativos", con la colaboración de Jorge Enrique Santos R., 2ª ed., Temis, Bogotá, 2012, p. 160.

(20) Ver: REBOLLO PUIG, Manuel, "El enriquecimiento injusto de la Administración Pública", Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 245 y ss. y MONTI, Laura M., "Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa", RAP nº 361, p. 155; Conf. CSJN, "CardiCorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 329: 5976 y en LA LEY, 2007-D, 221, con nota de BUSTELO, Ernesto N., "Contrato viciado por omisión de la licitación pública (a propósito de 'CardiCorp')".

(21) Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad contractual", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 31 y ss.

(22) El texto del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión de juristas conformada por el decreto 191/2001, confiere unicidad a las órbitas de la responsabilidad contractual y extracontractual. Según se afirma en sus fundamentos: "La

tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten". Al respecto afirma Galdós: "Se parte de la unificación de responsabilidad contractual con la extracontractual en base al principio general de no dañar (art. 1716) y de la reafirmación de la antijuridicidad (art. 1717). Dice el art. 1716 "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro (es decir, de la regla general de fuente extracontractual), o el incumplimiento de una obligación (es decir, la cláusula general de origen 'contractual'), da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Ello se corresponde con lo dispuesto por el art. 1749 que contempla la responsabilidad directa por el incumplimiento obligacional propio y por el hecho extracontractual propio. (GALDOS, Jorge Mario, "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto", LA LEY, 11/06/12, p. 1).

(23) Sintéticamente el régimen previsto en el Código Civil, aplicable analógicamente a la responsabilidad estatal, es el siguiente. En materia extracontractual las consecuencias inmediatas, esto es aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, siempre son indemnizables (art. 903 del C.C.). Las consecuencias mediatas, esto es, las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 901 del C.C.), son indemnizables cuando fueren previsibles o el autor las hubiere efectivamente previsto (art. 904 del C.C.). Las consecuencias causales no son resarcibles, salvo que el autor las tuviere en mira al cometer el hecho ilícito (art. 905 del C.C.). Por último, las consecuencias remotas nunca se indemnizan (art. 906 del C.C.). En el caso de incumplimientos contractuales, "el Código Civil ha seguido muy de cerca la normativa del derecho francés, consagrando un régimen de reparación, en cuanto a sus dimensiones, vinculado a la conducta del deudor" (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Incumplimiento relativo contractual. Extensión del resarcimiento y daño moral", LA LEY, 2004-B, 907 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. I, 1/1/2004, 1439). Así, según los arts. 520 y 521, si el mismo es culposo sólo se deben resarcir los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de aquél y si el obrar es doloso se deben reparar también las consecuencias mediatas (art. 521 del C.C.) A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad extracontractual nunca se responde por las consecuencias causales y las remotas. (TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad Civil, cit., t. II, p. 24).

(24) TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad Civil", cit., t. II, p. 23.

(25) Arts. 13 y 40 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).

(26) BUERES, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", publicado en la obra colectiva Derecho de daños, dirigida por Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 167; conf. ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 6; VAZQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad por daños (Elementos)", cit., p. 174 y COMPANUCCI DE CASO, ob. cit. pp. 145/147. La tesis que define al daño a partir del interés ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Revestek S.A." (Fallos: 317: 1531) y "Columbia" (Fallos: 319:2658). Así en el primero de los pronunciamientos citados mediante el cual se rechazó la pretensión indemnizatoria textualmente el tribunal expresó: "Aun cuando el administrado entienda haber sufrido un perjuicio directo y cierto, éste puede no ser reparable porque no resulta de una lesión a una situación jurídicamente protegida. Falta, pues, uno de los elementos que componen el daño: la lesión a un interés protegido por el derecho. No se trata como se sostenía antiguamente, de una condición de la admisión de la acción (HARIOU, comentario a la decisión "Rucheton", C.E. 11 de mayo de 1928, S.1928.3.97), sino de un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable (DALLOZ, "Encyclopédie de Droit Public, Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique, Préjudice reparable", Nros. 213/215). En ausencia de este presupuesto no puede sostenerse que se ha vulnerado un derecho jurídicamente protegido y que existe en consecuencia un daño resarcible por el Estado con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante la carga pública (arts. 17 y 16 de la Constitución Nacional)" (consid. 8 del voto de los Dres. Nazareno, Belluscio y Bossert).

