

CARLOS F. BALBÍN

**Impacto
del
Código Civil y Comercio
en el
derecho administrativo**



ASTREA



DPI Cuántico

CARLOS F. BALBÍN

**Impacto
del
Código Civil y Comercial
en el
derecho administrativo**



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2016

Balbín, Carlos

Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo

Carlos Balbín - 1ª ed.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

160 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-987-706-101-7

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires

(54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)

www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena de agosto de 2016.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

§ 1. Introducción	1
§ 2. Breve explicación de la ley 26.944	2
§ 3. Breve explicación sobre el criterio de la Corte respecto de la responsabilidad estatal antes de la sanción de la ley 26.944	4
a) Teoría del órgano (responsabilidad por las acciones estatales). El caso "Vadell"	5
b) Las nuevas tendencias (responsabilidad del Estado por omisión)	6
c) Titularidad y guarda de las cosas de propiedad estatal. El vínculo principal-dependiente	16
d) El vínculo entre principal y dependiente	18
§ 4. Los déficits de la ley (regulación reprochable y no omisiva). La corrección de tales déficits por vía interpretativa	24
a) Responsabilidad directa. Falta de explicitación de la ruptura del factor de imputación. La insuficiencia de los eximentes previstos por la ley 26.944	24
b) Responsabilidad objetiva. Crisis de este factor. Necesidad de incorporar el factor subjetivo	29
c) Limitación de la responsabilidad del Estado por omisión	33
d) Los requisitos de la responsabilidad por actividad lícita	35
e) Responsabilidad por actividad judicial	49

f) Responsabilidad estatal por los daños causados por concesionarios o contratistas del Estado	62
g) Improcedencia de las sanciones pecuniarias disuasivas	64
h) Responsabilidad de los agentes públicos	66
i) Sobre el modo de contar el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual del Estado	66
§ 5. Omisiones del legislador y el modo de resolución por la Corte ante la ley	72
a) Teoría de la causalidad	72
b) Teoría de la prejudicialidad	75
c) Teoría de la prueba	77
d) Daños causados por el vicio o riesgo de las cosas o por las cosas	78
e) Daños causados por terceros	81
f) Daños causados por particulares en ejercicio de funciones administrativas	82
g) Un caso peculiar: la responsabilidad del Estado por los daños causados en los establecimientos educativos	85
§ 6. Cómo resolver las omisiones del legislador federal ..	85
a) Los subsistemas de derecho público y privado. Esquemas posibles	85
b) ¿Por qué es importante la definición del esquema anterior? La interrelación entre los sistemas	97
c) La distinción entre la analogía y la subsidiariedad	97
d) La interrelación en la jurisprudencia de la Corte Suprema	101
e) La interrelación en la ley 26.944	102
§ 7. Regulación en el Código Civil y Comercial de las omisiones del legislador federal	103
a) Teoría de la causalidad	103
b) Teoría de la prejudicialidad	104
c) Teoría de la prueba	107
d) Daños causados por las cosas o el vicio o riesgo de éstas	108
e) Daños causados por terceros (entes autárquicos, sociedades del Estado y sociedades anónimas) ..	110
f) Daños causados por terceros en ejercicio de funciones administrativas	113
g) Otras cuestiones complementarias	114

§ 8. Regulación de la responsabilidad en los Estados provinciales	115
a) ¿Regulación provincial o adhesión a la ley federal?	115
b) La regulación local y sus supuestos límites: el derecho común o las bases del derecho administrativo federal	116
c) Un caso particular sobre regulación de los Estados provinciales: el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad	117
d) Ausencia de regulación	118

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 9. Introducción	125
§ 10. La regulación de los contratos administrativos	125

B) LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS

§ 11. Cláusulas exorbitantes	129
§ 12. Reenvío al derecho privado	134
§ 13. Contratos administrativos regidos en parte por el derecho privado (aplicación directa por remisión del derecho administrativo)	135
§ 14. Regulación de la capacidad de las personas para contratar con el Estado	136
§ 15. Interpretación de los contratos	138
§ 16. Regulación de la distribución del riesgo en el Código Civil y Comercial	142
a) Excepción de incumplimiento contractual	143
b) El hecho del príncipe. Distribución de los riesgos. Aplicación supletoria del régimen del derecho privado. La ley de obras públicas	146
c) La teoría de la imprevisión. Regulación en el derecho privado. Recepción en el derecho público. Distribución de los riesgos	149

d) Resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor. Distribución de los riesgos	153
e) El pacto comisorio en el derecho público	157
§ 17. Plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad estatal contractual	160

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 18. Introducción	167
§ 19. Los principios generales del derecho	167
§ 20. Las normas regulatorias de rango inferior	173
§ 21. El derecho débil como fuente del derecho administrativo	174
§ 22. El precedente como fuente del derecho	174
§ 23. La jurisprudencia como fuente	176

CAPÍTULO IV

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

§ 24. La regulación legal	177
§ 25. Sujetos no incluidos expresamente entre los entes públicos y privados	178

CAPÍTULO V

LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO

§ 26. Introducción	181
§ 27. Los caracteres de los bienes del dominio público ..	185
§ 28. Los poderes competentes para su regulación: Estado federal, provincias y municipios	187
§ 29. El uso de los bienes del dominio público	188
<i>Bibliografía</i>	191

CAPÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

§ 1. INTRODUCCIÓN

Las notas más relevantes históricamente sobre la responsabilidad del Estado han sido, por un lado, la ausencia de regulación por el legislador federal y, por el otro, la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad desde los precedentes judiciales.

En efecto, en razón de la laguna existente (caso administrativo no previsto) fue necesario armar la teoría de la responsabilidad con los casos judiciales individuales. Por eso, es razonable que se explique la responsabilidad del Estado a través de las sentencias judiciales y se intente construir desde ese andarivel el esquema teórico previo a la ley 26.944.

Vale aclarar que los presupuestos de la responsabilidad del Estado son los siguientes: *a)* la antijuridicidad (actividad ilegítima) y obligación de no soportar el daño y el sacrificio especial (actividad legítima); *b)* el factor de imputación; *c)* el nexo causal; *d)* el daño, y *e)* el factor de atribución. Estos estándares nos permiten encuadrar este tema y seguir un derrotero común de desarrollo en los distintos capítulos de este trabajo¹.

Finalmente, cabe reflexionar sobre el sentido y alcance de la ley de responsabilidad estatal. De la lectura de los

¹ Para un análisis más pormenorizado puede consultarse BALBÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cap. XX.

fundamentos del Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo –luego aprobado como ley– y del debate parlamentario (particularmente, en el Senado) surge que el legislador se propuso reproducir de modo ordenado el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema desarrollado en los últimos cuarenta años. Pues bien, este argumento merece ciertas observaciones. Por un lado, el texto normativo no sigue el criterio judicial respecto de ciertas ideas o categorías sobre el particular y, por el otro, el legislador no debe limitarse a transcribir el parecer de los jueces, sino crear un modelo sobre responsabilidad estatal (y, por tanto, de distribución de riesgos) capaz de satisfacer las demandas sociales en una sociedad de mayores riesgos y con perspectiva de futuro (y no simplemente como repaso del pasado).

§ 2. BREVE EXPLICACIÓN DE LA LEY 26.944

El legislador aprobó en 2014 la ley 26.944, sobre responsabilidad del Estado, cuyos trazos, que luego estudiaremos con mayor detalle, son los siguientes.

a) *Ámbito de aplicación.* La ley comprende la responsabilidad del Estado nacional por los daños causados por su actividad o inactividad, sin distinguir entre el Estado-Administración, el Estado-legislador y el Estado-juez, aunque luego sí se refiere puntualmente al Estado-juez (actividad judicial legítima del Estado) en uno de sus mandatos (art. 5°).

A su vez, el legislador reguló la responsabilidad del Estado por las actividades de otros sujetos (los concesionarios y contratistas de los servicios públicos) en razón de los daños causados en el ejercicio de las funciones encomendadas por el Estado. En tal caso, cabe adelantar que el Estado no debe responder.

En síntesis, es posible afirmar que el legislador siguió el criterio objetivo sobre la definición de derecho administrativo y sus categorías (arts. 1°, 5° y 6°).

b) *Principios de la responsabilidad estatal.* La responsabilidad del Estado es objetiva y directa (art. 1°). Luego volveremos sobre este punto, su explicación y su análisis crítico.

c) *Los requisitos de la responsabilidad estatal por conductas ilegítimas.* Tales presupuestos son los siguientes: 1) el daño cierto (actual o futuro) y mensurable en dinero; 2) la imputabilidad material al órgano estatal (teoría del órgano); 3) la relación de causalidad adecuada (teoría de la causalidad adecuada), y 4) la falta de servicio (actuación u omisión irregular del Estado).

A su vez, “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3°).

d) *Requisitos de la responsabilidad estatal por actividades lícitas y su regulación.* Los presupuestos son: 1) el daño cierto, actual y mensurable en dinero; 2) la imputabilidad material al órgano estatal (teoría del órgano); 3) la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva (teoría del antecedente más próximo y de las causas eficientes); cabe recordar que estas teorías son interpretadas como causas exclusivas y excluyentes de responsabilidad; 4) la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, y 5) el sacrificio especial, diferenciado del que sufre el resto y, en particular, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Asimismo, la responsabilidad por actividad lícita es excepcional y sólo comprende el lucro cesante (arts. 4° y 5°).

e) *Eximentes de la responsabilidad del Estado.* Éste se exime de responsabilidad por caso fortuito (fuerza mayor), el hecho de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (art. 2°).

f) *Responsabilidad estatal por actividad judicial.* Los daños causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (art. 5°).

g) *Responsabilidad del Estado por la actividad de los contratistas y concesionarios de los servicios públicos.* El Estado no debe responder de modo directo ni subsidiario por “los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada” (art. 6°).

h) *Plazos de prescripción de las acciones.* La ley regula los siguientes: 1) el de la acción por responsabilidad extra-

contractual estatal (tres años), desde la verificación del daño o desde que la acción esté expedita; 2) el de la acción por responsabilidad de los agentes públicos (tres años), y 3) el de la acción de responsabilidad de repetición contra los agentes públicos (tres años), a partir de que la sentencia que estableció la indemnización quedó firme (arts. 7° y 9°).

i) *Sanción pecuniaria disuasiva.* Ella es improcedente contra el Estado (art. 1°).

j) *Responsabilidad estatal derivada de la nulidad de los actos administrativos.* En este caso, el interesado puede iniciar la acción de nulidad o inconstitucionalidad juntamente con la de indemnización por los daños y perjuicios, o después de finalizado el proceso de anulación o inconstitucionalidad de la norma o acto que le sirve de sustento (art. 8°).

k) *Responsabilidad de los agentes públicos.* Los agentes y funcionarios públicos son responsables por los daños causados por cumplir de manera irregular sus obligaciones legales, sea por dolo o culpa.

A su vez, las sanciones pecuniarias disuasivas son improcedentes contra los agentes y funcionarios públicos (art. 9°). Cabe recordar que el Código Civil y Comercial remite, respecto de las sanciones conminatorias, a las “normas propias del derecho administrativo” (art. 804), como luego veremos.

l) *Responsabilidad contractual.* Si bien la responsabilidad estatal contractual se rige por sus propias normas (reglas especiales sobre contrataciones), en caso de ausencia de regulación se aplica, supletoriamente, la ley en comentario (art. 10).

§ 3. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE EL CRITERIO DE LA CORTE RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTES DE LA SANCIÓN DE LA LEY 26.944

Con el propósito de explicar brevemente y del modo más claro posible cómo era el régimen de la responsabilidad estatal en nuestro sistema jurídico antes de la ley, es necesario recurrir, entre el material más relevante, a los fallos de la Corte Suprema, porque el vacío normativo en el derecho público federal fue notorio (desde sus orígenes hasta la sanción

de la ley 26.944, en 2014) y, por tanto, el modelo se construyó de modo casuístico con los precedentes judiciales.

a) *TEORÍA DEL ÓRGANO (RESPONSABILIDAD POR LAS ACCIONES ESTATALES).* EL CASO “VADELL”. Al principio, la Corte Suprema negó la responsabilidad estatal, salvo cuando las leyes lo hubiesen aceptado de modo expreso.

Luego, en los precedentes “Devoto” y “Ferrocarril Oeste”, a partir de la década del 30 del siglo pasado, el tribunal reconoció la responsabilidad en términos *indirectos* (primero de conformidad con el art. 43, Cód. Civil –es decir, como mandante o representado– y, luego, en el marco del art. 1113, Cód. Civil –principal/dependiente–) y *subjetivos* (aquí se apoyó en el art. 1109, Cód. Civil –culpabilidad–).

Sin embargo, el máximo tribunal cambió radicalmente este criterio en el precedente “Vadell”, sentando las nuevas bases de la construcción dogmática de la teoría de la responsabilidad estatal; esto es, la responsabilidad *directa y objetiva por falta de servicio*, en los términos del art. 1112 del Cód. Civil.

Cabe recordar que el art. 1112 del Cód. Civil decía que “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

Pues bien, ¿cómo hicieron los jueces para construir dicha teoría (responsabilidad del Estado *directa y objetiva por falta de servicio*) desde ese texto, que sólo describe la responsabilidad de los funcionarios públicos y nada dice sobre la responsabilidad estatal?

Los jueces argumentaron que “esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y omisiones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones” (CSJN, 18/12/84, “Vadell, Jorge F. c/provincia de Buenos Aires s/indemnización”). Es decir, los jueces recurrieron a la técnica de la *subsidiariedad* para aplicar las reglas del derecho privado (Código Civil) al derecho administrativo.

Es importante señalar que en otros casos los jueces utilizaron indistintamente las herramientas hermenéuticas de la aplicación directa, subsidiaria o analógica del derecho privado. Por ejemplo, en los precedentes sobre la aplicación del plazo de prescripción del Código Civil respecto de las acciones por responsabilidad estatal extracontractual (casos "Wiater", "Laplacette" y "Cipollini", entre otros).

Este esquema de interrelación entre el derecho público y privado es explicado en detalle en el § 6.

A su vez, este cuadro (responsabilidad directa y objetiva por falta de servicio) debe completarse con unos pilares que consideramos fundamentales con el objeto de describir íntegramente la teoría construida por la Corte Suprema desde sus orígenes hasta 2014; la responsabilidad del Estado por omisión, la responsabilidad del Estado por las cosas de su propiedad o que estuviesen bajo su guarda y, por último, la responsabilidad del Estado por terceros (en particular, por las conductas de los concesionarios y contratistas del Estado).

b) *LAS NUEVAS TENDENCIAS (RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN)*. El Estado responde por no hacer aquello que debe hacer; es decir, incumple con un deber legal de hacer o cumple de modo irregular con dicho mandato (p.ej., si el Estado prestase el servicio de seguridad vial defectuosamente). Pues bien, aquí debe analizarse con detenimiento cuál es el deber estatal; esto es, más precisamente, su contenido y contorno, según las circunstancias del caso. Este contexto permite, entonces, configurar el incumplimiento estatal y su consecuente responsabilidad².

² MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*. MELLID señala que "esta distinción bipolar de actos de comisión y actos de omisión... en materia de responsabilidad, es especialmente relevante a efectos de determinar si la conducta ha de ser juzgada de acuerdo con lo establecido por el art. 1109 (actos de comisión) o por el art. 1074 del Cód. Civil (actos de omisión)". No obstante, aclara que "en el ámbito del derecho administrativo, si se considera... que la responsabilidad por actividad ilícita por omisión -al igual que la responsabilidad por comisión- debe ser juzgada -como falta de servicio- a la luz del art. 1112 del Cód. Civil, la distinción entre actos de omisión y de comisión por omisión no presenta mayor relevancia"

Así, en los casos de las omisiones (inactividad), el presupuesto básico es el contenido antijurídico, tal como ocurre en los supuestos de responsabilidad por hechos o actos ilícitos (actividad o actuación estatal).

En efecto, la responsabilidad estatal por omisión procede cuando el Estado incumple sus deberes -es decir, no hace aquello que debe hacer- y su fundamento antes de la ley 26.944 eran los arts. 1112 y 1074 del Cód. Civil.

Pero, ¿cuál es el nivel de densidad del deber de hacer del Estado que, en caso de incumplimiento, hace caer sobre él la responsabilidad por los daños causados? Por ejemplo, el Estado tiene el deber de prestar la seguridad a los habitantes. Pues bien, ¿es responsable por los delitos cometidos? ¿Cuál es el estándar de exigibilidad respecto de las obligaciones del Estado (mandatos de hacer)? ¿En qué momento o circunstancias el Estado es responsable y, por tanto, debe reparar los daños causados? ¿Cuál es el criterio o estándar? ¿Existe este criterio? ¿Es posible que el legislador establezca reglas al respecto o debemos dejarlo librado al criterio discrecional de los jueces en el caso concreto?

La Corte Suprema aceptó la responsabilidad del Estado por omisión, entre otros, en el caso "Odol"³.

Posteriormente el alto tribunal profundizó su análisis, al distinguir entre los deberes estatales específicos e inespecíficos (ver, entre otros, los casos "Badin", "Zacarías", "Vergnano", "Mosca", "Cleland" y "Juárez"). Pero el Estado, más allá de su deber de cumplir la ley (mandato de hacer), también puede omitir el ejercicio del poder regulatorio o el control sobre el cumplimiento de las regulaciones por terceros (caso "Cohen").

Veamos distintos precedentes de la Corte Suprema.

En el antecedente "Badin" los hechos del caso fueron los siguientes: en 1990 se produjo un incendio en la unidad penitenciaria de la localidad de Olmos, provincia de Buenos Aires, y como consecuencia de ello murieron treinta y cinco reclusos internados en ese establecimiento carcelario.

(El particular frente a la inactividad de la Administración Pública Nacional. *Distintas vías procesales-administrativas*, EDA, 31/12/04).

³ Fallos, 304:651.

La Corte Suprema condenó al Estado provincial porque éste omitió el cumplimiento de sus deberes primarios y, consecuentemente, prestó el servicio penitenciario de modo irregular. Los argumentos del tribunal pueden resumirse como sigue.

1) El principio constitucional establece que las cárceles tienen el propósito fundamental de seguridad y no el castigo de las personas detenidas y, en tal sentido, el texto constitucional prohíbe cualquier medida que so pretexto "de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija". Así, el Estado tiene la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la custodia de sus vidas, salud e integridad física y moral.

2) El principio que prevé el art. 1112 del Cód. Civil es que el Estado debe cumplir de modo regular las obligaciones a su cargo.

3) Respecto de las causales de exención de la responsabilidad estatal en el caso particular, el tribunal dijo que: a) aun admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen propio del penal, que pudo evitarse si aquél se hubiese encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines, y b) las circunstancias del caso, entre ellas las irregularidades y los hechos de corrupción oportunamente denunciados, no encuentran justificación en las dificultades presupuestarias, la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiente formación del personal o las excesivas poblaciones penales⁴.