(27) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", traducción de la 2ª ed. Italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 109.

- (28) CSJN, Fallos: 311:2863; 313:907 y 1465; 316:1891 y 2137; 317:536.
- (29) Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro" (CSJN, Fallos: 317:1225).
- (30) CSJN, causas "Scamarcia, Mabel y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", sent. del 12/9/95, Fallos: 318:1715 y "Badín, Rubén y otros c. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", sent. del 19/10/95, Fallos: 318:2002, y "Zacarías, Claudio H. c. Córdoba, provincia de y otros s/sumario", sent. del 28/4/98, Fallos: 321:1124 y Cám. Civil y Com. de Salta, causa "González de Burgos, Joaquina c. Provincia de Salta", LA LEY suplemento de doctrina y jurisprudencia Noroeste Argentino del 27/8/97, con nota de GALDOS, Jorge Mario, "Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances".
- (31) CSJN, "Chaves, Fabián Mario c. Tucumán, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 323: 2930; "Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, Fallos 329:3403; "Serradilla, Raúl Alberto c. Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos 330:2748.
- (32) Conf. CSJN, Fallos: 307:1515; 311:233 y 744; 312:2266 317:318, entre otros.
- (33) LOPEZ HERRERA, Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 82 y TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit. t. II, pp. 29/21.
- (34) Para que surja el deber de responder estatal es preciso que el perjuicio derive del comportamiento de personas que estén integradas a la estructura del Estado, bien sea en su condición de autoridad, empleado en régimen administrativo o laboral, contrato o que realice una gestión de facto (GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", 2ª ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 204) y que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones (Conf. GORDILLO, "Tratado de Derecho Administrativo", cit., t. I, cap. XII, pp. 2/7 y SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo", t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1998, p. 357. Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración (ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 90; conf. GORDILLO y SANTAMARIA PASTOR, obs. antes cit.).
- (35) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 438.
- (36) Al respecto ver la nota 23.
- (37) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en al jurisprudencia de la Corte Suprema", LA LEY, 2000-D, 1219; CSJN, causas "Garda Ortíz, Enrique c. Nación Argentina", Fallos: 308:2095 y "Fenni de Basílico, Carmen Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos 315:2319, disidencia de los jueces. Barra y Fayt.
- (38) GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 30 y ss.
- (39) TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit. t. I, p. 609.
- (40) Ver: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la responsabilidad civil", 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 253 y ss.
- (41) SAMMARTINO, ob. cit., pp. 452/456.

(42) CSJN, Fallos: 312:1382; Cont. Adm. Fed., Sala II, causa "Transportes Río de La Plata S.A. c. Secretaría de Hacienda y otro", 01/06/2000, LA LEY, 2000-D, 534, con nota de BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores". El examen de los fallos del Máximo Tribunal de la Nación pone de resalto un criterio marcadamente restrictivo para valorar la configuración del nexo causal en pleitos en los que se demanda al Estado por omisión en el ejercicio de sus funciones de policía de seguridad y salubridad (CSJN, causas "Villalba, Julio Martín y otra c. Acuña, Ignacio Leopoldo y otro" Fallos: 315:1480; "Morales, María Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos 315:1902; "Risso, Claudio Jesús y otros c. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos 315:2330; "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos 316:2136, entre otros).

(43) VAZQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad por daños (Elementos)", cit. p. 193 y COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., "Fundamentos de la responsabilidad Civil: culpa y riesgo", en la obra colectiva Derecho de Daños, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 57.

(44) TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit. t. I, p. 637. Como explica López Herrera: "En ese entonces, la imputación se vinculaba con la autoría moral, relacionaba con el comportamiento voluntario juzgado en forma desfavorable en un tono de autoría moral" (LOPEZ HERRERA, Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", cit., p. 242).

(45) DIEZ-PICASSO y PONCE DE LEON, Luis, "Derecho de daños", Civitas, Madrid, 1999, p. 351 y ss.

(46) LOPEZ HERRERA, Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", cit. p. 246.

(47) 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, "Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado", obra colectiva "La contratación pública", dirigida por Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 954).

(48) CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LA LEY, 2005-D, 1268 y PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

(49) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", LA LEY, 2009-F, 1026; GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", EDA, 2008-653 y PERRINO, "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", cit., p. 59 y ss.

(50) CSJN, causa "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros", Fallos: 321: 1124 y también en LA LEY, 1998-C, 317; ídem causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261. Concorde con ello en más de una ocasión la Corte Suprema de Justicia ha expresado que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular" (CSJN causas: "Vadell, Jorge Fernando c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030; "Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 307:1942; "Mascaró de Manuilo, Martha Esther c. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos 313:1465; "Agencia Marítima Rioplat S.A. c. Cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria", Fallos 315:2865; "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 316:2136; "Brescia, Noemí Luján c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 317:1921;

"Menkab S.A. c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 318:1800; "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L. c. Santa Fe, Provincia de", Fallos 320:266; "Lew, Benjamín Jorge y otro c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal", Fallos 320:1999; "P. de P., E. P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba", 21/12/2010, LA LEY, del 31/12/2010; entre otros). El origen de esta fórmula se encuentra en el antiguo y famoso pronunciamiento dictado por el Máximo Tribunal nacional en la causa "Ferrocaril Oeste c. Provincia de Buenos Aires", fallado el 3/10/38 (Fallos: 182:5).

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

(52) 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 sólo relativa en la órbita de los contratos administrativos" (ESCOLA, Héctor J., "Tratado integral de los contratos administrativos", Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 373; conf. HUTCHINSON, "Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado", cit., p. 948.). En tal sentido La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que: "Aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: pacta sunt servanda" (CSJN, Fallos: 314: 491, causa "Necón SA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario").

(53) 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.

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

(55) HUTCHINSON, "Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado", cit. p. 948.

(56) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones ha resuelto que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (CSJN, causa "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional —Servicio Nacional de Parques Nacionales—", Fallos 316:382 y LA LEY, 1993-E, 402 y sus citas) y que "La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos (arts. 1071 y 1198 del Código Civil) y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho administrativo" (CSJN, causa "Produmet S.A. c. Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/cumplimiento de contrato", Fallos: 323:3035).

(57) Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis y LIMA MARQUES, Claudia, "Contratos de servicios a los consumidores", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 18/20 y DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, "Derecho de daños", Civitas, Madrid, 1999, p. 265.

(58) Ver: TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit. t. I, pp. 735/760; LOPEZ HERRERA, Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", cit, p. 268 y ss., PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados", JA, 1996-II-713; PIZARRO, Ramón D., "Daño moral contractual", JA, 1986-IV-924; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La responsabilidad contractual objetiva", LA LEY, 1988-B, 998.

(59) PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados", JA, 1996-II-713.

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

(61) TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit. t. I, p. 141 y ss.

(62) Contrariamente a la postura que exponemos, Sáenz 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 (SÁENZ, ob. cit. pp. 89/93).

(63) Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LA LEY, 2005-D, 1268; TAWIL, Guido S., "La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia", Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 176; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, 784 y 786; AMENABAR, María del Pilar, "Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 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° 38, 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 la obra colectiva "El Derecho Administrativo hoy", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

(64) Ver: PERRINO, E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

(65) PAILLET, Michel, "La responsabilidad administrativa", Universidad Externado de Colombia, impreso en Argentina, 2001, p. 169.