En síntesis, la Corte Suprema reconoció que el Estado no cumplió con sus obligaciones; es decir, omitió el deber de hacer. Pero, ¿en qué consisten esas obligaciones? En la prestación regular del servicio; esto es, un estándar genérico que es completado luego con las circunstancias del caso.

Pero, ¿cuál es el nivel que cabe exigirle al Estado? ¿Cuánto debe hacer el Estado? ¿De qué modo y con qué

⁴ CSJN, 19/10/95, "Badin, Rubén, y otros c/provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", LL, 1996-C-585.

medios debe garantizarse el estado de las cárceles? ¿Cuál es el nivel o estándar exigible?

Este criterio fue desarrollado por el tribunal, entre otros, en el precedente "Zacarías". Así, dijo la Corte Suprema que "la falta de servicio es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"⁵.

Veamos otro ejemplo. En el caso "Vergnano de Rodríguez", de 2002, el señor Rodríguez, con motivo de un accidente de tránsito, fue detenido como contraventor y alojado en una celda de una comisaría de la provincia de Buenos Aires. Luego, fue agredido y asesinado por otro detenido, que estaba acusado por la comisión de un delito doloso. Los jueces consideraron que el Estado era responsable por las siguientes razones.

1) La policía provincial violó el reglamento vigente, al alojar conjuntamente a los detenidos por delitos dolosos y a los imputados por contravenciones.

2) Además, en la comisaría existían dos pabellones -uno de contraventores y otro de detenidos-.

En tales condiciones concluyó que "aparecen reunidos los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado provincial pues, como este tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades, quien contrae la obligación de prestar un servicio -en el caso, de policía de seguridad- lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su ejecución irregular -art. 1112, Cód. Civil-"⁶.

Más adelante, en la causa "Cohen", el tribunal sostuvo que "la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés gene-

⁵ CSJN, 28/4/98, "Zacarías, Claudio H. c/provincia de Córdoba y otros", LL, 1998-C-322.

⁶ CSJN, 28/5/02, "Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/Buenos Aires, provincia s/daños y perjuicios", Fallos, 325:1279.

ral o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto". Es más, si bien la "reglamentación requiere la previa obtención de la correspondiente licencia de piloto, la utilización de cascos y paracaídas auxiliares, comunicación por radio durante el vuelo y, en particular, la contratación de un seguro de responsabilidad civil contra terceros y para los pasajeros transportados... *la mera existencia de ese reglamento es insuficiente para responsabilizar al Estado provincial por el accidente*". Leamos con mayor detenimiento el siguiente párrafo: "quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular".

En este caso, el actor contrató los servicios de parapente y "en vuelo y prácticamente de inmediato, se cerró una de las alas por lo que pese a las maniobras del instructor el parapente cayó en tirabuzón... sólo una hora y media después arribó una ambulancia que los trasladó por un camino de montaña lo que agudizaba los dolores intensos que sufría".

A su vez, el actor destacó que "en el lugar no había equipo de auxilio ni helicóptero sanitario ni de pasajeros... agrega que no se pudo utilizar una aerosilla y que esas condiciones, unidas a sus lesiones, empeoraron su situación determinando su parálisis definitiva".

Luego, el tribunal sostuvo que "cuando la administración regula las actividades privadas, imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias tales como lo son *el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles*".

Así, "el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado". Y añade que "sostener lo contrario significaría tanto como instruir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder"⁷.

Los jueces analizaron la responsabilidad del Estado por: 1) el ejercicio de sus poderes de regulación y control sobre las actividades privadas de parapente; 2) la supuesta omisión de auxilio al actor, y 3) la publicidad del Estado sobre este tipo de actividades recreativas.

En este punto, dijo la Corte Suprema que "la reglamentación... no contempla lo atinente al tiempo, modo, y lugar de la supervisión". A su vez, que "[la idea de que] la disponibilidad inmediata de ese medio de transporte hubiera evitado o disminuido las gravísimas lesiones sufridas por el actor es conjetural". Y, finalmente, que "la circunstancia de que la provincia hubiera publicitado... ese y otro tipo de actividades... carece manifiestamente de relación de causalidad con las lesiones".

Por su parte, en el precedente "Mosca", el alto tribunal señaló que "resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último

⁷ CSJN, 30/5/06, "Cohen, Eliazar c/Río Negro, provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos, 329:2088. En este contexto no puede dejar de mencionarse el caso "Torres" de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza cuando sostuvo que el Estado es responsable por una omisión ilícita aun sin norma expresa en ese sentido, si: a) existe un interés normativamente relevante en su contenido cuantitativo o cualitativo; b) hay necesidad de actuar para tutelar el interés, y c) hay proporción entre el sacrificio de las conductas estatales omitidas y el beneficio que se obtendría. Los jueces concluyeron que en el caso en análisis no existía norma expresa y que, tratándose de un conflicto de intereses de igual naturaleza, el actor debió probar que la omisión estatal fue abusiva.

supuesto *corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible*".

En el presente caso, el actor demandó a la Asociación del Fútbol Argentino, al Club Atlético Lanús y a la provincia de Buenos Aires por los daños causados por los simpatizantes del Club Lanús al arrojar todo tipo de objetos sobre la hinchada del equipo visitante. En ese contexto, "el actor fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo, lo que le provocó una importante herida que le ocasionó una progresiva disminución de su visión".

Pues bien, "la determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables"⁸.

⁸ CSJN, 6/3/07, "Mosca, Hugo A. c/Buenos Aires, provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios". Fallos, 330:563.

Así las cosas, debe valorarse si el Estado utilizó *medios razonables* para el cumplimiento del servicio, de modo que no es suficiente con el hecho de acreditar el daño resarcible. La Corte Suprema continuó su análisis en los siguientes términos: "la policía destinó efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio. Consta también que se dispuso la presencia de policía adicional... y que el personal comando de patrullas era el encargado de hacer constantes recorridas por las adyacencias del estadio".

Además de los medios usados por el Estado, el tribunal se detuvo en el *lazo que unió a la víctima con el servicio* (deber jurídico indeterminado) y la *previsibilidad del daño* (la policía actuó conforme con el estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece).

Finalmente, el tribunal sostuvo que "la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos producen de hechos extraños a su intervención directa".

En el antecedente "Juárez", la Cámara Federal de Tucumán confirmó parcialmente la sentencia que condenó al Estado nacional a resarcir a los actores —el entonces senador Juárez y a su esposa— por los daños y perjuicios derivados del incendio y saqueo de dos inmuebles de su propiedad, ocurridos durante una revuelta popular. Por su parte, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada, en tanto sostuvo que "los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en el caso constituyen consecuencia directa de delitos sujetos, en principio, a la jurisdicción provincial. Por otra parte, no existe controversia con respecto a que, al tiempo de los sucesos que dieron lugar a la causa, el senador Carlos Juárez y su esposa habían viajado a Buenos Aires y en ningún momento su seguridad personal estuvo en juego. En tales condiciones, no cabe imputar a la Policía Federal Argentina, dependiente del Ministerio del Interior

de la Nación, omisión alguna en el cumplimiento de sus deberes, que pudiera significar una falta de servicio... Ello es así, toda vez que el mantenimiento de la custodia sobre la vivienda particular de los actores constituía una actividad típicamente discrecional pues, según la ley orgánica y el decreto reglamentario citados, aquéllos no estaban obligados a vigilar el patrimonio de los demandantes dentro de la jurisdicción de la provincia".

Luego, el tribunal agregó que "los demandantes no acreditaron que la orden de retirar la custodia hubiera sido irregularmente impartida... Por lo demás, como regla, no es razonable asignar al deber genérico de defender contra las vías de hecho, la vida, la libertad y la propiedad de las personas —a que alude el art. 81, ley 21.965— un alcance de tal amplitud en orden a la responsabilidad del Estado por la prevención de los delitos, que lleve a la absurda consecuencia de convertir al Estado nacional en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia".

En el caso "Cleland", en particular, el juez LORENZETTI afirmó que "en casos como el presente, de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión de animales en vías de circulación destinadas a automotores, la responsabilidad estatal únicamente puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite". Así, "en el caso la parte actora identificó a la ordenanza... como la norma de la cual deriva el deber de seguridad específico a cargo de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. En efecto, mediante dicha ordenanza no sólo se estableció la prohibición de dejar animales sueltos en la vía pública, sino que también se instrumentó un procedimiento —que incluía la incautación y el traslado de los animales— para evitar los peligros que se derivaban de esa situación de riesgo".

En conclusión, "la disposición municipal exigía una concreta y específica participación y vigilancia activa por parte de la comuna sobre las vías públicas para evitar el ingreso de animales, lo cual implicó la asunción de un deber determina-

⁹ CSJN, 18/9/07, "Juárez, Carlos A., y otra c/Estado nacional (Poder Ejecutivo nacional) por conducto del Ministerio del Interior", Fallos, 330:4113.

do, el compromiso de prestar un servicio y no una mera declaración de principios generales"¹⁰.

Otro precedente relevante es el caso "Faifman", en el que el tribunal se remitió a la decisión de la Corte IDH. Aquí, la Corte Suprema sostuvo, por un lado, que "la prescripción de las acciones por daños y perjuicios es materia disponible" y que la renuncia puede ser expresa o tácita. Por el otro, el Gobierno suscribió un acuerdo por el cual reconoció su responsabilidad, "ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado... [y además] existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación... y una clara denegatoria de justicia". A su vez, "el reconocimiento de estas violaciones generó, como una consecuencia jurídica inevitable y necesaria, la obligación del Estado de indemnizar a quienes hubieran sufrido daños".

Así las cosas, "fue para cumplir con esa obligación jurídica de reparar, y no como una mera liberalidad fundada en razones de equidad, que el Estado argentino se comprometió a promover la sanción de una ley de reparación para las víctimas de AMIA". Y "esta Corte tiene dicho que cuando el deudor reconoce la existencia del derecho y de la correlativa obligación de indemnizar, ello implica una clara renuncia a la prescripción ya ganada".

Finalmente, el máximo tribunal añadió que "la postura del Estado nacional resulta incompatible con el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento, tanto público como privado, y que condiciona, especialmente, la validez del actuar estatal... Cabe recordar que una de las derivaciones del principio mencionado es la doctrina de los actos propios, según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta... pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento"¹¹.

¹⁰ CSJN, 5/6/07, "Cleland, Guillermo F. c/Costilla, Raúl O., y otra", Fallos, 330:2570.

¹¹ CSJN, 10/3/15, "Faifman, Ruth M., y otros c/Estado nacional s/daños y perjuicios", *elDial*, AA8D9E.

c) *TITULARIDAD Y GUARDA DE LAS COSAS DE PROPIEDAD ESTATAL. EL VÍNCULO PRINCIPAL-DEPENDIENTE.* Analicemos qué dijo la Corte Suprema sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados por las cosas de su titularidad o que estuviesen bajo su guarda y, en particular, tratándose de cosas viciosas o riesgosas.

Según el alto tribunal, el fundamento de la responsabilidad estatal por los daños causados con las cosas o por el riesgo o vicio de éstas es el contenido antijurídico de su uso, vicio o riesgo en los términos del art. 1113 del Cód. Civil. Por ello, el daño causado *con o por las cosas (uso común o por su condición viciosa o riesgosa)* debe ubicarse en el marco de la responsabilidad estatal por sus actividades ilícitas, pero con ciertos matices respecto de los supuestos ya estudiados.

Pues bien, la Corte Suprema recurrió directamente al art. 1113 del Cód. Civil (no por vía subsidiaria o analógica) y sin mayores explicaciones.

Así, dicho artículo del Título IX ("De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos") preveía el régimen de responsabilidad del dueño y guardián de las cosas que debe aplicarse por vía analógica en el campo del derecho público.

Decía el codificador que "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren... las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado".

A su vez, "en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

Finalmente, el art. 1113 del Cód. Civil concluía diciendo que, "si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

Sin embargo, en ciertos precedentes, claramente comprendidos en la letra de dicho artículo del Código Civil, la Corte Suprema huyó de ese campo y se refugió en el art. 1112.

El caso más paradigmático fue el de los daños causados por los agentes de policía por el uso de armas reglamentarias.

En efecto, el tribunal recogió –a veces y entre sus argumentos– el riesgo de las cosas de propiedad estatal (el uso de las armas), pero sumándole el error estatal en la elección de los agentes (falta de servicio en el proceso de selección de los agentes policiales). A su vez, ubicó este cuadro bajo el manto del art. 1112 del Cód. Civil y no en el escenario claro y simple del art. 1113 –responsabilidad del dueño o guardián de las cosas riesgosas–.

En otras palabras, la Corte Suprema utilizó el concepto del art. 1112 –falta de servicio–, pero mezclándolo o, quizá, confundiéndolo con otro criterio, esto es, el riesgo o vicio de las cosas –art. 1113, párr. 2º– y, asimismo, el error y responsabilidad del Estado por la elección de sus agentes –art. 1113, párr. 1º–. Claro que el marco jurídico es distinto en un caso u otro.

En este estado de nuestro análisis, es importante advertir que el Código Civil establecía la responsabilidad por el riesgo de las cosas, y no así por el riesgo por los servicios o actividades. Es decir que el art. 1112 hacía responder al Estado por los servicios prestados de modo irregular, pero no por el simple riesgo creado por tales servicios. Volvamos sobre el cauce principal.

Quizás sea posible –siguiendo el criterio del tribunal– distinguir entre el riesgo creado por el uso de las cosas de propiedad del Estado o por el funcionamiento del servicio o por su organización defectuosa.

Pero, ¿en qué consiste, entonces, en el caso antes citado (daños causados por los agentes policiales), la prestación irregular del servicio? En los siguientes extremos –según el parecer de la Corte–, a saber: 1) la elección del personal policial, y 2) la provisión de las armas reglamentarias. Estos aspectos configuran –de acuerdo con el criterio de los jueces– el servicio estatal que puede ser prestado, claro, de modo regular o irregular, más allá del uso de las cosas riesgosas (armas reglamentarias).

La Corte siguió el criterio del art. 1112 y; en tal contexto, es plausible la siguiente distinción.

1) Casos de daños causados por los agentes de policía en servicio ("Lozano Gómez", "García, Ricardo", "Migoya").

2) Casos en que los eventos dañosos ocurren fuera del servicio, pero en el ejercicio de sus funciones ("Panizzo", "Balbuena", "Furnier").

Otra ventana sumamente interesante y que debemos estudiar –además del vicio o riesgo de las cosas; v.gr., armas reglamentarias y vehículos automotores de titularidad estatal– es el caso de los daños causados con o por los bienes del dominio público.

Ciertamente, como ya expusimos, el Estado era responsable por los daños en razón de la propiedad o guarda de tales bienes, en los términos del art. 1113 del Cód. Civil; sin embargo, cabe preguntarnos si existía otro título atributivo de responsabilidad del Estado, toda vez que las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado, según el art. 2341 del mismo ordenamiento.

La Corte Suprema dijo reiteradamente que el uso y goce de los bienes del dominio público por los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Así, el tribunal, en los precedentes "Pose" y "Bullorini" –entre otros–, ha expresado que los bienes que integran el dominio público deben conservarse en buen estado.

d) *EL VÍNCULO ENTRE PRINCIPAL Y DEPENDIENTE.* Por último, cabe repasar el criterio de la Corte Suprema sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados por terceros (en especial, los concesionarios) en el marco del antiguo Código Civil. Por ejemplo, el caso de las rutas concesionadas por el Estado ("Colavita", "Ferreyra" y "Bianchi", entre otros).

En general, la Corte Suprema no reconoció responsabilidad estatal y sí responsabilidad del concesionario en los precedentes más cercanos ("Bianchi").

En el antecedente "Colavita", del año 2000, el actor interpuso demanda contra la concesionaria Vial del Sur SA y la provincia de Buenos Aires por los daños causados en el automotor de su propiedad, en ocasión del accidente ocurrido cuando circulaba por la ruta nacional 2. El actor colisionó

con otro vehículo al intentar esquivar un caballo echado sobre la traza de la ruta.

Los jueces –en el voto mayoritario– resolvieron que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado –cuyo incumplimiento se le endilgaba– no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa".

Y, luego, agregaron que "la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora".

Por último, el tribunal sostuvo que no puede imputársele al concesionario responsabilidad, toda vez que éste no puede asumir frente al usuario mayores deberes que aquellos que corresponden al concedente. En igual sentido, la obligación establecida en el pliego de facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino sólo consiste en tareas de remodelación, conservación y explotación del corredor vial enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y la oferta de servicios auxiliares al usuario¹².

En otro caso posterior, de 2006 ("Ferreyra"), el actor sufrió un accidente por la colisión con un animal suelto, cuando circulaba por la ruta Nicolás Avellaneda. El juez de primera instancia y la Cámara de Apelaciones condenaron a la empresa Vicov SA, en su carácter de concesionario del servicio vial. Por su parte, la Corte Suprema en su mayoría rechazó el recurso, en los términos del art. 280 del Cód. Procesal; es decir, por razones formales.

Sin embargo, el voto minoritario sostuvo que, aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce dere-

¹² CSJN, 7/3/00, "Colavita, Salvador c/Buenos Aires, provincia s/daños y perjuicios", Fallos, 323:318.

chos fundamentales, la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión¹³.

A su vez, otro de los jueces –en el marco del voto minoritario– adujo que en el caso se trata la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado, así como a los organizadores de aquellas actividades que, directa o indirectamente, estén vinculados con la vida o la salud de las personas. Y agregó que el ciudadano común que accede a una ruta concesionada tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos que los reciben. El funcionamiento regular y el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifica su funcionamiento y lo hace posible. Luego concluyó que el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario es una relación de consumo, de la cual surge un deber de seguridad de fuente constitucional, sin perjuicio de que no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado. En particular, el supuesto de accidentes ocurridos en ocasión del paso de animales por rutas concesionadas no constituye un evento imprevisible, sino

¹³ CSJN, 21/3/06, “Ferreyra, Víctor D., y otro c/Vicov SA”, JA, 2006-II-210, voto del juez ZAFFARONI. A su vez agregó que en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato. La naturaleza de esa relación determina la responsabilidad objetiva de la concesionaria, quien asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido. Para eximirse de responsabilidad el concesionario debe acreditar el acaecimiento de caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder. Por último, la responsabilidad del concesionario no resulta enervada por la que recae sobre el dueño o guardián del animal en los términos del art. 1124 del Cód. Civil, ya que la existencia de esta última no excluye a la primera, en tanto se trata de un supuesto en el que, aun cuando concurren, obedecen a un factor de imputación diverso.

que, por el contrario, ha sido claramente previsible para el prestador del servicio¹⁴.

Es importante resaltar que en el caso “Ferreyra” el actor no demandó al Estado y, consecuentemente, la Corte Suprema sólo analizó el vínculo entre el usuario y el concesionario y la responsabilidad de este último.