(66) CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261.

(67) CSJN "Establecimientos Americanos Graty S.A. c. Nación", Fallos: 180:107; "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; "Cruppi Hnos. S.A. c. Fretes Néstor, Luis y otro", Fallos 310:943; "Buenos Aires Eximport S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ordinario", Fallos 316:397; "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. B.C.R.A. s/daños y perjuicios", Fallos 319:2658, entre otros.

(68) CSJN, causa "Pistone, Ciro Alberto c. Estado Nacional s/daños y perjuicios", Fallos: 330:2464.

(69) CSJN, Causa "Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Banco Central de la República Argentina", Fallos: 315:1026; ver: Coviello, Pedro, J. J., "El caso "Columbia":

nuevas precisiones acerca de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales formativos", Rev. de Der. Adm. nros. 9 a 11, p. 139 y ss.

(70) Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general— esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito" (causa "Rebesco, Luis Mario c. Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/daños y perjuicios", Fallos: 318: 385).

(71) 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, "Derecho administrativo", cit. t. I, p. 468; conf. BENOIT, Francis Paul, "El derecho administrativo francés", Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 783).

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

(73) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, 2ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 575; PRITZ, Osvaldo A. F., "El rescate", obra colectiva "Los servicios públicos", coordinada por Marta González de Aguirre, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 181 y ss.

(74) En el ámbito nacional hasta el dictado del decreto 1023/01 no existía una normativa aplicable a la generalidad de los contratos públicos que determinara el quantum indemnizatorio en los supuestos de resolución por inoportunidad, mérito o conveniencia. Sólo algunas regulaciones sectoriales previeron ello, marginando el pago del lucro cesante. La primera normativa que así lo dispuso fue la ley 12.910, dictada en el año 1947, por la cual se contemplaron soluciones para los problemas que presentaban las obras contratadas y ejecutadas durante el transcurso de la segunda guerra mundial. En el art. 5º de dicho cuerpo legal se determinó que en caso de paralización de obras era procedente la rescisión de los contratos sin aplicación de penalidades y sin que correspondiera, en esa situación, reconocer al contratista ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de la obra dejada de ejecutar. También en el inciso 88 del decreto 5720/72, reglamentario del art. 61 de la derogada Ley de Contabilidad, al contemplarse la rescisión contractual por parte del Estado por causa justificada, no prevista en dicha normativa, se descartaba el pago del lucro cesante. A partir del año 2000 el criterio de excluir el pago del lucro cesante se generaliza al establecerse en el art. 96 del Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto 436/00, y en el art. 12, inciso b), último párrafo, del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional previsto en el decreto 1023/01. Cabe destacar que en algunos contratos de concesión de obras y de servicios públicos se ha previsto la facultad extinguir por razones de interés público el contrato y una indemnización tasada por tal concepto que incluye el reconocimiento utilidades futuras comprobadas (lucro cesante) (arts. 17.7, en particular 17.7.2 de los contratos de accesos a la Ciudad de Buenos Aires y arts. 14.9.7 y 14.8.3 del contrato celebrado por Aguas Argentinas S.A. por la provisión de agua y desagües cloacales).

(75) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; HUTCHINSON, Tomás, "La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", cit., p. 535 y ss.; COMADIRA, Julio R., "Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", ED, supl. de Der. Adm., serie especial del 31/10/2002; "Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", Documentación Administrativa, Madrid, INAP, nº 237-238, p. 297 y ss.; "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al

profesor Miguel S. Marienhoff", dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, p. 461 y ss.; Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 358/381; 38/416; "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", RAP nº 326, p. 559.

(76) El art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones, nº 21.499, dispone: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

(77) BERCAITZ, Miguel A., Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 502/503; CASSAGNE, Derecho administrativo, cit., t. I, pp. 485/488 y 490/491 y 162/163; TAWIL, Guido Santiago, "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", obra colectiva Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 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, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado", E.D., 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", Revista de Administración Pública, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 9; FONROUGE, Máximo, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", en Contratos Administrativos, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, Osvaldo Ángel F., "El rescate", en Contratos Administrativos, antes cit. p. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", en Servicio público y policía, CASSAGNE, Juan Carlos, director, El Derecho, Buenos Aires, 2006; ps. 217/219; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", cit., p. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., "Contratos de la Administración provincial", Scotti Editora, La Plata, 1996, p. 92; BUJ MONTERO, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral", obra colectiva "Contratos administrativos", dirigida por Ismael Farrando, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 551 y ss., "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", obra colectiva, "Responsabilidad del Estado", Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 239 y ss. PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", obra colectiva "La contratación pública", t. II, dirs.: CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 1119 y ss. y "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", Sup. de Der. Adm. de JA del 11/11/09.

(78) CSJN: "Jucalán Forestal, Agropecuaria SA c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos 312:2266; "Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios". D. 116. XXI. Discam S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios. D. 470. XX. Don Santiago SCA. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos 316:1335.

(79) Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/expropiación", Fallos: 318:445.

(80) Ver: PERRINO, Pablo E., y "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", Sup. de Der. Adm. de JA del 11/11/2009.

(81) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de "justa" indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CSJN "Benítez, Fructuoso y otra c. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 317:377 y "Agua y Energía Eléctrica S.E. c. Montelpare, Gustavo s/expropiación - incidente de desindexación", Fallos 326:2329).

(82) Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué emitido en el caso "Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" (Fallos: 312:2266),

para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causado por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

(83) Conf. TAWIL, Guido, "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", antes cit. p. 245.

(84) Si bien como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues, así como nos parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado también lo es reconocerlo sin limitación alguna (Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué antes citado). Es que la reparación en tales casos no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos (En igual sentido: BIANCHI, "El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general", obra colectiva Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional, Ediciones Diké, Mendoza, 2004, p. 131 y ss. y argumento en los casos "Nación c. Dubini, José y Dubini, Ángel", 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).

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

(86) FONROUGE, "Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público", en Contratos Administrativos, ob. cit.; p. 557.

(87) AGUILAR VALDEZ, "Caducidad, rescisión y recate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", cit., p. 218.

(88) El criterio seguido por la Corte nacional en los casos mencionados, si bien difiere con el adoptado por el mismo tribunal en otras ocasiones en las cuales, en virtud de decisiones legítimas se consideró responsable al Estado en su faz extracontractual y se dispuso la aplicación analógica del art. 10 de la ley de expropiaciones para determinar la extensión del resarcimiento, coincide con el seguido en otros casos en los también se suscitó del deber del Estado de reparar los daños ocasionados por comportamientos legítimos en el ámbito extracontractual pero se dispuso indemnizar el pago del lucro cesante (ver: causas "Boccaro, Armando c. Nación", res. del 17/7/70 (Fallos: 277:225); "Juncalán" Forestal, Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sent. del 23/11/89 (Fallos: 312:2266); "Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios"; "Discam S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" y "Don Santiago S.C.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sentencias del 16 de junio de 1993 (Fallos: 316:1335); "Torrero, Felipe y otros c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sentencias del 10 de agosto de 1995, (Fallos: 318:1440); "Pronar S.A.M.I. y C. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sentencia del 25/11/97 (Fallos: 320:2551)).

(89) CSJN, Fallos: 286:333. El caso se originó a raíz de un contrato celebrado entre la referida firma y la empresa estatal, por el cual la primera se obligó a realizar un proyecto de

locomotoras a vapor; la fabricación de diez de estas máquinas; de repuestos, y remodelación de otras locomotoras. La contratante rescindió el contrato por entender que existió incumplimiento de parte de la contratista y por razones de conveniencia administrativa. El Alto Tribunal entendió que, de conformidad con las circunstancias de la causa, la extinción del contrato debía considerarse —en realidad— como una "rescisión" unilateral de la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia. El alto tribunal con sustento en lo dispuesto en el art. 1638 del Código Civil, según el cual si el dueño de la obra desiste de su ejecución, por su sola voluntad, corresponde indemnizar todos los gastos al locador, incluido "la utilidad que pudiera obtener por el contrato", reconoció la procedencia de la reparación del "lucro cesante" bajo la denominación "utilidad frustrada indemnizable".