En el antecedente “Bianchi”, de 2006, los actores demandaron por daños y perjuicios a la provincia de Buenos Aires, de Camino del Atlántico SA y a quien resultase dueño o guardián de los animales causantes del accidente que motivó el litigio.

La Corte Suprema rechazó los argumentos invocados para demandar a la provincia, porque los actores “no han identificado siquiera mínimamente cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia”.

Y continuó diciendo que “se trata, pues, de una atribución de extrema generalidad que, consiguientemente, impide establecer la existencia de responsabilidad estatal por omisión en el cumplimiento de obligaciones determinadas, único supuesto en el que, por hipótesis, podría existir tal responsabilidad especial. Cabe observar, en este sentido, que la identificación del deber infringido o la obligación determinada incumplida, pesaba sobre los reclamantes a fin de posibilitar el pertinente juicio de antijuridicidad material, máxime teniendo en cuenta que la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio”.

Agregó –sólo a mayor abundamiento– que “aun si se tomara a dicha atribución efectuada por los actores como la imputación de un incumplimiento a deberes jurídicos indeterminados a cargo de la provincia, la solución no variaría pues, en tal caso, resultaría de aplicación la reiterada doctrina de esta Corte según la cual ‘...el ejercicio del poder de

¹⁴ CSJN, 21/3/06, “Ferreyra, Víctor D., y otro c/Vicov SA”, JA, 2006-II-210, voto del juez LORENZETTI.

policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”.

Por otro lado, la Corte Suprema entendió que la concesionaria sí era responsable pues, “en el derecho vigente a la época del evento dañoso, el vínculo era contractual, regulado por el Código Civil, ya que no cabe duda alguna que la relación entre el concesionario y el usuario es diversa a la que el primero tiene con el Estado, y que este último paga un precio o canon para el uso de la ruta y los servicios consiguientes”. Luego, “existiendo una relación contractual, cabe sostener que el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Cód. Civil). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles”.

No obstante, el alto tribunal aclaró que “la apuntada previsibilidad de los riesgos que adjetiva a la obligación de seguridad a cargo del concesionario, puede variar de un supuesto a otro, pues no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas, grados de peligrosidad o siniestralidad conocidos y ponderados, etcétera. En muchos casos, podrá establecerse un deber de previsión en atención al art. 902 del Cód. Civil que no puede ser exigido en otros, lo cual vendrá justificado por las circunstancias propias de cada situación, siendo notorio que no puede ser igual el tratamiento de la responsabilidad del

concesionario vial de una autopista urbana, que la del concesionario de una ruta interurbana, ni la del concesionario de una carretera en zona rural, que la del concesionario de una ruta en zona desértica. Como consecuencia de ello, incumbe al juez hacer las discriminaciones correspondientes para evitar fallos que resulten de formulaciones abstractas y genéricas”¹⁵.

Finalmente, concluyó que en “el supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas, es claramente previsible para un prestador de servicios concesionados... y que, en la mano que transitaban, estaba prevista la colocación de uno semejante [cartel que indicaba la presencia de animales sueltos]”.

En otro precedente (“Ledesma”), el tribunal adujo que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”. A su vez, “la interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Cód. de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la carta magna para los consumidores y usuarios”. Por otro lado, “el ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible”.

Por tanto, “los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que... exige un com-

¹⁵ CSJN, 7/11/06, “Bianchi, Isabel del C. Pereyra de c/Buenos Aires, provincia de, y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios”, Fallos, 329:4944.

portamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños". En conclusión, "la obligación de seguridad en este caso es... objetiva, de modo que las eximentes solo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. El hecho de la víctima... [en el caso] es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad"¹⁶.

§ 4. **LOS DÉFICITS DE LA LEY (REGULACIÓN REPROCHABLE Y NO OMISIVA). LA CORRECCIÓN DE TALES DÉFICITS POR VÍA INTERPRETATIVA**

Respecto de los déficits, podemos señalar los siguientes.

a) **RESPONSABILIDAD DIRECTA. FALTA DE EXPLICIACIÓN DE LA RUP- TURA DEL FACTOR DE IMPUTACIÓN. LA INSUFICIENCIA DE LOS EXIMEN- TES PREVISTOS POR LA LEY 26.944.** La ley de referencia establece que la responsabilidad estatal es directa (art. 1º) y, en tal sentido, coincide con el criterio de la Corte Suprema (caso "Vadell"). Este concepto nace de la teoría del órgano (las conductas de los agentes -personas físicas- se superponen con las decisiones del Estado -persona jurídica- y, por ende, no es necesario trasladar las conductas desde un centro de imputación a otro). Por tanto, el factor de imputación (traslado) no es indirecto sino, lisa y llanamente, directo.

De todos modos, es obvio que ciertas conductas de los agentes no deben trasladarse e imputarse al Estado (p.ej., las acciones u omisiones personales). Sin embargo, *el legislador omitió regular cuál es el criterio de ruptura del factor de imputación de las conductas de los agentes públicos al Estado.* En efecto, más allá del texto del art. 1º -antes citado-, los arts. 3º y 4º se refieren simplemente a la imputabilidad material (de la actividad o inactividad) a un órgano estatal.

En verdad, la Corte Suprema ya advirtió (en el marco de la teoría de la representación del art. 43, Cód. Civil, anterior a la teoría del órgano -art. 1112-) sobre la dificultad

¹⁶ CSJN, 22/4/08, "Ledesma, María L. c/Metrovías SA".

de definir cuál es el límite en la imputación de las conductas de los directores, administradores y dependientes en el propio Estado (persona jurídica) y, consecuentemente, comenzó a dar respuesta mediante diferentes pronunciamientos, en los siguientes términos.

1) El Estado es responsable si sus "representantes han obrado dentro de sus propias funciones"¹⁷.

2) El Estado es responsable si el hecho ilícito fue cometido "por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas"¹⁸.

3) El Estado es responsable si el hecho fue cometido dentro "de los límites y objeto aparente de las mismas"¹⁹.

4) El Estado es responsable si la relación entre el principal y el dependiente ha dado motivo y no sólo ocasión para la comisión del hecho²⁰.

¹⁷ CSJN, 17/12/31, "José M. Ferrugia c/provincia de San Juan sobre cobro de pesos", *Fallos*, 163:155. Dijo el tribunal que "la irresponsabilidad o responsabilidad parcial de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones, ya que no es posible desconocer que los procuradores del fisco representan a la provincia en sus gestiones judiciales y que aquél cuando actúa en juicio es responsable como cualquier litigante de los daños y perjuicios derivados a la contraparte por razón de embargos ilegales o de pedidos im- procedentes".

¹⁸ CSJN, 4/11/42, "Rodríguez, Enrique c/Nación Argentina", *Fallos*, 194:170. La Corte Suprema sostuvo que "las circunstancias en que se produjo el hecho delictuoso que da lugar a la demanda no permiten, con arreglo al criterio expuesto, encuadrar el caso en el marco del art. 1113 del Cód. Civil. Porque si bien el hecho fue originado por cuestiones vinculadas a la forma en que el homicida cumplía las tareas a su cargo, la agresión que ocasionó la muerte de Rodríguez no puede considerarse cometida en ejecución de esas tareas y mucho menos dentro de los límites y objeto de las mismas".

¹⁹ CSJN, 25/6/43, "Belleza, Alberto c/Nación Argentina", *Fallos*, 196:101. En este caso el actor fue atropellado por un automóvil del Ministerio de Guerra de la Nación. El tribunal adujo que "la circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad indirecta supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél".

²⁰ CSJN, 10/10/45, "Rabanillo, Fernando c/Nación Argentina", *Fallos*, 203:30. Dijo la Corte Suprema que "el desempeño de la función no determinó el he-

En definitiva, el tribunal estableció las siguientes *pautas* que nos permiten definir –en principio– cuál es el límite de la imputación de las conductas de los agentes al Estado.

De un lado, cuando el hecho fue ejecutado *con motivo* del desempeño del cargo –funciones– y no de modo ocasional.

Por otra parte, cuando el hecho fue ejecutado *en el marco del objeto y dentro de los límites aparentes* del cargo.

Aquí, el punto bajo debate es claramente el vínculo entre las funciones estatales y el hecho dañoso (ejercicio, motivo, ocasión o apariencia) y su imputación al Estado.

Por nuestro lado, entendemos que en primer lugar es posible distinguir –en este estado del análisis– entre el concepto de actos realizados *en el ejercicio, con motivo o en ocasión* de las funciones.

Los conceptos de motivo y ocasión de las funciones son claramente más amplios que el del ejercicio. En efecto, estos criterios son más laxos y distantes porque basta que las funciones constituyan simplemente la ocasión o el motivo para causar el evento dañoso y, por tanto, no es necesario exigir e indagar sobre el ejercicio²¹. Por su parte, este últi-

cho delictuoso. Todo lo que de la función puede decirse con respecto al delito –en el orden de la relación de causalidad de que se trata–, es que ofreció la oportunidad para cometerlo”. En efecto, “haber tomado la decisión a favor de la oportunidad que su condición en ella le ofrecía es cosa bien distinta de tomarla por ser empleado, con motivo, en razón o a causa de algo concerniente al desempeño del empleo, en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas”. Agregó que “si el desempeño del empleo no ha dado motivo sino sólo ocasión, no se ve con qué razón puede hacerse responsable de las consecuencias al principal. La ocasión es la circunstancia, o el conjunto de ellas, que sin ser indispensables para la acción de una causa –en este caso la decisión del ladrón homicida–, la favorecen. Para hacer efectiva la decisión de matar y robar a Rabanillo, no le era indispensable a Ruiz la condición de empleado, y tampoco intervino de ningún modo determinante en dicha decisión nada relativo al desempeño del empleo”. Además, el tribunal recordó de modo categórico que “la responsabilidad cuestionada debe juzgarse con criterio estricto porque es indirecta”.

²¹ GORDILLO dice que la Corte Suprema sentó el criterio de que “un acto es inimputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro de sus funciones, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales específicos”. Y agrega que “desde luego, el acto o hecho debe reunir ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente;

mo (el ejercicio) es más estricto porque exige más detalle y precisión, de modo que no es suficiente con que la acción u omisión se configure simplemente como la ocasión o el motivo del acontecimiento dañoso. En tal caso, la función y su ejercicio –incluso de modo irregular o abusivo– “debe constituir la condición necesaria para que el evento dañoso acaezca y que de no haber mediado no habría sucedido”²².

El texto del art. 1112 del Cód. Civil –es decir, el fundamento normativo de la responsabilidad estatal, según la Corte Suprema, antes de la ley 26.944– establecía que el Título IX comprendía los hechos y las omisiones de los funcionarios *en el ejercicio de sus funciones*, de modo que los conceptos de “motivo” o “en ocasión” debían reemplazarse por éste.

En igual sentido, consideramos que, en el marco jurídico actual, el criterio a seguir es el del *ejercicio de las funciones*. Así, la ley 26.944 habla de “la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular... las obligaciones legales que les están impuestas” (art. 9°). En igual sentido, el art. 1766 del Cód. Civil y Comercial alude a “*los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*”.

Si bien este mandato se refiere específicamente a la responsabilidad de los agentes públicos y no del Estado, cabe utilizar este cauce de imputación y, en especial, sus límites (*en el ejercicio de sus funciones*), respecto del alcance de la transferencia de las conductas de los agentes estatales al Estado.

A su vez, los eximentes detallados por el legislador en el art. 2° (caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero)

ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas” (*Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., t. I, XII-6 y siguientes). Por caso “si el acto o hecho de que se trata aparece externamente reconocible como propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, con fidelidad o sin ella, incluso en un cumplimiento defectuoso, igualmente es imputable al ente”.

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad)*, en GOYENA COPELLO (dir.), “Estudios en homenaje al doctor Guillermo Borda”, p. 225.

no constituyen causales de ruptura del factor de imputación sino del nexo de causalidad o, en su caso, del factor de atribución de responsabilidad.

Por nuestro lado, interpretamos que el criterio más acertado para fijar el límite de la imputación hubiese sido el de la *apariencia en el ejercicio de las funciones*. Este concepto comprende los aspectos subjetivo y objetivo.

Pues bien, la conducta es imputable al Estado cuando el sujeto –agente público– ejerce aparentemente su cargo y no cuando prescinde enteramente de éste, según su propia percepción de los hechos (*lado subjetivo*)²³. Por ejemplo, es aparente cuando la designación es irregular o el agente simplemente excede el mandato temporal, pero no en caso de usurpación del cargo.

Este presupuesto –participación del agente en términos aparentes, desde su subjetividad– puede, quizá, parangonarse con el criterio del ejercicio de funciones con motivo o en ocasión de éstas. Pero debe –además– cumplirse con otro recaudo.

Así, el *lado objetivo* implica que el comportamiento –es decir, el ejercicio de las funciones– debe ser aparente en términos formales y con alcance mínimo; esto es legítimo, según el criterio de un tercero imparcial que actúe de buena fe (p.ej., cuando el agente hace uso de los elementos propios de sus funciones). Tales circunstancias no ocurren cuando el acto es dictado por un agente claramente incompetente o cuando éste realiza actividades de carácter estrictamente personal, pues no es posible su reconocimiento exterior. Por caso, si un ministro comete un homicidio o el intendente de cualquier ciudad dicta un decreto que suspende el pago de las obligaciones internacionales del Estado argentino. En principio, la incompetencia no rompe el vínculo de imputación, sino sólo en casos de supuestos obvios y por demás evidentes.

Finalmente, conviene aclarar que el factor de imputación de las conductas de los agentes en ejercicio aparente de sus funciones no debe ser excluido por el dolo de éstos; es decir, el Estado es responsable aun cuando el agente hubiese

²³ En este punto seguimos, en parte, el criterio de SANTAMARÍA PASTOR.

actuado dolosamente, siempre que estén presentes los otros presupuestos.

En conclusión, consideramos que el legislador debió desarrollar con mayor precisión este estándar jurídico y no dejarlo librado al criterio discrecional del juez, según las circunstancias del caso.

b) *RESPONSABILIDAD OBJETIVA. CRISIS DE ESTE FACTOR. NECESIDAD DE INCORPORAR EL FACTOR SUBJETIVO.* Cabe preguntarse si este modelo (art. 1º, ley 26.944) proporciona soluciones (es decir, si es el marco más adecuado para resolver las cuestiones que se nos plantean), o si debe ser reemplazado por otro.

Pues bien, comparemos el esquema objetivo con ciertos ejemplos relevantes y comunes en el campo de las responsabilidades estatales.

Por un lado, pensemos en el caso de la responsabilidad estatal por *mala praxis* de los profesionales de la salud en los hospitales públicos. ¿Qué ocurre en tales supuestos? ¿Los jueces resuelven según el criterio objetivo de atribución?

Es obvio que no. Cualquier juez, y la propia Corte Suprema, responsabilizan al Estado sólo cuando el médico actuó de modo negligente –es decir, con culpa o dolo–, salvo ciertos casos de responsabilidad objetiva (p.ej., cuando el paciente contrajo una enfermedad en el propio hospital, y no por error del cuerpo médico).

Así, cualquier operador jurídico debe analizar en primer lugar y sustancialmente –y así ocurre en los hechos– si los médicos obraron o no con diligencia según las reglas del arte de curar, sin perjuicio de que el damnificado sólo demande al Estado y no al agente –médico–. En conclusión, en estos casos –habituales por cierto–, el factor objetivo no resuelve razonablemente el conflicto planteado²⁴.

²⁴ Vale recordar en este sentido diferentes criterios judiciales; por ejemplo, quizás el más común es el de la responsabilidad del Estado de corte objetivo. Sin embargo, en otros antecedentes los jueces reconocen, por un lado, la responsabilidad subjetiva de los médicos por culpa o negligencia y, por el otro, la responsabilidad del Estado por la violación del deber de seguridad a su cargo en tanto titular del hospital (CNCiv, Sala I, 5/10/04, "Villalba, Yolanda N., y otros c/Roasio y otros", *LLonline*). En otros precedentes aún más curiosos los jueces han dicho que la personalidad del hospital público, como

Por otra parte, reflexionemos sobre los casos de responsabilidad del Estado por omisión en: *a*) la prestación de los servicios a su cargo; *b*) por ausencia de regulación, o *c*) por control deficiente de éstos (cumplimiento de las regulaciones por terceros).

Supongamos que el Estado no prestó regularmente el servicio, no reguló debidamente las actividades o, en su caso, no controló las prestaciones realizadas por terceros. Por ejemplo, si el Estado omitió prestar regularmente el servicio de seguridad en las calles y se produjo un robo. En tal caso, ¿la responsabilidad estatal es objetiva? ¿Cómo razonan los jueces y, en general, cualquier operador jurídico? En general, se entiende que el Estado sólo es responsable si, según las circunstancias del caso (esto es, entre otros, los recursos materiales del Estado y su uso), obró de modo razonable; es decir, diligente o negligente.

Entonces, ¿el criterio es objetivo o subjetivo? ¿Acaso la previsión e intencionalidad del Estado que debió y pudo hacer tal cosa, y sin embargo no lo hizo, no es un elemento subjetivo a ponderar? Entendemos que aquí, también, el factor objetivo de atribución nos deja sin respuestas.

Ante este cuadro de crisis es posible intentar forzar las cosas y encuadrar estos casos bajo el marco de la responsabilidad objetiva del Estado, o incluso desarrollar otros conceptos, como el de culpa objetivada, que parece ciertamente contradictorio y confuso²⁵.

organismo descentralizado, desplaza la responsabilidad del ente público municipal del cual depende dicho hospital, porque el ente es un sujeto de derecho distinto del Estado y se encuentra ligado a éste sólo por un vínculo de derecho público (CNCiv, Sala D, 4/5/05, "Aquilano, Arturo P. c/Ciudad de Buenos Aires").

²⁵ PERRINO sostiene que "no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir, sino la falta o culpa del sistema administrativo, la falta o culpa de la organización administrativa. Se trata, si se nos permite la expresión, de una culpa o falta objetivada. De ahí que en Francia se diga que la falta puede ser anónima, impersonal, pues no es necesario individualizar a su autor. Lo que ocurre es que la personalidad del funcionario desaparece tras el servicio al que se encuentra adscripto... el comportamiento desplegado por la Administración constituye un elemento que siempre debe valorarse para determinar si media o no su deber de reparar. De lo contrario, bastaría acreditar la existencia de un perjuicio

También es importante advertir que muchas veces los operadores jurídicos trasladan el conflicto -factor de atribución objetivo/subjetivo y sus inconsistencias- sobre los otros presupuestos de la responsabilidad estatal (p.ej., el nexo de causalidad), con el propósito de alcanzar una solución justa y razonable.

En otras palabras, las cuestiones más complicadas que existen en el campo propio del factor de atribución se resuelven en el marco de la relación de causalidad. Así, cuando seguimos el camino objetivo y el resultado alcanzado es responsabilizar al Estado, pero en términos absurdos o irrazonables, entonces, el operador revierte ese resultado por el sendero de la causalidad; es decir, rompiendo el nexo causal. El intérprete concluye habitualmente que las conductas estatales -según las circunstancias del caso- no son las causas idóneas del daño producido.

Otro camino interpretativo más razonable es residenciar este aspecto (conductas estatales diligentes o negligentes) en la configuración del deber estatal (esto es, el fundamento antijurídico). Es decir, *el Estado tiene el deber de actuar razonablemente*. ¿Qué quiere decir que la actividad estatal debe ser razonable? Pues depende de las circunstancias del caso. Verbigracia, debe velar por la seguridad y emplear razonablemente sus recursos. Así, si el Estado, más allá de su subjetividad, hizo un uso racional de los recursos, cabe concluir que cumplió acabadamente con su deber (obligación de medios y no de resultados).

Además, el criterio objetivo plantea otro punto débil (esto es, la impunidad de los agentes públicos), pues en el marco del proceso judicial por daños y perjuicios no debe ventilarse -en principio- la conducta de los agentes, sino sólo y simplemente la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados. Y luego, en los hechos, el Estado no promueve el proceso de repetición contra los agentes públicos responsables. Téngase presente, además, que es un nuevo proceso judicial en el que debe discutirse la responsabilidad subjetiva de los agentes públicos.

y su vínculo causal con la actuación estatal, para dar lugar al pago de una indemnización" (*La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita*, ED, 185-781).

Por el contrario, en el caso de la responsabilidad estatal subjetiva debe traerse al agente a juicio y resolverse la situación de ambos (Estado y agentes). Entonces, si el juez condena, el Estado –tras cumplir este mandato– puede iniciar inmediatamente el trámite de repetición mediante un incidente de ejecución del fallo judicial ya dictado.

En este punto de nuestro análisis cabe preguntarse si el legislador reguló correctamente el factor de atribución (objetivo) o si debió reemplazarlo por el factor subjetivo.

Consideramos que la Corte Suprema comenzó en los últimos años a cuestionar –sin demasiado convencimiento– el criterio objetivo en términos del art. 1112 del Cód. Civil, cuando dijo –por ejemplo– que “en nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la Administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar”²⁶.

No obstante, cierto es que, tal como veremos luego, en otros pronunciamientos el tribunal volvió a reafirmar, sin vacilaciones, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado.

Por nuestro lado, entendemos que el camino a seguir es más simple. Así, según nuestro parecer, *en el campo de la responsabilidad estatal debemos completar el factor de atribución objetivo con el subjetivo.*

¿Cómo distinguir, entonces, cuándo el factor debe ser objetivo o subjetivo?

1) El Estado es responsable si la conducta es irregular –incumplimiento de sus deberes normativamente indeterminados– y causó daños, según el factor de atribución subjetivo.

²⁶ CSJN, 26/9/06, “Friar SA c/Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y otro”, Fallos, 329:3966.

A su vez, es razonable presumir que, en tales casos, obró de modo negligente. Así, cuando el Estado incumplió sus deberes legales indeterminados es que, en principio, salvo casos de excepción, obró negligentemente. Sin embargo, el Estado puede probar que actuó diligentemente según las circunstancias del caso y, por tanto, se exime de responder.

Ahora bien, ¿en qué consiste la subjetividad (negligencia/diligencia) en el derecho público? En el análisis de las decisiones y, en particular, del uso discrecional de los recursos, según las circunstancias del caso, a saber: *a)* la naturaleza de la actividad estatal o particular (en este último supuesto cuando se trate sobre la responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de su poder de regulación o control); *b)* los recursos estatales (agentes y fondos presupuestarios) y el nivel de discrecionalidad en su uso y destino; *c)* la previsibilidad o regularidad del evento dañoso, y *d)* el vínculo entre el deber y las víctimas. El análisis de estos elementos nos permite definir si el Estado actuó de modo diligente o no y, por tanto, si debe responder por las consecuencias dañosas.

2) El Estado es responsable si la conducta es irregular –incumplimiento de sus deberes normativamente determinados– y causó daños, según el factor de atribución objetivo. De modo que si el Estado incumplió un mandato, y causó un daño, debe responder.

Pues bien, si el Estado es responsable en términos objetivos, no puede entonces eximirse de responsabilidad, aun cuando hubiese actuado de modo diligente en el ejercicio de sus funciones, según los estándares que describimos en los párrafos anteriores²⁷. En efecto, sólo se exime si existe una causa ajena (p.ej., el caso fortuito).

c) LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN. Cabe resaltar que la ley dispone que la omisión “sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de

²⁷ En el marco de la responsabilidad objetiva, se discutía si debía aplicarse el art. 1069 del Cód. Civil, que dice que “los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

un deber normativo de actuación expreso y determinado" (art. 3º). Por tanto, y según la interpretación literal de la ley, si el deber estatal de actuar es indeterminado (inespecífico), o determinado pero implícito (no expreso), el Estado no responde (p.ej., la obligación estatal de velar por la salud o la seguridad, sin más precisiones). Ciertamente, este precepto es contrario a las reglas convencionales y constitucionales.

En efecto, el Estado debe responder cuando incumple cualquiera de sus deberes legales. Sin perjuicio de advertir—tal como lo hemos hecho en el apartado anterior— que, cuando se trate de deberes indeterminados, el juez debe valorar la actuación estatal en términos de diligencia-negligencia. Es más, éste es el criterio que, según nuestro parecer, siguió la Corte Suprema antes de la ley 26.944.

En tal sentido, la ley supone un retroceso, si comparamos el texto con la doctrina de la Corte Suprema. En efecto, el tribunal aceptó la responsabilidad estatal ante el incumplimiento de mandatos imprecisos en los siguientes términos.

1) "*Zacarías*". Allí, la Corte Suprema dijo que "la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta *la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*".

2) "*Cohen*". El Estado debe responder según "*el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijadas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles*".

3) "*Mosca*". Según la Corte Suprema, "corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado".

Pensemos, por ejemplo, en el deber estatal de garantizar el goce de los derechos sociales. Habitualmente el mandato estatal es aquí indeterminado (obligaciones de hacer) y si el Estado no responde, en caso de incumplimiento de dicho mandato (omisiones), se suprime un instrumento fundamental de que dispone el particular (especialmente, los sectores más vulnerables) para compeler al Estado a cumplir con la obligación de garantizar tales derechos fundamentales. A su vez, el incumplimiento de los deberes genéricos (indeterminados), verbigracia, el deber de velar por la seguridad, impacta más fuertemente sobre los grupos más desprotegidos socialmente. Por tanto, tal mandato normativo (art. 3, inc. *d*) no condice con el Estado social de derecho que prevé el texto constitucional vigente.

En conclusión, este cuadro nos permite ensayar, como alternativas plausibles, las siguientes: 1) el Estado siempre debe responder ante el incumplimiento de sus deberes (trátese de obligaciones genéricas y determinadas; o específicas e indeterminadas); 2) el Estado no debe responder cuando incumple sus deberes genéricos e indeterminados (éste es el criterio seguido por el legislador en el marco de la ley 26.944—art. 3º, inc. *d*—), y 3) el Estado—según nuestro criterio— debe responder en cualquier caso (deberes generales o específicos), pero de acuerdo con el factor de atribución objetivo o subjetivo, según se trate de mandatos determinados o indeterminados.

d) *LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD LÍCITA*. La ley establece, como requisitos de la responsabilidad del Estado por sus actividades legítimas (art. 4º), los siguientes.

1) El daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.

2) La imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal.

3) La relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

4) La *ausencia de deber jurídico de soportar el daño*.

5) El *sacrificio especial* en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Asimismo, la ley dispone que la responsabilidad del Estado por actividad lícita es de carácter *excepcional* (art. 5°). Sin embargo, no se comprende por qué solo debe admitirse tal responsabilidad con ese alcance y cuáles son sus consecuencias jurídicas.

1) *Presupuestos de la responsabilidad por actividades estatales lícitas. Su análisis crítico.* En primer lugar, repasemos el criterio de la Corte Suprema antes de la aprobación de la ley 26.944.

En el caso "Laplacette", de 1943, el tribunal dijo que "la responsabilidad del Estado por los daños causados... nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Const. nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria".

Por su parte, en el precedente "Cantón", de 1979, la Corte Suprema sostuvo que "la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causen perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales casos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización". Y agregó que respecto del fundamento y el régimen de la responsabilidad estatal por su actividad lícita debemos recurrir al instituto de la expropiación y no al derecho civil.

Recordemos que en este caso el actor planteó la inconstitucionalidad del decr. 2118/71, que prohibió la importación de determinados productos con el propósito de nivelar la balanza de pagos, y que ello afectó un contrato de crédito documentado, concluido por el recurrente y pagado con anterioridad, y una operación de compraventa internacional en vías de ejecución.

Finalmente, la Corte Suprema dijo que "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el pun-

to, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16, Cód. Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en el que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege"²⁸. En conclusión, el tribunal justificó la responsabilidad del Estado —en el marco de este precedente— en el art. 17 de la Const. nacional.

En el caso "Winkler", de 1983, el alto tribunal adujo que, si bien la ejecución de las obras necesarias para el cumplimiento de las funciones estatales es lícita, ello no impide el reconocimiento de la responsabilidad estatal, en tanto prive del derecho de propiedad o lesione sus atributos esenciales. Agregó que, si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización, el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de derecho es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la Const. nacional, principios éstos aplicables al caso en que el actor, habiéndose conducido dentro del marco del ordenamiento jurídico, mediante las acciones de reivindicación y expropiación inversa, se vio perjudicado por sucesivos cambios legislativos²⁹.

Luego, en el caso "Tejeduría Magallanes", el tribunal sostuvo que "cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, 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... la realización de las obras requeridas para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado, siempre que con aque-

²⁸ CSJN, 15/5/79, "Cantón, Mario c/Gobierno nacional", *Fallos*, 301:403.

²⁹ CSJN, 9/8/83, "Winkler c/Nación Argentina", *Fallos*, 305:1045.

llas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales”³⁰.

El tribunal modificó –en parte– su criterio al apoyarse en el art. 16 de la Const. nacional sobre la igualdad como base de las cargas públicas, además –claro– del art. 17 –derecho de propiedad–.

Es decir que el fundamento normativo es el propio texto constitucional, en particular, el derecho de propiedad (art. 17, Const. nacional), la igualdad ante las cargas públicas (art. 16) y el principio de razonabilidad (art. 28). El ejemplo más claro es, sin duda, el instituto de la expropiación. Así, la Constitución dice que “*la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*” (art. 17).

Sin embargo, el caso judicial más paradigmático es, sin duda, el precedente “Columbia”. Allí el tribunal dijo que el presupuesto de la responsabilidad estatal “consiste en que dicho actuar... haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Dicho en otros términos, la dilucidación del presente litigio pasa por resolver si puede admitirse un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaria... la respuesta debe ser negativa. Falta, pues, uno de los elementos que componen el daño: la lesión a un interés protegido por el derecho... 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, Const. nacional)”³¹.

³⁰ CSJN, 19/9/89, “Tejedurías Magallanes SA c/Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos*, 312:1656. Sin embargo, cabe recordar que la Corte Suprema, en el caso “Los Pinos”, adujo que “el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad, no es propio que sea soportado únicamente por aquélla; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Const. nacional” (CSJN, 22/12/75, “Corporación Inversora Los Pinos SA”, *Fallos*, 293:617).

³¹ CSJN, 19/3/92, “Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*, 315:1026.

Y, en particular, añadió que es necesaria la “verificación de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño”.

De modo que es posible sostener que el tribunal completó el criterio que desarrolló –entre otros– en el precedente “Tejeduría Magallanes” con la doctrina del caso “Columbia”. Así, en los precedentes posteriores la Corte Suprema siguió este camino (ver caso “Revestek”)³².

En este aspecto, la ley –en principio– sigue el criterio judicial descripto (art. 4°).

¿Cuál es nuestro criterio? Consideramos que el daño debe ser reparado por el Estado si el caso bajo análisis cumple con el siguiente examen: en primer lugar, cabe estudiar si el acto es legítimo o no; en segundo término, ya ubicados en el campo de la licitud, el estándar básicamente es el derecho de propiedad y la obligación legal de soportar o no el daño sobre ese derecho.

Imaginemos una hipótesis de trabajo en la que el Estado decide expropiar todos los inmuebles (es decir, el Estado dicta un conjunto de actos lícitos que comprenden a todos los propietarios), en cuyo caso el daño reviste alcance general y, por tanto, es imposible darle contorno especial. Sin perjuicio de ello, el Estado debe reparar.

Entonces, ¿el carácter especial del daño debe vincularse con el objeto y no con los sujetos destinatarios? ¿Acaso el daño es especial sólo si comprende a sujetos determinados? ¿En qué consiste, entonces, el carácter especial del sacrificio? ¿Debe el Estado indemnizar solamente cuando se trate de daños especiales?

Digamos aquí que, según nuestro criterio, el carácter especial del daño no está vinculado con el ámbito personal subjetivo –esto es, el alcance del daño sobre las personas–, sino con el deber o no de soportarlo, según el ordenamiento jurídico y en relación con la restricción de los derechos y sus límites; es decir, con el contenido y alcance del derecho de propiedad³³.

³² CSJN, 15/8/95, “Revestek”, *Fallos*, 318:1531.

³³ FORSTHOFF dice que “no toda intervención lleva de suyo a la indemnización, pues ésta sólo debe prestarse cuando el Estado se ve compelido a

Sigamos preguntándonos, entonces. ¿Debe el Estado indemnizar cuando restringe derechos? Pues bien, si el Estado desconoce y restringe derechos alterándolos, es claro que debe indemnizar (p.ej., las expropiaciones). Igualmente debe hacerlo si las restricciones son mayores (por caso, las servidumbres); pero si éstas son menores, no debe hacerlo. Este modelo está vinculado directamente con el derecho de propiedad y la obligación legal de soportar o no el daño sobre éste.

¿Cómo incide, entonces, el principio de igualdad y el carácter especial del daño? ¿Cuál es su relevancia en este marco? Veamos; si las conductas estatales conculcan el principio constitucional de igualdad, entonces éstas revisten carácter ilegítimo.

Agreguemos que las conductas estatales legítimas encuentran un límite mucho más severo en el principio de igualdad; el de la interdicción de las conductas discriminatorias. Si las conductas estatales no desconocen el principio de igualdad, el Estado no debe reparar, salvo ciertas restricciones y en relación con el derecho de propiedad.

En síntesis, la indemnización en casos de legitimidad está fundada en el derecho de propiedad —el deber o no de soportar el daño, según las reglas constitucionales y legales— o en el principio de igualdad, pero siempre en relación con el derecho de propiedad. Así, si el principio de igualdad es restringido legítimamente, pero sin perjuicio de ello repercute sobre el derecho de propiedad, alterándolo, entonces el Estado debe indemnizar. En tal contexto, el carácter especial es simplemente el indicio, pero no es determinante del deber estatal de reparar.

Dicho en otros términos, el Estado puede comprimir el derecho de propiedad de manera legítima, pero debe indem-

transgredir un derecho subjetivo que se halla en colisión con el bien común y se causa con ello al afectado un daño que constituye un particular sacrificio que hace a la colectividad". Y luego agrega —criterio que no compartimos—, que "el particular tiene que haber sufrido una pérdida notable, evaluable en dinero. Tiene que ser una pérdida determinada, o sea que afecte a un individuo o un grupo de individuos, pero no a toda la colectividad en cuestión" (*Tratado de derecho administrativo*, p. 451).

nizar cuando lesione su sustancia o trate de modo marcadamente desigual a sus titulares.

En efecto, pueden plantearse varias hipótesis en el campo de las actividades legítimas: a) las restricciones en relación con el contenido o núcleo del derecho de propiedad —según el marco jurídico—, en cuyo caso el Estado debe indemnizar; b) las restricciones menores sobre el derecho de propiedad, pero con un trato claramente desigual; en tal caso, el Estado debe indemnizar, y c) si el Estado restringe, pero existe la obligación legal de soportar el daño (claro que esta obligación debe ser razonable)³⁴.

2) *La relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva*. El art. 4° del texto legal dispone que, entre los requisitos de la responsabilidad del Estado por sus actividades lícitas, debe existir una "relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño".

Es cierto que la Corte Suprema, en el caso "El Jacarandá", sostuvo que "es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue". Igual criterio se desprende de los precedentes "Ledesma" y "Revestek".

Pero, ¿qué debe entenderse por vínculo directo, inmediato y exclusivo? En principio, el nexo *directo* es criterioso y no se contrapone con las causas adecuadas e idóneas. Sin embargo, el carácter *inmediato* no es razonable porque el antecedente más próximo no es necesariamente relevante en términos de producción del evento dañoso y sus consecuencias. Por eso, el razonamiento debe ser más profundo y complejo, con el propósito de escudriñar las causas que sean jurídicamente relevantes —es decir, los antecedentes que ocurren habitualmente según el curso normal de los hechos— y siempre que, además, no sea posible suprimirlos ni reemplazarlos en el derrotero de los hechos y el resultado.

³⁴ Imaginemos que el Estado decide sacrificar el ganado de propiedad de terceros que padece fiebre aftosa. ¿Debe el Estado indemnizar? En principio sí —y de hecho así ocurre—, salvo que el particular tenga la obligación legal de soportar ese daño. Esa obligación —de soportar el daño— debe surgir de la ley y ser —además— razonable.

Asimismo, el nexo *exclusivo* de la causa y, por tanto, excluyente de otras concausas debe ser rechazado como camino interpretativo porque, en tales casos, cualquier causa idónea –p.ej., la culpa de la víctima– excluiría totalmente la responsabilidad estatal.

Es más, exigir el carácter exclusivo parece irrazonable, pues es posible e incluso común que en la producción de los hechos dañosos concurren varias causas. ¿Por qué, entonces, excluir unas y no otras? El criterio más justo es que se sumen todas las causas que sean relevantes, distribuyéndose el daño entre éstas y los autores responsables.

En conclusión, utilizar un criterio más estricto respecto del nexo causal es innecesario y –además– inconveniente, pues en verdad encubre otro rasgo. ¿Cuál? El de la inconsistencia o confusión respecto de los fundamentos de la responsabilidad estatal por sus actividades lícitas.

En efecto, es posible, entonces, que existan causas concurrentes (p.ej., responsabilidad del Estado y de la víctima o de un tercero), en cuyo caso debe repartirse la reparación según la medida en que cada uno contribuyó a la producción del evento dañoso.

Asimismo, cabe advertir la imprecisión de los estándares a seguir en la distribución de las responsabilidades por los operadores jurídicos y los jueces en particular, de modo que el criterio es claramente casuístico y de conformidad con las circunstancias del caso bajo análisis. Es decir, el intérprete y, particularmente, el juez actúan con discrecionalidad y según los hechos del caso.

3) *La exigencia de daño actual.* La ley establece que en los casos de responsabilidad por actividades lícitas –a diferencia de las actividades ilícitas– el daño debe ser no sólo cierto, sino también actual.

En verdad, el daño exigible debe ser cierto, actual o futuro; de modo que no se comprende por qué el legislador –además del carácter excepcional de este supuesto de responsabilidad estatal– exige un daño actual.

4) *El alcance de la reparación.* El art. 5° de la ley 26.944 establece que –cuando se trata de responsabilidad por acti-

vidades estatales lícitas– “en ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

¿Qué dijo la Corte Suprema antes de la ley 26.944? El tribunal ha sentado postulados contradictorios. Por caso, en los antecedentes “Los Pinos”, “Cantón” y “Motor Once” sostuvo un concepto restrictivo³⁵. A su vez, en otros –p.ej., “Juncalán”, “Jacarandá” y “Malma”– tuvo un criterio amplio o llamémosle pleno.

Recordemos, en primer lugar, el precedente “Los Pinos”, de 1975, cuyos hechos más relevantes fueron los siguientes: el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dejó sin efecto la habilitación de un hotel alojamiento. Luego, el propietario reclamó el pago por los daños y perjuicios causados por la revocación del permiso respectivo.

El tribunal sostuvo que la habilitación de un inmueble de propiedad privada no debe interpretarse como si se tratase de un permiso sobre bienes del dominio público de carácter precario, sino como restricciones del dominio privado en razón de intereses públicos.

A su vez, los jueces distinguieron entre, por un lado, la prohibición de las actividades en términos generales y, por el otro, la revocación de la autorización de un inmueble determinado por causas sobrevinientes. Es más, “la revocación por razones de oportunidad o conveniencia no convierte en ilícita esa actividad al no derogarse la norma sustantiva que

³⁵ En este grupo cabe recordar también, entre otros, el caso “Brumeco”, cuyos hechos fueron sucintamente los siguientes: “el 26 de noviembre de 1986 [el actor] inició un juicio ejecutivo contra Enio Alfil Cisterna por aquella suma, como consecuencia del rechazo de los cheques que individualiza y que en esa oportunidad solicitó el embargo preventivo sobre un inmueble presuntamente propiedad del ejecutado... al tratar de ejecutarla se advirtió que la propiedad había sido enajenada con posterioridad a la anotación de la medida cautelar”. La Corte Suprema condenó a la provincia de Buenos Aires. En particular, respecto del lucro cesante sostuvo que “la indemnización deberá limitarse al importe originario del crédito y sus accesorios moratorios... en cuanto al lucro cesante, tal pretensión resarcitoria no persigue sino reclamar perjuicios conjeturales o hipotéticos. A idéntica conclusión corresponde arribar en cuanto al daño moral... no cabe una reparación de esa índole a favor de una sociedad comercial” (CSJN, 18/9/90, “Brumeco SA c/Buenos Aires, provincia de s/cobro de australes”, Fallos, 313:907).

lo regula con carácter general” y, consecuentemente, corresponde indemnizar al titular.

La Corte Suprema se apoyó, básicamente, en los argumentos de que el sacrificio no puede ser soportado sólo por el actor, porque si así fuese la conducta estatal violaría el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas (art. 16, Const. nacional); y de que es necesario respetar la integridad del patrimonio del actor —es decir, el derecho de propiedad que prevé el art. 17—, pues el Estado dejó “sin efecto la autorización de que era beneficiaria”.

Por último, el tribunal concluyó que, en razón del sacrificio del interés particular, sin aumento del patrimonio estatal, sólo cabe reconocer el daño emergente y no así el lucro cesante³⁶.

Posteriormente, en el precedente “Cantón”, de 1979, los hechos sucintamente fueron los siguientes. Por un lado, el recurrente había celebrado un contrato de compraventa internacional mediante un crédito documentado y en vías de ejecución y, por el otro, el Poder Ejecutivo dictó el decr. 2118/71, que prohibió la importación de los productos objeto de ese contrato internacional.

En este contexto, es decir, actividades lícitas estatales —prohibición de importación de ciertos bienes—, la Corte Suprema dijo que “la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16, Cód. Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedentes las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil”. En conclusión, según el criterio del tribunal, “el resarcimiento debe comprender el daño emergente... por lo que debe extenderse a todos los gastos hechos en los contratos celebrados... y el precio abonado por la mercadería retenida... con exclusión de las

³⁶ CSJN, 22/12/75, “Corporación Inversora Los Pinos SA c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*, 293:617.

ganancias que podría haber obtenido en la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo (arg. art. 10, ley 21.499, vigente)³⁷.

Diez años después, en el antecedente “Motor Once”, el tribunal repitió su doctrina. Veamos primero los hechos del caso.

El intendente de la Ciudad de Buenos Aires, por medio del decr. 1231/60, autorizó la construcción de un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal y la instalación de una estación de servicio en ese predio. Posteriormente, el legislador local, mediante el Código de Edificación, dispuso que en las estaciones de servicio no podía “destinar(se) a vivienda, locales situados en los pisos altos y solamente puede haber ambientes para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior constituyendo una misma unidad de uso”. Luego, la Municipalidad ordenó la clausura de la actividad de expendio de combustible en el predio propiedad del actor.

En este contexto, la Corte Suprema reconoció el deber de reparar, pero rechazó el lucro cesante en razón de los siguientes argumentos.

a) En el caso existe “un acto imperativo, que se produce en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad que la autoridad comunal tiene reservado”, distinguiéndolo así del caso “Sánchez Granel”, por tratarse este último de un contrato de obra pública, “por lo que la cuestión jurídica a resolver tenía un marco legal definido —ley de obras públicas y previsiones conexas— dentro del cual debía ser construida la solución”.

b) El art. 18 de la LPA “se limita a establecer que la revocación de un acto administrativo regular... resulta legítima indemnizando los perjuicios que causare a los administrados, sin precisar los alcances del resarcimiento debido”.

c) Así, es necesario “recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Cód. Civil excede los límites del ámbito del

³⁷ CSJN, 15/5/79, “Mario Elvío Cantón c/Gobierno Nacional”, *Fallos*, 301:403.

derecho privado, puesto que lo trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno".

d) La ley de expropiaciones es la "norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados".

e) Por último, "el sacrificio especial debe ser compensado a través de la indemnización propia del instituto análogo de la expropiación, para que se produzca la generalización del sacrificio especial que ha pasado en pugna con la equidad. Esa compensación, sin embargo, del interés privado que ha debido subordinarse a las razones de seguridad colectiva que impusieron su gravamen, no puede exceder -a mi modo de ver- de aquellas que corresponde al desamparamiento de un bien expropiado por razones de utilidad pública"³⁸.

Sin embargo, en el caso "Juncalán" -como ya adelantamos- la Corte Suprema sostuvo un criterio amplio, con matices. Aquí en razón de los trabajos de obra realizados por la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Buenos Aires en el canal aliviador de las aguas del Río Quinto, se produjo la inundación del campo de propiedad de la parte actora.

¿Qué dijeron los jueces? Veamos.

a) En primer lugar, existe relación causal entre el obrar legítimo del Estado provincial y el hecho generador de los daños. Así, cuando la conducta estatal "se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares... esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad estatal por su obrar lícito".

b) En segundo lugar, del informe pericial surge que el daño es cierto y que comprende los gastos necesarios para la recuperación productiva del suelo.

c) En tercer lugar, no es posible aplicar la ley de expropiación, porque ésta regula una privación del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso y, además, establece una excepción al principio general que no puede extenderse analógicamente.

³⁸ CSJN, 9/5/89, "Motor Once", Fallos, 312:659.

d) En cuarto y último lugar, debe reconocerse consecuentemente el lucro cesante.

Por su parte, el juez BACQUÉ -quien permitió formar el criterio mayoritario sobre el alcance de la indemnización; es decir, el daño y el lucro- utilizó otros argumentos. Este magistrado sostuvo que "una indemnización que no tenga en cuenta el lucro cesante, lejos de apartarse del requisito constitucional a una indemnización plena, lo satisface ampliamente en la mayoría de los casos al conciliar los derechos individuales con el interés público". Pero luego advirtió que este principio "no debe ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones". Así, expresó que -de conformidad con las circunstancias del caso- debía reconocerse el lucro porque, en caso contrario, se desconocería el derecho de propiedad, en tanto en ese pleito el daño emergente era un daño mínimo. ¿En qué consistía -en este caso- el lucro cesante? Este rubro indemnizatorio comprendía el no uso del campo en el futuro; esto es, la no realización de actividades agrícolas y ganaderas³⁹.

Por último, el juez FAYT -en un voto peculiar e interesante- consideró que "no hay norma expresa que establezca cuáles son los rubros que deben ser indemnizados" y, consecuentemente, debía recurrirse por analogía -en los términos del art. 16, Cód. Civil- al campo del derecho público. Sin embargo, no cabía aplicar el instituto de la expropiación porque la actora no había sido privada de la propiedad, sino únicamente del uso. De modo que debía recurrirse a otro instituto que guardase mayor semejanza con los hechos; a saber, la ocupación temporánea. Así las cosas, el monto de la indemnización debía calcularse sobre la base del valor locativo de la propiedad.

Más adelante, la Corte Suprema se expidió en el antecedente "El Jacarandá"⁴⁰. En este caso, la sociedad actora resultó adjudicataria de una licencia para la explotación de una estación de radiodifusión sonora y solicitó su posesión -circunstancia que nunca se llevó a cabo-. Posteriormente

³⁹ CSJN, 23/11/89, "Juncalán Forestal Agropecuaria SA c/Buenos Aires, provincia s/daños y perjuicios", Fallos, 312:2269.

⁴⁰ CSJN, 28/7/05, "El Jacarandá SA c/Estado nacional", Fallos, 328:2654.

te, el Poder Ejecutivo dejó sin efecto la adjudicación de la emisora y ordenó fijar la reparación por el daño emergente en los términos del art. 18 de la ley 19.549. Ante ello, la sociedad promovió demanda por la nulidad del acto que dejó sin efecto la adjudicación de la licencia.

En este fallo el tribunal afirmó lo siguiente.

a) "Cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, 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 (doctr. Fallos, 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros)".

b) "También ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado... es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue".

c) "La extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el *sub lite*, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas".

d) Finalmente, sin perjuicio de los argumentos antes expuestos, el tribunal adujo que en el caso no se probó "una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas".

Por último, en el caso "Malma" la Corte Suprema sostuvo lo que se transcribe a continuación.

a) "Es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean conse-

cuencias normales de la actividad lícita desarrollada... por lo tanto, sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales -vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual".

b) "El resto de los perjuicios que la recurrente manifiesta haber sufrido en concepto de daño emergente (inversiones en publicidad, inversiones en infraestructura) constituyen riesgos propios del giro comercial, circunstancia frente a la cual cobra mayor virtualidad aquel principio según el cual en nuestro ordenamiento jurídico no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones... [a su vez] tanto respecto de estos rubros como del pretendido lucro cesante no se encuentra acreditada la condición de especialidad"⁴¹.

En síntesis, el criterio de la Corte Suprema es el de que, en el campo de la responsabilidad extracontractual -que es el que aquí nos interesa-, el criterio más reciente del tribunal es el de que la indemnización debe incluir el daño y el lucro, sin perjuicio de su estrictez respecto de cómo evaluar este último rubro. Es decir, si bien en ciertos casos el tribunal rechazó el lucro cesante y, en otros menos, reconoció este rubro, cierto es también que cuando aceptó el lucro como rubro indemnizatorio, fue sumamente estricto en el análisis y mérito de las pruebas.

Es evidente, según surge de los propios precedentes de la Corte Suprema que, en ciertos casos, es necesario reconocer el lucro cesante; por ello, el criterio legislativo ("en ningún caso") surge irrazonable.

e) **RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD JUDICIAL.** La ley 26.944 establece que "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización" (art. 5º, párr. último).

A su vez, entre las decisiones judiciales más relevantes cabe distinguir entre el error *in procedendo* y el error *in iudicando*. El primer caso está apoyado en el funciona-

⁴¹ CSJN, 15/5/14, "Malma Trading SRL", LL, 2014-C-263.

miento defectuoso del servicio de justicia durante la sustanciación del proceso y el segundo ocurre cuando el fallo judicial es injusto -error judicial-.

Veamos, en primer lugar, la responsabilidad *in procedendo*. En este marco debemos aplicar iguales presupuestos que en los casos de responsabilidad del Estado por sus actividades ilícitas, esto es, conductas antijurídicas, daño, nexo de causalidad y factores de imputación (teoría del órgano) y atribución (subjeto/objetivo)⁴².

En particular, cabe recordar el caso "Hotelera Río de la Plata"⁴³. Los hechos fueron los siguientes: una empresa hotelera promovió demanda contra la provincia de Buenos Aires por los daños causados por la resolución, presuntamente irregular, impartida por un magistrado provincial, que ordenó la conversión de un depósito judicial de bonos externos a pesos argentinos.

La Corte Suprema hizo lugar al planteo porque "es evidente la irregularidad de la orden impartida por el presidente del tribunal al banco, como así el perjuicio que para la actora deriva de ese hecho. El oficio fue librado antes de haber sido ordenado por el tribunal, y en él se incluyó una orden de conversión de moneda extranjera a moneda argentina que no había sido dispuesta ni lo fue después, y que el depositante, por tanto, nunca pudo consentir. El daño producido resulta del mero hecho de la ulterior depreciación de la moneda del país, que frustró la intención de la depositante de proteger el valor de su depósito mediante el lícito recurso de efectuarlo en valores emitidos en moneda extranjera por el Estado nacional... de tal modo, es respon-

⁴² Dice MAJORANO que "sin desconocer el valor que encierran algunas de las ideas ya expuestas, entiendo que, en nuestro país, el fundamento de la responsabilidad estatal, en cualquiera de sus órdenes, reside en el complejo de principios que constituyen el Estado de derecho... a) el afianzamiento de la justicia... b) el derecho a la vida... c) la garantía del art. 17 que asegura la inviolabilidad de la propiedad; d) la igualdad ante la ley prevista por el art. 16; e) las garantías de la libertad (art. 18); f) el art. 19... g) el art. 33..." (*Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, LL, 1984-D-983).

⁴³ CSJN, 4/6/85, "Hotelera Río de la Plata SA c/Provincia de Buenos Aires", Fallos, 307:821.

sable la Provincia por la orden irregularmente impartida por uno de los magistrados integrantes de su Poder Judicial, toda vez que ella implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias".

Es decir, según el criterio del tribunal, el Estado era responsable por los errores en el proceso judicial con fundamento en la *falta de servicio* -art. 1112, Cód. Civil-⁴⁴. Veamos otros casos.

En el precedente "Etcheverry" el actor reclamó una indemnización con fundamento en el levantamiento -a su entender, contrario a derecho- de las medidas precautorias que solicitó y oportunamente obtuvo en el juicio por colación, circunstancia que permitió luego la enajenación de los bienes cuyo valor fue objeto de reclamo.

La Corte Suprema entendió, reiterando el criterio expuesto en el precedente "Hotelera Río de la Plata", que "en tales condiciones es evidente la irregularidad de esa orden judicial, que implicó el cumplimiento defectuoso de las funciones propias del magistrado y que compromete la responsabilidad estatal en los términos de que da cuenta el pronunciamiento de esta Corte recaído en los autos 'Hotelera Río de La Plata SA c/Provincia de Buenos Aires s/restitución de dólares'... a cuyos fundamentos de doctrina y jurisprudencia cabe remitir en razón de brevedad"⁴⁵.

Por su parte, en el antecedente "De Gandia", la Corte Suprema debatió la responsabilidad del Estado *in procedendo* por omisión⁴⁶.

En el caso, el actor inició demanda contra la provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener una indemnización por daño moral, como consecuencia de haber sido detenido por una orden de secuestro sobre el rodado que conducía, a raíz de un error judicial. El tribunal hizo lugar al reclamo, en tanto afirmó que "es responsable la provincia

⁴⁴ Sin embargo, no es posible imputar al Estado responsabilidad por errores judiciales cuya causa son los falsos testimonios.

⁴⁵ CSJN, 16/12/86, "Etcheverry, Luisa M., y otros c/Buenos Aires, provincia de, Estado nacional y otros s/daños y perjuicios", Fallos, 308:2494.

⁴⁶ CSJN, "De Gandia, Beatriz I. c/Provincia de Buenos Aires", Fallos, 318:845.

por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias.

Con posterioridad, en el caso "Tortorelli", la Corte Suprema reiteró la doctrina de la falta de servicio como fundamento de la responsabilidad estatal por errores en el marco del proceso judicial.

Aquí los hechos fueron los siguientes. El actor no pudo salir del país porque se informó que pesaba sobre él una interdicción en razón de la declaración de su quiebra. Luego de varias tramitaciones, tomó conocimiento de que la quiebra había sido originariamente pedida ante un juez provincial respecto de una persona que tenía su mismo nombre y apellido. En este contexto, el actor consideró que existió un obrar negligente por parte de los tribunales y los letrados que intervinieron en el proceso judicial y, consecuentemente, promovió acción por daños y perjuicios contra la provincia de Buenos Aires, el juez provincial, el Estado nacional, el juez nacional (quien tramitó el juicio ejecutivo que dio origen al trámite de quiebra) y los letrados. La Corte Suprema admitió la demanda por daño moral contra algunos de los codemandados (entre ellos, la provincia de Buenos Aires y el Estado nacional), por considerar que existió un obrar negligente del Poder Judicial⁴⁷.

A su vez, con el propósito de completar el cuadro es conveniente mencionar el antecedente "Amico", sobre la responsabilidad del Estado por actividad judicial *in procedendo*, en particular por la actuación de los síndicos. En este caso, el adquirente de un inmueble demandó al Estado nacional

⁴⁷ A su vez, el tribunal agregó que "sobre estos principios debe responsabilizarse... al Gobierno nacional, sin que... lo exima de su falta de servicio el hecho de que respecto del doctor... hubiere prosperado la excepción de falta de legitimación pasiva... pues la no intervención en el proceso del magistrado que habría cometido el hecho dañoso o la imposibilidad de traerlo a juicio en tanto no fuera separado de su cargo, no obsta a la responsabilidad estatal por los hechos ilícitos de sus funcionarios, ya que no existe prescripción legal alguna que establezca que en las demandas de resarcimiento contra uno de los responsables sea menester deducir también la pretensión contra quien lo es de manera recurrente" (CSJN, 23/5/06, "Tortorelli, Mario N. c/Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios", RCS, 2006-515).

por la declaración de invalidez de la compraventa, en virtud de la antigua ley 19.551, de concursos y quiebras, en tanto el síndico omitió inscribir la inhibición general de bienes del concursado en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sin embargo, la Corte Suprema no responsabilizó al Estado por la actuación irregular del síndico. Los argumentos que utilizó fueron los siguientes.

1) El asunto bajo debate es si las funciones del síndico del concurso deben ser equiparadas a las conductas de los órganos estatales.

2) La ley que rige su actividad no les atribuye el carácter de funcionarios del Estado sino "del concurso".

3) El síndico del concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exteriorice sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y basada en la idoneidad de orden técnico de su título profesional.

4) Como regla, las actividades antes mencionadas no pueden ser propiamente caracterizadas como públicas, en el sentido en el que lo son las de los funcionarios y empleados del Estado.

5) Consecuentemente, no puede responsabilizarse al juez del concurso, en cuanto órgano estatal, por la omisión del síndico en inscribir la inhibición general de bienes oportunamente ordenada.

Otro aspecto bajo discusión en este tópico –error *in procedendo*– es la *responsabilidad del Estado en los casos de resoluciones judiciales sobre prisión preventiva* respecto de personas que luego son absueltas, sobreseídas o desvinculadas del proceso por falta de mérito.

Adelantemos que la Corte Suprema no reconoció responsabilidad al Estado cuando la prisión preventiva ordenada por el juez fue, según su criterio, de carácter legítimo.

Así, en el precedente "Balda", el actor inició demanda contra el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios derivados de la actuación del personal policial provincial y de la prisión preventiva dictada en sede judicial durante el proceso que, finalmente, concluyó

con su absolución. La Corte Suprema rechazó la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos.

1) "Cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto".

2) Si bien "el actor no atribuye el perjuicio a la sentencia definitiva -que le fue favorable-, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial y confirmada por la alzada, ya que la sentencia absolutoria pronunciada tras la sustanciación del plenario -y en función de nuevos elementos de convicción arrojados a la causa- no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del procesado, sobre la base de una semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho (art. 183, inc. 3º, Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires)".

3) "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme... pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error".

4) "Tampoco podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica. Es que, como esta Corte ha sostenido, cuando esa actividad lícita, 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. De tal manera, a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales que integran su zona de reserva (*Fallos*, 301:403)".

5) "En cambio, como es notorio, dichos fundamentos no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, que no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son un costo inevitable de una adecuada administración de justicia"⁴⁸.

En igual sentido, en el caso "Andrada", la Corte Suprema sostuvo que "la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario"⁴⁹.

De todos modos, es cierto que el tribunal admitió la procedencia de la responsabilidad estatal en los casos en los que la prisión preventiva se extendió por un plazo irrazonable.

Por ejemplo, en el precedente "Rosa, Carlos Alberto". Aquí los hechos del caso fueron los siguientes: un agente de la Policía Federal Argentina participó, junto con otros dos

⁴⁸ CSJN, 19/10/95, "Balda, Miguel Á. c/provincia de Buenos Aires", *Fallos*, 318:1990. Por su parte, el voto integrado por los jueces FAYT, BELLUSCIO y PETRACCHI sostuvo que el Estado es responsable por el perjuicio causado a quien, imputado de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto. Agregó que "ello es así en tanto se trate de una inocencia manifiesta, vale decir, que el auto de prisión preventiva... carezca de sustento lógico en las constancias de la causa, habida cuenta de que, en general, para su dictado no es necesaria una prueba concluyente de la comisión de un delito sino solamente... la existencia de elementos de convicción suficientes... corresponde concluir que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario". Por último, "no demostrado que en la etapa correspondiente del proceso los jueces de la causa hubieran procedido infundada o arbitrariamente, la reparación reclamada no puede ser admitida".

⁴⁹ CSJN, 5/9/06, "Andrada, Roberto H., y otros c/Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios", *Fallos*, 329:3806.

compañeros, en un operativo en el que murieron dos personas. Iniciado el proceso penal, los agentes fueron detenidos, decretándose la prisión preventiva por considerarlos *prima facie* responsables del delito de doble homicidio agravado. El actor solicitó la excarcelación, pero fue seis veces denegada y concedida sólo cuatro años después. Posteriormente fue absuelto y, una vez firme este pronunciamiento, demandó al Estado nacional por los daños y perjuicios derivados del auto de prisión preventiva y su prolongación por un período superior a los cuatro años.

La Corte Suprema básicamente sostuvo que el mantenimiento de la "medida cautelar por los dos primeros años de detención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable". Sin embargo, en relación con el tiempo de detención posterior, el tribunal expresó que, "en razón de las particularidades que este caso presenta, es necesario examinar concretamente las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en este supuesto. En efecto, en reiteradas oportunidades este tribunal ha resuelto que las normas procesales referentes a la prisión preventiva y a la excarcelación vigentes en la oportunidad en que se tramitó esta causa no establecen un plazo máximo de detención, toda vez que el de dos años que surge del art. 379, inc. 6°, del Cód. de Proced. en Materia Penal debe ser valorado de conformidad con las pautas restrictivas objetivas y subjetivas establecidas en forma taxativa por el art. 380 del Código citado. De ahí que sólo se podría denegar la libertad caucionada, de haber transcurrido aquel plazo, en la medida en que el juez presumiese fundadamente, de conformidad con tales pautas, que el procesado intentaría eludir la acción de la justicia... ello es así toda vez que el carácter de garantía constitucional reconocido al beneficio excarcelatorio en virtud de la presunción de inocencia de quien aún no fue condenado (art. 18, Const. nacional) y el derecho a la libertad física exige que su limitación se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley... y que las disposiciones que la limitan sean valoradas por los jueces con idénticos criterios de razonabilidad".

Finalmente, la Corte Suprema concluyó que "en tales condiciones, le asiste razón al recurrente en cuanto se ha configurado un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un período de un año, seis meses y dieciséis días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas legales aplicables al caso (arts. 379, inc. 6°, y 380, Cód. de Proced. en Materia Penal, y art. 7°, inc. 5, Pacto de San José de Costa Rica)"⁵⁰.

A su vez, el tribunal recordó este criterio, expuesto en el caso "Rosa", en el precedente "Mezzadra", de 2011, entre otros. Dijo aquí que "no corresponde responsabilizar al Estado nacional por la actuación legítima de los órganos judiciales", pero consideró procedente el resarcimiento "cuando durante el trámite de un proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva efectiva del procesado, y ello le había producido graves daños que guardaban relación de causalidad directa e inmediata con aquella falta de servicio"⁵¹.

En definitiva, cabe distinguir entre los casos de responsabilidad estatal por prisión preventiva y los supuestos de prolongación excesiva e irregular de ésta.

Finalmente, cabe referirse a los fallos de la Corte Suprema sobre la responsabilidad *in iudicando*. Entre las decisiones judiciales más relevantes, merece señalarse el fallo "Vignoni", de 1988, cuyos antecedentes fueron los siguientes. En 1976 el actor fue detenido y condenado a veintidós años de prisión por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Con posterioridad, en 1983, fue indultado y recuperó la libertad. Luego, en 1985, promovió un recurso de hábeas corpus con base en la ley 23.042. En el marco de dicho proceso, la Cámara Federal dejó sin efecto la senten-

⁵⁰ CSJN, 1/11/99, "R., C. A. c/Ministerio de Justicia y otro", Fallos, 322:2683.

⁵¹ CSJN, 8/11/11, "Mezzadra, Jorge O. c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/daños y perjuicios", M. 1181.XLIV.

cia del tribunal militar. Finalmente, en 1986 el actor dedujo demanda por daños y perjuicios contra el Estado nacional, por privación ilegítima de la libertad.

La Corte Suprema sostuvo que "en principio cabe señalar que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error"⁵².

Por otro lado, en el ámbito civil, y por error judicial, vale recordar el caso "Román". En este precedente, la Corte Suprema argumentó que "la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (conf. Fallos, 308:2095). Su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial –recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia (confr. Fallos, 311:1007)–, mediante el cual se determine la naturaleza y gravedad del yerro"⁵³.

A su vez, en el caso "González Bellini", de 2009, el actor promovió demanda con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por error judicial cometido en ocasión de haber sido condenado, luego de que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro declarase la nulidad de la sentencia condenatoria penal. La Corte Suprema recordó aquí que "sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el ca-

⁵² CSJN, 14/6/88, "Vignoni, Antonio S. c/Gobierno nacional", Fallos, 311:1007.

⁵³ CSJN, 13/10/94, "Román SAC c/Estado nacional – Ministerio de Educación y Justicia", Fallos, 317:1232.

rácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error". Y añadió que "el fallo que declaró procedente el recurso de revisión interpuesto por el actor y anuló la sentencia condenatoria se sustentó en la causal de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna" y que, por tanto, "la sola anulación o revocación de la sentencia condenatoria dictada en una causa penal, a raíz de una instancia apta como lo es el recurso de revisión, es condición necesaria pero no suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en ejercicio de su función jurisdiccional. Ello es así, pues la reparación sólo procede cuando resulta manifiesta la materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley". Por último, concluyó que es "evidente que en el *sub lite* tal recaudo es inexistente".

Pues bien, el punto más controversial es si el juez puede reconocer el reparo económico sin revisar el fallo judicial. Consideramos que el criterio de la Corte Suprema es claro y razonable. En efecto, es ilógico, *por un lado*, mantener el decisorio judicial erróneo y, *por el otro*, reconocer su carácter ilegítimo y el resarcimiento de los daños causados en su consecuencia. Por ello, el asunto más crítico es en qué casos es posible revisar las sentencias firmes por error judicial y cuáles son las vías para hacerlo.

Antes de abandonar este capítulo, cabe recordar los casos de responsabilidad estatal por la demora en la tramitación de los procesos judiciales. Así, en el caso "Mezzadra", de 2011, ya mencionado, se planteó la responsabilidad del Estado por la duración irrazonable del proceso penal –más de veinte años–, tiempo en el cual el actor estuvo procesado. Dijo la Corte Suprema que "no se ha puesto en tela de juicio una decisión jurisdiccional –a la cual se repute ilegítima– sino que lo que se imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo". Y advirtió que el planteo "no debe encuadrarse en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de error judicial".

Luego, los jueces analizaron si la dilación fue o no razonable, según los siguientes estándares: 1) la complejidad

de la causa; 2) el comportamiento de la defensa, y 3) la conducta de las autoridades judiciales.

Respecto de la *complejidad*, "no se observa que los hechos investigados fueran extraordinariamente complejos o se hallaran sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación". En cuanto al *comportamiento del procesado*, el Estado "no identifica en forma suficiente las razones por la que ella pueda ser calificada como dilatoria". Finalmente, en relación con la *conducta de los jueces* que intervinieron en el proceso, se sostuvo que, por un lado, el carácter irrazonable de los plazos fue reconocido por los propios jueces y, por el otro, "es posible apuntar... ineficiencias en la dirección del proceso". Cabe recordar que "el vicio de denegación de justicia se configura... cuando la dilación indebida del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil". En conclusión, la Corte Suprema responsabilizó al Estado⁵⁴.

En igual sentido se expidió el tribunal en los antecedentes "Poggio" y "Rizikow"⁵⁵.

Por su parte, en el caso "Mémoli" la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que "respecto a la alegada violación al plazo razonable en el procedimiento civil... ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas... la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Asimismo... se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva. La Corte usualmente ha considerado los siguientes elementos para determinar la ra-

⁵⁴ CSJN, 8/11/11, "Mezzadra, Jorge O. c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/daños perjuicios", M. 1181.XLIV.

⁵⁵ CSJN, 8/11/11, "Poggio, Oscar c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/daños y perjuicios"; íd., 8/11/11, "Rizikow, Mauricio c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/daños y perjuicios".

zonabilidad del plazo del proceso judicial: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"⁵⁶.

A su vez, el Código Procesal Penal, según ley 27.063, establece que "se podrá anular la sentencia remitiendo a un nuevo juicio cuando el caso lo requiera o pronunciar directamente la sentencia definitiva. Si la sentencia fuera absoluta o declarara la extinción de la acción penal, se ordenará la libertad del imputado, la restitución de la multa pagada y de los objetos decomisados. El tribunal resolverá luego de oír a las partes, la indemnización a favor del condenado o de sus herederos, de conformidad con lo establecido en los arts. 346 y 347" (art. 322). Así, "si a causa de la revisión del procedimiento, el condenado fuera absuelto o se le impusiera una pena menor, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o inhabilitación sufrida, o por el tiempo sufrido en exceso. El precepto regirá, análogamente, para el caso en que la revisión tuviera por objeto una medida de seguridad. La multa o su exceso será devuelta. La revisión por aplicación de una ley más benigna o amnistía, no habilitará la indemnización aquí regulada" (art. 346). Por último, "toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. En caso de ser obligado a reparar, el Estado repetirá contra algún otro obligado. Serán solidariamente responsables quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial. La solidaridad alcanzará total o parcialmente al denunciante o al querellante que haya falseado los hechos o litigado con temeridad" (art. 347).

⁵⁶ Corte IDH, 22/8/13, "Mémoli vs. Argentina". En igual sentido, en el precedente "Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", la Corte IDH indicó que "el Estado tuvo conocimiento... acerca de la muerte de... es a partir de esa fecha cuando debió iniciar e impulsar la investigación y el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, no fue sino hasta quince meses después que inició la investigación, tal como quedó probado". Por otro lado, "el propio Estado reconoció... que las autoridades no impulsaron de forma diligente y sería una investigación tendiente a ubicar... y obtener la extradición del imputado".

Entendemos que la ley de responsabilidad del Estado debió regular con mayor detalle el deber del Estado de reparar por error judicial, más allá del Código Procesal Penal, y no limitarse simplemente a excluirla en el caso de las actividades judiciales legítimas. A su vez, consideramos necesario incorporar la responsabilidad del Estado cuando el plazo de los procesos judiciales (en particular, en el caso de procesamientos o prisiones preventivas) se extiende en el tiempo de modo irrazonable.

f) *RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR CONCESSIONARIOS O CONTRATISTAS DEL ESTADO.* La ley sobre responsabilidad del Estado (26.944) establece que éste "no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada" (art. 6°). Es decir que el legislador no permite, en principio, responsabilizar al Estado por los daños causados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos.

Cabe repasar el criterio de la Corte Suprema sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados por los concesionarios de las rutas.

Tal como ya fue expuesto, el alto tribunal no reconoció responsabilidad estatal y sí responsabilidad del concesionario en los precedentes más recientes. Nos remitimos al § 3, d, en el que desarrollamos los precedentes "Colavita", "Ferreira" y "Bianchi", entre otros.

Por nuestra parte, consideramos que el Estado debe responder en el marco de los servicios públicos en dos planos. Por un lado, cuando el servicio es prestado directamente por el Estado de modo irregular. Por el otro, cuando el servicio ha sido otorgado en concesión, en cuyo caso sólo es posible responsabilizar al Estado por el ejercicio irregular del poder de ordenación y regulación del servicio o el control defectuoso sobre el concesionario; sin perjuicio de que la ley no aclare tales supuestos y sólo diga que el Estado no debe responder por los daños causados por el concesionario en el marco de las *funciones encomendadas* a éste por el Estado, es decir, estrictamente por la prestación del servicio.

Ésta es una construcción plausible y razonable, de conformidad con la interpretación en sentido contrario del texto del art. 6° de la ley 26.944 y de los principios generales del derecho, y nos permite endilgar responsabilidad al Estado cuando éste no cumple con sus deberes de regulación o control y tal hecho —entre otros— es causante del daño provocado por el concesionario.

Veamos estos supuestos por separado.

1) *Las acciones u omisiones en la prestación del servicio por el propio Estado.* En este supuesto debemos remitirnos a la teoría general de la responsabilidad; en especial, el cuadro del art. 3° de la ley. Esto es, el concepto de falta de servicio (el incumplimiento de los deberes estatales) y su consecuente responsabilidad.

2) *Las acciones u omisiones en la prestación del servicio por el concesionario.* Si el Estado no es el prestatario del servicio no debe responder bajo este título por las siguientes razones.

a) El Estado no prestó el servicio y no debe hacerlo.

b) El Estado no es el principal del concesionario y, consecuentemente, no es posible imputarle responsabilidad en los términos del art. 1753 del Cód. Civil y Comercial ("*el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones*").

c) El titular de la explotación de la concesión no es un órgano o ente estatal, sino un sujeto privado simplemente vinculado con el Estado por medio de un contrato de concesión del servicio.

d) El servicio objeto de concesión es explotado *por cuenta y riesgo* del concesionario. En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema dijo que el concesionario "realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión"⁵⁷.

⁵⁷ CSJN, 21/3/06, "Ferreira, Víctor c/VICOVSA", Fallos, 329:646, voto del juez ZAFFARONI. Ver, también, CSJN, 22/4/08, "Ledezma, María L. c/Metrovias".

3) *Las conductas en el ejercicio del poder de ordenación, regulación y control del Estado sobre el concesionario.* El Estado debe responder si los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión del servicio, son consecuencia directa del ejercicio irregular o defectuoso del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio⁵⁸. Así surge del art. 6° de la ley 26.944, en sentido contrario. Si el Estado no responde por los daños causados por las acciones u omisiones en el ejercicio de las funciones encomendadas, si debe hacerlo cuando el daño es provocado por el desempeño de otras funciones (v.gr., ordenación, regulación o control).

En otros términos, la causa (o concausa) del evento dañoso debe ser el ejercicio irregular o defectuoso del poder de ordenación, regulación o control estatal sobre el servicio. Por ejemplo, cuando el daño es causado por la aplicación de un reglamento ilegítimo o una orden ilegítima dada por el Estado al concesionario en el ejercicio de las potestades de dirección sobre el servicio, o por la omisión de control por parte del Estado. Siempre que, además, tal conducta estatal sea relevante jurídicamente en la producción del evento dañoso.

La responsabilidad estatal, en el marco de la concesión de los servicios públicos, es siempre de carácter directo y sólo procede en casos de excepción, pues no debe confundirse con el supuesto que prevé el art. 1753 del Cód. Civil y Comercial, dado que no existe entre ambos –Estado y concesionario– relación de dependencia o subordinación. De modo que no es razonable mezclar la responsabilidad del Estado respecto de sus poderes de regulación, ordenación y control sobre el concesionario con las responsabilidades del principal por la elección y vigilancia de sus dependientes.

En el resto de los contratos, el Estado tampoco es responsable por los daños que el contratista cause a terceros, salvo cuando éstos fuesen consecuencia *directa* del poder de ordenación o regulación estatal (art. 6°, ley 26.944).

g) *IMPROCEDENCIA DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS DISUASIVAS.* Más allá de la responsabilidad patrimonial de los agentes

⁵⁸ CSJN, 28/4/98, "Zacarías, Claudio c/Provincia de Córdoba".

públicos (conf. art. 9°, ley 26.944, y art. 1766, Cód. Civil y Comercial), la ley de responsabilidad del Estado establece que "la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado" (art. 1°, párr. último).

Cabe recordar que en el debate parlamentario en el Senado de la Nación se sostuvo que "el cuarto párrafo del art. 1° se refiere a la sanción pecuniaria disuasiva. Algunos colegas –de buena fe, por cierto– han entendido que la sanción pecuniaria disuasiva se refiere a las astreintes. Lamentablemente, no es ésa la concepción. La sanción pecuniaria disuasiva es una multa civil que está prevista, por ejemplo, en el art. 52 bis de la ley del consumidor. Es decir que es una sanción que se vincula por el incumplimiento de un contrato de consumo, de una relación de consumo... reitero: la sanción pecuniaria disuasiva no es una astreinte". Sin embargo, no se comprende qué relación existe entre tales sanciones pecuniarias disuasivas (relaciones de consumo) y la responsabilidad estatal.

A su vez, el Código Civil y Comercial establece que "*los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder*" (art. 804). Y, luego, afirma que "*la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo*".

Pues bien, cabe recordar que la ley 26.944 declara improcedentes las "sanciones pecuniarias disuasivas" contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1°) y, asimismo, las reglas procesales del derecho administrativo; en particular, la ley sobre medidas cautelares dispone, en su art. 9°, que no es posible "imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias".

Es evidente entonces que el legislador recortó una potestad fundamental de los jueces para obligar al Estado a cumplir las decisiones judiciales. Es más, los jueces, ante el incumplimiento del Poder Ejecutivo, no disponen de he-

ramientas procesales ni sustanciales con el objeto de compeler al sujeto incumplidor (Estado).

h) **RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS.** La ley 26.944 regula la responsabilidad de los agentes públicos en los siguientes términos: "la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen" (art. 9°).

Por su parte, el Código Civil y Comercial sigue el mismo criterio y reconoce la potestad regulatoria de las provincias y el Estado federal en sus respectivos ámbitos. Así, *"los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda"* (art. 1766).

Respecto del plazo de prescripción de las acciones contra los funcionarios públicos por su responsabilidad patrimonial, cabe distinguir entre las acciones directas por los daños causados por los funcionarios y agentes en el ejercicio de sus funciones al Estado, por un lado, y las acciones de repetición del Estado contra los funcionarios por los daños causados por éstos a terceros, por el otro.

En el primer caso el término de prescripción es de tres años (art. 9°, párr. 2°) y en el segundo también es de tres años, contados desde "la sentencia firme que estableció la indemnización" a favor del tercero damnificado (art. 9°, párr. 3°).

i) **SOBRE EL MODO DE CONTAR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.** ¿Cuál es el plazo de prescripción de las acciones de reparación de carácter económico por actividades estatales -acciones y omisiones- lícitas e ilícitas, en el ámbito extracontractual, según la ley 26.944?

El plazo es de tres años. En efecto, el art. 7° de la ley establece que "el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años

computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita".

El legislador no distinguió entre actividades lícitas e ilícitas, de modo que, en cualquier caso, el plazo es común (tres años). Cabe recordar que, según la Corte Suprema, el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado -antes de la sanción de la ley 26.944- era de dos años, sin distinguir entre sus conductas lícitas o ilícitas.

Despejado el punto anterior, cabe reflexionar sobre *cómo contar el plazo de prescripción*.

Pues bien, el legislador establece que debe computarse desde "la verificación del daño" o "desde que la acción de daños esté expedita"; es decir que "el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento" (arts. 7° y 8°, ley 26.944).

La Corte Suprema -en relación con el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad estatal por hechos ilícitos- sostuvo que el plazo debe contarse desde el momento en que el actor tuvo conocimiento cierto del hecho. Así, en el precedente "Hotelera Río de la Plata" -ya citado-, el tribunal entendió que el plazo "debe computarse a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento del hecho ilícito y del daño proveniente de él... dicho conocimiento debe ser efectivo, con lo que... tomó como punto de partida el conocimiento real y efectivo del hecho ilícito obtenido mediante informes del Registro de la Propiedad que aclaraban una situación confusamente planteada, lo que sólo entonces permitió conocer la anomalía del irregular comportamiento administrativo"⁵⁹.

En el mismo sentido, en el caso "Etcheverry" la Corte Suprema expresó que, "si bien es cierto que en los casos de responsabilidad extracontractual el plazo se computa, en principio, desde la producción del hecho generador del recla-

⁵⁹ CSJN, 4/6/85, "Hotelera Río de la Plata SA c/Provincia de Buenos Aires", Fallos, 307:821.

mo, su vencimiento está subordinado al conocimiento por parte del acreedor de ese hecho y del daño proveniente de él... conocimiento que —como se destacó en la causa... 'Hotelería Río de la Plata'—... debe ser real y efectivo⁶⁰.

A su vez, en el precedente "Juncalán", la Corte Suprema afirmó que "la defensa de prescripción opuesta debe ser desestimada. En efecto, los daños que reclama la actora se produjeron durante el año 1984, lo que no ha sido cuestionado y la demanda fue interpuesta el 28 de diciembre de ese año. Es evidente, entonces, que no se cumplió el plazo del art. 4037, Cód. Civil. Por lo demás, resulta indiferente a ese propósito la fecha de iniciación de los trabajos y sólo interesa la de aquellos generadores del daño que se llevaron a cabo —según los antecedentes aportados a la causa en el recordado año 1984—, como la propia demandada lo admite"⁶¹.

En el caso "Larrabeiti Yañez", el tribunal expuso que "el plazo de prescripción corre desde que existe la responsabilidad y ha nacido la acción consiguiente para hacerla valer; lo que, como regla, acontece cuando ocurre el hecho ilícito que origina la responsabilidad, aunque excepcionalmente puede determinarse un punto de partida diferente, ya bien porque el daño aparece después, o porque no puede ser adecuadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada".

Sin embargo, la Corte Suprema —en el contexto normativo anterior— no resolvió desde qué momento debe comenzar a contarse el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por los actos estatales ilícitos; esto es, si desde el dictado y conocimiento del acto, o desde su declaración firme de invalidez⁶².

⁶⁰ CSJN, 16/12/86, "Etcheverry, Luisa M., y otros c/provincia de Buenos Aires, Estado nacional y otros s/daños y perjuicios", Fallos, 308:2494.

⁶¹ CSJN, 23/11/89, "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/provincia de Buenos Aires", Fallos, 312:2266.

⁶² CSJN, 30/10/07, "Larrabeiti Yañez Anatole A., y otro c/Estado nacional s/proceso de conocimiento", L.795.XLI. Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo en el antecedente "León", que el plazo de prescripción corre desde el momento en que se produjeron los daños y no desde la declaración de inconstitucionalidad de la ley (SCBA, 13/5/87, LL, 1997-E-502). Por su lado, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Cont-

Hemos visto los actos ilícitos, pero ¿qué ocurre respecto del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por las actividades estatales lícitas?

En el precedente "Lagos" —y previo al nuevo marco normativo— se discutió el pago de indemnizaciones por servidumbres mineras. En el caso se recurrió a las disposiciones del Código Civil, pues reiteradamente la Corte Suprema "ha sostenido que tales normas son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último. Establecida la responsabilidad del Estado por actividad lícita en el orden administrativo, corresponde remitirse a las disposiciones de derecho civil que regulan la prescripción en materia de responsabilidad por daños. En ese contexto normativo, siendo aplicable la prescripción de dos años prevista en el art. 4037 del Cód. Civil a las acciones que persiguen el resarcimiento del obrar ilícito del Estado. Sería contrario a la finalidad querida por la ley establecer un plazo superior para quien es agente pasivo de un acto lícito".

La Corte Suprema sostuvo, además, que el inicio del plazo de prescripción "debe situarse en el momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer; como regla general ello acontece cuando ocurre el hecho que origina la responsabilidad, excepto que el daño aparezca después, ya que no hay acción para pedir el resarcimiento de un daño inexistente".

Y agregó que "el nacimiento de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación depende de una circunstancia general y objetiva, tal como lo es que el daño haya ocurrido y sea cierto (es decir, se haya manifestado), y no de una condición meramente subjetiva, como lo sería el estado de conciencia del acreedor acerca de la existencia de una deuda exigible a su favor. Este último extremo quedaría inevitablemente sujeto a una determinación *ad hoc* para cada caso particular, que vendría a satisfacer en mayor me-

cioso Administrativo dijo que el plazo de prescripción debe contarse desde el momento en que se declaró la invalidez del acto administrativo (CNCont AdmFed, Sala III, 16/9/86, "Sade SA y otros c/Estado nacional").

da el interés privado del acreedor que el interés público que justifica la existencia del instituto de la prescripción".

Finalmente, concluyó que "la incertidumbre de los actores acerca de la existencia o extensión del daño constituía una circunstancia eminentemente subjetiva, mientras que la existencia efectiva de daños a la propiedad superficial constituiría un dato sujeto a comprobación objetiva"⁶³.

Como ya explicamos, la ley 26.944 establece un plazo de prescripción de tres años. Pues bien, con el objeto de discernir sobre el cómputo de este término —particularmente, desde cuándo debe comenzar a contarse—, es necesario distinguir entre las actividades estatales lícitas e ilícitas. Comencemos por estas últimas, en cuyo ámbito pueden plantearse varias hipótesis de trabajo.

Así, cuando el interesado impugna un *acto ilícito* debe, entonces y en primer lugar, recurrir ese acto y, en segundo término, de modo concomitante o posterior, reclamar por los daños y perjuicios. El reclamo patrimonial por los daños causados sólo procede si previamente el acto es declarado inválido por el órgano competente. A su vez, las conductas ilícitas deben impugnarse dentro del plazo de caducidad que prevé el art. 25 de la LPA, y —cuando no corre dicho plazo— en el término de prescripción de las acciones por nulidad.

Pero, ¿cuál es el plazo de prescripción de las acciones para reclamar por los daños y perjuicios por las actividades ilícitas y desde cuándo debemos contarlos? Es de tres años, computados a partir de la declaración firme de nulidad del acto objeto de impugnación. Claro que, si el particular acumuló ambas pretensiones, entonces el juez debe resolverlas conjuntamente.

Así está dicho en los arts. 7° y 8° de la ley. En efecto, "el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita" (art. 7°).

⁶³ CSJN, 18/12/07, "Lagos, Alejandro y otros c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado - residual y otro s/expropiación servidumbre administrativa", Fallos, 330:5404.

Sin embargo, el criterio de que el plazo deba contarse desde que la acción quedó expedita no es claro porque cuando se trate de acciones por daños y perjuicios (extracontractual) no es necesario, entre otros casos, agotar las vías administrativas (conf. art. 32, LPA). De todos modos, es cierto que el carácter expedito se refiriere al supuesto de nulidad del acto estatal y, en virtud de ello, acción de daños y perjuicios. Evidentemente aquí la acción sólo queda expedita luego de la declaración de nulidad del acto que le sirve de sustento al reclamo. Y, si bien este supuesto está regulado en el art. 8° (acciones de nulidad e indemnización conjuntas o nulidad y luego, tras su finalización, el reclamo por indemnización), este precepto no se refiere puntualmente al plazo de prescripción.

Por otro lado, es importante advertir que el plazo comienza a contarse desde que se verificó el daño (acciones autónomas, pues no es necesario cuestionar las conductas estatales dañosas), cuando en verdad hubiese sido más razonable que se computase desde que el damnificado conoció el perjuicio.

En síntesis, el cuadro —según nuestro criterio— es el siguiente: 1) las *acciones autónomas por daños y perjuicios* (extracontractual), en cuyo caso el plazo de prescripción —tres años— comienza a contarse desde que se verificó el daño, y 2) las *acciones por daños y perjuicios* (extracontractual), como consecuencia de la invalidez del acto estatal (acto particular, general o ley); en este caso, el plazo de prescripción —tres años— debe computarse desde la finalización del proceso judicial de nulidad o inconstitucionalidad (es decir, cuando la acción esté expedita). En efecto, el art. 8° de la ley 26.944 dispone que "el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento".

A su vez, cuando se trate de *hechos ilícitos* (es decir, de comportamientos materiales irregulares), el plazo —como ya adelantamos— es también de tres años, pero contados desde que cesó el comportamiento, se verificó el daño o se declaró su invalidez. En el primer caso (cese), no es necesario

que el órgano competente nulifique el comportamiento irregular, sin perjuicio de que deba expedirse sobre este asunto como presupuesto del reparo económico. Por ejemplo, en los accidentes de tránsito, el plazo debe contarse desde que se verificó el daño.

Por último, respecto de las *conductas lícitas* (acciones autónomas), el plazo, según la ley de responsabilidad, debe contarse desde el momento en que se produjo el daño (art. 7°), sin perjuicio de que –según nuestro criterio– el plazo debe computarse desde que el damnificado tuvo conocimiento de éste.

§ 5. OMISIONES DEL LEGISLADOR Y EL MODO DE RESOLUCIÓN POR LA CORTE ANTES DE LA LEY

Señalamos las siguientes.

a) *TEORÍA DE LA CAUSALIDAD*. La ley se refiere a las relaciones de causalidad en los siguientes términos: 1) responsabilidad por actividades lícitas (“relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue” –art. 3°–), y 2) responsabilidad por actividad legítima (“relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño” –art. 4°–). A su vez, el art. 2° incluye las causales de ruptura del nexo de causalidad (a saber, caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no deba responder).

Más allá de las observaciones que planteamos en el § 4, b, sobre la *relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva*, el legislador siguió el criterio de la Corte Suprema (ver, entre otros, los precedentes “Deoca”, “Galanti”, “Arroyo”, “Mosca”, “Cohen”, “Hisisa” y “Reynot Blanco”).

Sin embargo, el legislador no explicó si existe *solidaridad entre los sujetos* en caso de responsabilidades concurrentes y, en su caso, cómo se distribuye dicha responsabilidad. Es decir, ¿puede el damnificado exigir la reparación de la totalidad a cualquiera de los responsables, sin perjuicio de repetir luego el deudor condenado contra los otros responsables? A su vez, ¿cómo debe repartirse el deber de

reparar? ¿En qué partes o porcentajes? Este último aspecto es importante cuando existen varios responsables, así como también en los casos en los que está presente la culpa de la víctima o de un tercero.

Así, por caso, en el antecedente “Vadell”, sobre responsabilidad estatal por los daños causados por informes erróneos expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble, la Corte Suprema interpretó que la participación de la provincia en la producción de los daños es igual al 70%, “ya que la trascendencia de la conducta irregular del Registro Inmobiliario como causa de aquéllos debe entenderse superior a la del escribano que debió excluir del denominado remanente la fracción SO de la manzana F que a raíz de su intervención fue vendida dos veces, originándose la superposición del dominio”.

En igual sentido, en el caso “Bonadero” la Corte Suprema dijo que “corresponde, pues, distribuir la responsabilidad civil en un 50% a cargo de la víctima y en otro 50% a cargo de la demandada”. Así, si el automóvil hubiese sido conducido por la víctima con baja velocidad “ni siquiera habría sido necesario accionar sobre el freno para detener su marcha. También surge de las constancias de la causa que no fue la oportunidad del accidente la primera vez que la víctima cruzaba dicho paso a nivel... de modo que no fue sorprendido por su existencia a pesar de la deficiente señalización. En estas condiciones, cabe concluir en que la actuación de la víctima tuvo influencia, en alguna medida, en la producción del accidente”.

Por otro lado, en el caso “Domínguez” el tribunal estimó “que la extensión de los daños se debió, parcialmente, a la inactividad negligente de la parte actora. En efecto, una parte importante de los campos se destinaba a la explotación forestal... [que] quedaba, después de la tala de los árboles... muy combustible y que nunca se limpiaba. La actora no se preocupó en eliminar ese factor de riesgo y demostró una actitud negligente que quedó también acreditada por la pericia, según la cual no estaban limpias ni debidamente mantenidas las llamadas franjas contra fuego. En consecuencia, el tribunal considera apropiado que los daños sufridos por la actora, como consecuencia del incendio, se atri-

buyan, en un 50%, a su propia culpa, razón por la cual sólo la mitad de aquéllos deberán ser resarcidos por la demandada”⁶⁴.

En igual sentido, en el precedente “Pose”, la Corte Suprema adujo que “los antecedentes del caso ponen de manifiesto la existencia de culpa de la víctima que en cierto grado también ha influido en la producción del accidente. Aun cuando la pieza invocada por las demandadas –de la cual resultaría que el actor se habría caído de la plataforma, en lugar de haberse arrojado– carece por sí misma de fuerza probatoria, por lo que tal alegación debe ser desechada, de la declaración del único testigo presencial del hecho, Néstor A. García, resulta que testigo y víctima llegaron caminando hasta la torre en condiciones en que el peligro (pregunta 6 y repreguntas 1 y 3), no podía pasarles inadvertido. Con esa altura del agua, el arrojarse desde la plataforma constituyó una grave imprudencia, cuya incidencia causal en la producción del daño se estima en un 30%”⁶⁵.

Por último, en el caso “Serradilla” el tribunal dijo que “el uso indebido por un tercero del documento de identidad cuya custodia fue insatisfecha por las agencias estatales intervinientes y con el cual se abrieron sendas cuentas bancarias con datos falsificados para dar lugar al ulterior libramiento de cheques sin fondos contra aquéllas, que a la postre provocaron la inhabilitación del actor, revelan una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso, más allá de lo que después se considere y decida acerca de la prueba de cada una de las consecuencias perjudiciales que se invocan en la demanda como originadas en aquella causa fuente. En efecto, en lo que a las entidades bancarias se refiere, para que esas instituciones procedan a abrir una cuenta corriente deben cumplir... con los recaudos de control y cautela exigidos por el Banco Central de la República Argentina, que se traducen en verificar debidamente la identidad completa del solicitante, así como las referencias sobre su solvencia mo-

⁶⁴ CSJN, 26/2/02, “Domínguez, Emilia, y otro c/EFA s/sumario”, Fallos, 325:210.

⁶⁵ CSJN, 1/12/92, “Pose”, Fallos, 315:2834.

ral y material... exigencias que... principian necesariamente por la presentación de un documento nacional de identidad falsificado cuya custodia correspondía a los estados demandados... en las condiciones expresadas, el cierre de la cuenta que Serradilla tenía abierta ante el Banco de Boston y su posterior inhabilitación para operar resultan ser una consecuencia que materialmente debe ser imputada a las series causales generadas por la falta de servicio en que han incurrido las agencias estatales del Estado nacional y de la provincia de Mendoza, al no custodiar el nuevo ejemplar del documento nacional de identidad que había requerido el demandante, y la apertura de las cuentas corrientes por parte de las entidades financieras, que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como concausas unidas por su eficacia colateral. Pero la eventual responsabilidad de las últimas nombradas –que no han sido traídas al proceso– no excusa total ni parcialmente la de los Estados codemandados, sin perjuicio de las acciones que ulteriormente éstos pudieran ejercer contra aquéllas para obtener –si procediere– su contribución en la deuda solventada”⁶⁶.

b) *TEORÍA DE LA PREJUDICIALIDAD*. En el marco de la responsabilidad estatal, es posible que intervengan en el juzgamiento de los hechos el juez penal y el juez contencioso-administrativo. Sin embargo, la ley 26.944 nada dice sobre esta situación de eventual conflicto entre los jueces.

Pues bien, consideramos que, tratándose de perspectivas jurídicas distintas, es posible que cada juez, en ejercicio de su jurisdicción, analice los hechos desde su especialidad y criterio jurídico. Puede ocurrir, entonces, que el juez penal interprete que el hecho imputado no configure delito y que, sin embargo, el juez contencioso interprete que ese mismo hecho sí constituye un supuesto de responsabilidad estatal. Tal circunstancia es razonable, porque los jueces juzgan ese hecho desde perspectivas jurídicas diversas, de modo que el marco jurídico a aplicar es distinto y, consecuentemente, deben resolver el conflicto planteado según el punto de vista jurídico específico.

⁶⁶ CSJN, 12/6/07, “Serradilla, Raúl A. c/Mendoza, provincia de y otro s/daños y perjuicios”, Fallos, 330:2748.

De todos modos, el conflicto es cierto y patente cuando los jueces deben expedirse sobre los hechos en sí –materialidad–, y no simplemente sobre su encuadre jurídico.

Veamos, ¿qué ocurre cuando el juez penal dice que el hecho no existió y, por su parte, el juez contencioso dice que sí? ¿Cómo es posible resolver este entuerto? En tal caso, no se trata de la calificación jurídica del hecho, sino de la propia existencia de éste (materialidad), sus circunstancias (condiciones de tiempo, modo y lugar) o, en su caso, de la participación del sujeto supuestamente responsable.

Cabe recordar que el Código Civil reguló este conflicto entre el juez civil y penal en los siguientes términos: “Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1) si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2) en caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada” (art. 1101). En síntesis, el ordenamiento velezano resolvió la controversia mediante el instituto de la *prejudicialidad*; es decir, el juez penal debe resolver en primer lugar y sólo luego corresponde la intervención del juez civil⁶⁷.

Por su parte, la Corte Suprema se pronunció sobre la prejudicialidad entre el proceso civil y penal en los siguientes términos: “Si bien la dualidad de procesos originados en el mismo hecho impone la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal, la prohibición legal que sienta el precepto no es absoluta. En efecto, de acuerdo con la doctrina de *Fallos*, 287:248, tal prohibición debe ceder cuando la suspensión –hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal– determina... una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio

⁶⁷ En tal sentido, se sostiene que la suspensión impuesta por la norma cesa cuando la decisión dictada por el juez en la causa penal adquiere firmeza, es decir, resulta irrecursible [KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) - ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 5, comentario al art. 1101, p. 299, § 2].

a la garantía constitucional del derecho de defensa y produce una denegación de justicia”. En el caso “Atanor SA”, el tribunal recordó que “al fallar en el caso ‘Ataka’ esta Corte consideró, ante la suspensión del proceso civil a las resultas de una causa penal, suspensión que hasta ese momento se había extendido por espacio de cuatro años, sin posibilidad de una pronta conclusión, que ello constituía una dilación indefinida a la que atribuyó el carácter de agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia”. Y añadió que, “si se tiene en cuenta que en el presente caso la suspensión del proceso civil fue decidida el 11 de agosto de 1999... y que ello supera con creces el tiempo tomado en cuenta en ‘Ataka’, cabe concluir que, *prima facie*, se ha configurado una interferencia en el ejercicio del derecho que tiene la parte actora a defender en juicio sus derechos. Esta conclusión se ve confirmada por la falta de demostración de la única salvedad hecha en el fallo citado, a saber: que la causa penal pueda tener una pronta resolución”⁶⁸.

c) *TEORÍA DE LA PRUEBA*. La ley 26.944 no regula la teoría de la prueba y, en particular, quién debe cargar con la alegación y prueba de los respectivos presupuestos de la responsabilidad estatal. Pues bien, ante tal vacío debemos remitirnos al principio general (el que alega un hecho tiene la carga de probarlo) o a los principios y reglas que establece el Código Civil y Comercial, que luego estudiaremos.

La Corte Suprema ha dicho, antes del nuevo marco normativo (ley 26.944 y Código Civil y Comercial), que es el interesado quien debe hacerlo.

En particular, respecto de la prueba del hecho y del factor objetivo, el tribunal argumentó que “la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa –para el actor– la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función... ni en la situación reglada por el art. 1112 ni en la prevista por el art. 1113, parte primera del Código

⁶⁸ CSJN, 11/7/07, “Atanor SA c/Dirección General de Fabricaciones Militares”.

Civil cabe invertir el *onus probandi* en perjuicio del demandado"⁶⁹.

En cuanto a la prueba del daño, cabe repasar el precedente "Serradilla", entre otros. En efecto, la Corte Suprema sostuvo aquí que "la indemnización de los perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos y su determinación requiere la comprobación judicial de tal extremo (Fallos, 312:1599)"⁷⁰.

d) *DAÑOS CAUSADOS POR EL VICIO O RIESGO DE LAS COSAS O POR LAS COSAS*. La ley 26.944 no prescribe el supuesto de daños causados por las cosas de propiedad estatal ni tampoco los daños ocasionados por el vicio o riesgo de éstas.

Anteriormente, la jurisprudencia de los tribunales y, en particular, de la Corte Suprema se construyó sobre los mandatos del Código Civil; por eso conviene recordar su texto.

Según el art. 1113 del Cód. Civil, "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren... las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado". A su vez, "en los supuestos de *daños causados con las cosas*, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el *daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa*, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

⁶⁹ Fallos, 318:74 (1995) y 318:77 (1995), citados por BLANCHI, *La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control*, LL, 2000-D-534.

⁷⁰ CSJN, 12/7/07, "Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos, 330:2748. En este caso, el tribunal admitió parcialmente la demanda e hizo lugar al reclamo por daño moral. La Corte Suprema afirmó en cuanto a este rubro que "procede el resarcimiento del daño moral sufrido, detrimento que por su índole espiritual debe tenerse por configurado, en las circunstancias del caso, por la sola realización del hecho dañoso de que se trata y su particular naturaleza, así como la índole de los derechos comprometidos".

La Corte Suprema recurrió habitualmente al art. 1113 (aplicación directa). Sin embargo, en ciertos precedentes, claramente comprendidos en la letra de éste, se apartó de ese campo y se basó en el art. 1112. El caso más claro es el de los daños causados por los agentes de policía por el uso de armas reglamentarias.

Así, en ciertos casos, el tribunal utilizó el argumento del riesgo de las cosas de propiedad estatal (el uso de las armas), pero sumándole el error estatal en la elección de los agentes (falta de servicio en el proceso de selección de los agentes policiales). Asimismo, ubicó este cuadro bajo el manto del art. 1112 del Cód. Civil, y no en el escenario claro y simple del art. 1113 (responsabilidad del dueño o guardián de las cosas riesgosas).

Es decir que la Corte Suprema utilizó el concepto del art. 1112 del Cód. Civil (falta de servicio), pero mezclándolo o, quizá, confundiendo con otros criterios, el del riesgo o vicio de las cosas (art. 1113, párr. 2º) y el del error y responsabilidad del Estado por la elección de sus agentes (art. 1113, párr. 1º). Aun que el marco jurídico es distinto en un caso u otro.

Además, es importante advertir que el Código Civil estableció la responsabilidad por el riesgo de las cosas, pero no por el riesgo por los servicios o actividades, pues su art. 1112 hacía responder al Estado por los servicios prestados de modo irregular, pero no por el simple riesgo creado por tales servicios.

Si se siguiera el criterio del tribunal quizá se podría distinguir entre el riesgo creado por el uso de las cosas de propiedad del Estado o por el funcionamiento del servicio o su organización.

Pero, entonces, en los casos de daños causados por los agentes policiales ¿en qué consiste la prestación irregular del servicio? Según el criterio de la Corte, en los siguientes extremos: 1) la elección del personal policial, y 2) la provisión de las armas. Estos elementos configuran -de acuerdo al parecer de los jueces- el servicio estatal, que puede ser prestado de modo regular o irregular.

Pues bien, ¿es razonable sostener que la selección de los agentes o la provisión de las armas constituyen servicios prestados por el Estado? ¿Existe prestación irregular del

servicio cuando el Estado elige a sus agentes de modo erróneo o incorrecto o, en su caso, provee las armas sin mayores previsiones ni controles? ¿Es posible, en tales casos, responsabilizar al Estado por la prestación irregular del servicio en los términos del art. 1112 del Cód. Civil?

La Corte Suprema siguió el criterio del art. 1112 y, en tal contexto, es posible distinguir entre los casos de daños causados por los agentes de policía en servicio ("Lozano Gómez", "García, Ricardo", "Migoya") y los casos en los que los eventos dañosos ocurren fuera del servicio, pero en el ejercicio de sus funciones ("Panizzo", "Balbuena", "Furnier").

Aquí nos remitimos al § 3, c, en el que desarrollamos los precedentes citados.

En los casos recién citados sobre el uso de las armas reglamentarias por el personal policial –trátase del ejercicio de funciones dentro del servicio o fuera de él–, el tribunal siguió el camino del art. 1112 del Cód. Civil (falta de servicio).

Otro aspecto interesante, además del vicio o riesgo de las cosas –v.gr., armas reglamentarias y vehículos automotores de titularidad estatal–, es el caso de los daños causados con o por los bienes del dominio público. Aquí, cabe también preguntarse si, además del art. 1113 del Cód. Civil (daños con las cosas), era posible ensayar otro título atributivo de responsabilidad estatal, toda vez que las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado, según el art. 2341 del antiguo ordenamiento.

En reiteradas ocasiones, la Corte Suprema sostuvo que el uso y goce de los bienes del dominio público por los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. En ese sentido, en los precedentes "Pose" y "Bullorini" –entre otros–, expresó que los bienes que integran el dominio público deben conservarse en buen estado. En particular, en el caso "Pose", los jueces condenaron al Estado municipal en los términos del art. 1112 del Cód. Civil, y, respecto de la provincia, el fundamento del fallo estuvo centrado en el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª.

e) *DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS.* Se incluye en este punto a los entes autárquicos, sociedades del Estado y sociedades anónimas.

1) *Los entes descentralizados.* Como todos sabemos, los operadores –en general– sostienen la responsabilidad del Estado central por las obligaciones de los entes descentralizados. Sin embargo, cierto es que se utilizan diferentes canales de imputación de responsabilidad.

La ley 26.944 no regula este supuesto de eventual responsabilidad del Estado central. Es más, el legislador sólo regló la responsabilidad del Estado por las conductas de los concesionarios y contratistas (art. 6º) y no así por sus entes descentralizados (autárquicos, industriales y comerciales).

2) *La responsabilidad del Estado central (principal) por las entidades descentralizadas con organización societaria.* El asunto bajo debate aquí es si el régimen de la responsabilidad del Estado central es extensible a los entes estatales descentralizados, cuyo objeto es el desarrollo de actividades industriales y comerciales; a saber, las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y, más recientemente, las sociedades anónimas de propiedad del Estado. Este aspecto tampoco es desarrollado por la ley 26.944.

A su vez, cabe recordar que el legislador dispuso, por ley de presupuesto de 1996, que "las sentencias judiciales no alcanzadas por la ley 23.982, en razón de la fecha de la causa o título de la obligación o por cualquier otra circunstancia, que se dicten contra las sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, empresas del Estado y todo otro ente u organización empresaria o societaria donde el Estado nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial, en ningún caso podrá ejecutarse contra el Tesoro nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales" (art. 130, ley 11.672)⁷¹.

⁷¹ Ver el art. 21 de la ley de presupuesto 24.624, correspondiente al año 1996, luego incorporado como art. 69 de la ley complementaria perma-

Es decir que la ley permanente de presupuesto establece la irresponsabilidad del Estado central por las obligaciones de sus entes descentralizados no autárquicos, sin perjuicio de los recursos estatales propios del ente. De tal modo, si el patrimonio de los entes es insuficiente para satisfacer los créditos, los acreedores no pueden perseguir al Estado central.

¿Es posible deducir la responsabilidad del Estado central de otros preceptos normativos? Intentemos explorar esos caminos.

La ley 13.653 establece que "las empresas del Estado no podrán ser declaradas en quiebra" y agrega que "en los casos en que el Poder Ejecutivo resuelva la disolución o liquidación de una empresa del Estado, determinará el destino y procedimiento a seguir respecto de los bienes que constituyen su patrimonio" (art. 10).

En igual sentido, la ley 20.705 establece que las sociedades del Estado no podrán ser declaradas en quiebra, y la ley de sociedades comerciales dice que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria tampoco pueden quebrar.

Pero estos preceptos -imposibilidad de quebrar- ¿permiten concluir que el Estado central es responsable por las obligaciones de los entes societarios? Entendemos que no, sin perjuicio de que el Estado no puede desconocer el derecho de los acreedores en el procedimiento de liquidación y destino de los bienes propios de los entes.

f) *DAÑOS CAUSADOS POR PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.* El punto que nos planteamos aquí es si el Estado debe o no responder por los daños causados por terceros cuando aquél les ha delegado funciones administrativas. Es decir, el sujeto privado ejerce funciones y potesta-

nente de presupuesto, t.o. por decr. 689/99. En verdad, el criterio consagrado por la ley de presupuesto correspondiente al año 1996 ya había sido previsto por el decr. ley 15.349/46, sobre sociedades de economía mixta (ratificado por ley 12.962), al limitar en este caso la responsabilidad de la Administración pública exclusivamente al aporte societario. Ver actualmente el decr. 1110/05, sobre actualización y ordenamiento de la ley 11.672 complementaría permanente de presupuesto.

des públicas, en virtud de que el Estado le ha transferido tales competencias. La ley 26.944 no prevé este supuesto.

En el derecho comparado se plantean casos paradigmáticos. ESTEVE PARDO señala que "se trata de un caso que podríamos perfectamente adscribir a la realidad, conocida aunque no adecuadamente sistematizada entre nosotros, de las entidades colaboradoras de la Administración. Concretamente las entidades privadas que realizan funciones de control técnico relacionadas con la función pública de seguridad de los automóviles". En otro caso dijo: "el 16 de septiembre de 2007, en la muy concurrida plaza Nisour de Bagdad, guardias armados disparan contra un vehículo que consideraron sospechoso al entrar en la plaza. El conductor es abatido y su cuerpo presiona el acelerador. Al acercarse el vehículo a mayor velocidad, los guardias disparan a quemarropa en todas las direcciones causando la muerte de diecisiete civiles, entre ellos varios niños... se trataba de empleados de Blackwater USA, una compañía privada contratada por el Gobierno Federal para prestar servicios de seguridad"⁷².

Entre nosotros cabe citar, entre otros, los servicios de seguridad prestados en espacios o edificios públicos por empresas privadas de seguridad en virtud de contratos administrativos; y el servicio técnico vehicular realizado por sociedades privadas.

Cabe también recordar, en este contexto, que la Corte IDH, en el precedente "Ximenes Lopes", dijo que "la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estado de respetar y ga-

⁷² "Un mecánico de una compañía privada... que realizaba la función pública de inspección técnica de vehículos... la controversia de YvanCyr como 'acreditedmechanic' para realizar esas funciones. La Corte entendió que resultaban aplicables al caso las normas de derecho público. Lo relevante es que se superó así el criterio tradicional del *ultra vires*, limitado a los casos en los que se había rebasado los márgenes de una delegación o atribución legal, por lo que requiere siempre de una norma o decisión del Congreso. Quedarían fuera del alcance de esa revisión judicial los casos, cada vez más frecuentes, en que esa atribución se realiza a través de un contrato, una concesión u otorgamiento... por una agencia o administración" (ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, p. 193 y 196).

rantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales". Y añadió que "los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado".

Y concluyó que "la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que presente servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud".

Cabe sí aclarar que, en el presente caso, el hospital privado "fue contratado por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único

de Salud, y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado"⁷³.

g) *UN CASO PECULIAR: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS.* El Código Civil establecía que "los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente. La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario" (art. 1117).

Por su parte, la ley 26.944 nada dice al respecto. Pues bien, ¿qué norma debemos aplicar: ¿el art. 3° de la ley 26.944 o el Código Civil y Comercial?

Cabe recordar que el art. 1767 de este último ordenamiento dispone que "el titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria".

§ 6. *CÓMO RESOLVER LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR FEDERAL*

El tema merece las consideraciones que siguen.

a) *LOS SUBSISTEMAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. ESQUEMAS POSIBLES.* Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico existe un doble derecho compuesto, por un lado, por el derecho privado y, por el otro, por el derecho público.

⁷³ Corte IDH, 4/7/06, "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil".

Este modelo de doble derecho (subsistemas) tiene, entre nosotros, consecuencias jurídicas relevantes. Por un lado, el derecho privado se apoya en ciertos principios y reglas y el derecho público, por su parte, se construye desde otros pilares y con otras directrices. Por el otro, y según nuestro marco constitucional de distribución territorial de poder, el derecho privado es regulado por el Estado federal (salvo las reglas procesales) y el derecho administrativo por el Estado federal y los Estados provinciales, en sus respectivas jurisdicciones.

Por su parte, el modelo único permite construir un solo derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del derecho administrativo. A su vez, el tronco común es regulado por el Estado central, sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles o complementos.

Ciertamente, nuestro derecho ha sido cultor del criterio de distinción entre los dos subsistemas desde los programas de estudio de las universidades, las regulaciones normativas, los fallos judiciales y las opiniones de los juristas.

Conviene aclarar también que tales subsistemas constituyen bloques normativos con cierta autonomía (principios, reglas y criterios hermenéuticos propios) y, por tanto, la aplicación de uno desplaza al otro⁷⁴. Sin embargo, el conflicto entre el derecho público/privado es permanente, dinámico y complejo.

Es importante advertir que *los subsistemas interactúan integrándose por vía interpretativa*, tal como veremos más adelante. En particular, el bloque del derecho público se nutre, en parte, del derecho privado mediante técnicas hermenéuticas diversas (aplicación directa, subsidiaria o analógica). De todos modos, cierto es que el derecho privado no recurre a las reglas del derecho público con el objeto de integrarse por las vías interpretativas. Es decir, el derecho público aplica derecho privado (uno de los casos más emblemáticos es la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad estatal desde el art. 1112, Cód. Civil, antes de la aprobación de la ley 26.944).

⁷⁴ Sobre las particularidades de la interpretación del derecho administrativo, puede consultarse BALBÍN, *Manual de derecho administrativo*, cap. 6.

Quizás, en términos simples pero didácticos, es plausible recrear en el plano teórico tres modelos sobre el esquema derecho público/privado.

1) *Primer modelo*. Un solo bloque (derecho común).

2) *Segundo modelo*. Dos bloques o subsistemas autónomos (derecho público, por un lado, y derecho privado, por el otro; por supuesto, ambos anclados en el derecho constitucional), más allá de su integración en caso de lagunas.

3) *Tercer modelo*. Una base común (