(90) CSJN, Fallos: 306:1409.

(91) La decisión se sustentó, en sustancial síntesis, en los siguientes argumentos: a) El principio de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se traduce en el derecho a una "indemnización plena" por parte del damnificado; b) La ley de obras públicas 13.064 no contiene normas que limiten en el caso la reparación del lucro cesante. c) El art. 18 del decreto-ley 19.549 al no determinar el alcance de la indemnización, funda la concesión del lucro cesante antes de su prohibición, pues el principio jurídico que rige toda indemnización es el de su integridad. d) No corresponde para determinar la indemnización aplicar analógicamente la ley de expropiaciones, porque "la expropiación supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio". En disidencia los jueces Fayt y Caballero rechazaron el reconocimiento del lucro cesante.

(92) En una medulosa disidencia, la Dra. Highton de Nolasco sostuvo que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir por vía analógica a las soluciones de la ley nacional de expropiaciones, la cual en su art. 10 excluye la indemnización del lucro cesante. Asimismo, destacó que dicho criterio también ha sido receptado en un vasto conjunto de normas de Derecho Público, tales como las leyes 12.910 (art. 5º), 13.064 (arts. 30, 38 y 54 inc. f ley 23.554 (art. 35); el derogado decreto 5720/72 (inc. 88), decretos 436/00 (art. 96), 1023/01 (art. 12 inc. d) y las leyes 25.344 (14) (art. 26) y 25.453 (art. 11). A su entender la analogía mencionada debía fundarse en principios de Derecho Público porque "la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados". Más adelante expresó: "A diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva" y que "la diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución". Respecto al argumento empleado por la mayoría del Alto Tribunal en el caso "Eduardo Sánchez Granel" consistente en el instituto de la expropiación supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, por lo que no corresponde su aplicación analógica a casos como el allí examinado, se adujo que "admitida la facultad de la Administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley. No se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del Estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate". Por último, expresó que aun de considerarse por vía de hipótesis, aplicables las disposiciones del Derecho Civil a supuestos de responsabilidad propios del Derecho Público —tal la derivada del obrar estatal ilícito— tampoco se podría reconocer la indemnización integral a favor del administrado, pues "la actuación lícita del Estado que causa daños constituiría, dentro de este ámbito del Derecho Privado, un supuesto de ejercicio regular de los derechos (conf. art. 1071, Cód. Civil)", el cual no genera responsabilidad. Además, si "en el ámbito de la ilicitud existen diferencias —en cuanto a las consecuencias resarcibles— entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905, Cód. Civil), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los

administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático".

(93) CSJN, Fallos: 332:1367.

(94) La Dra. Highton de Nolasco, en cambio, rechazó este rubro por entenderlo improcedente remitiéndose a tales efectos, a los fundamentos y conclusiones desarrollados por ella misma en la causa "El Jacarandá". Como puede apreciarse, el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia en su actual integración, con la excepción de la Dra. Highton de Nolasco, postula claramente que el alcance de la reparación en los supuestos de perjuicios causados por actuaciones estatales lícitas comprende también el lucro cesante. Pero, claro está, siempre y cuando sea demostrado en forma fehaciente.

(95) Al regularse las facultades de la Administración en materia contractual, el art. 12, inc. b), 2º párrafo, del decreto 1023/01 prevé: "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". Dicho criterio es reiterado en el art. 121 del Decreto 893/2012.

(96) El art. 4º del Decreto 1023/01 establece: "Contratos Comprendidos. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias".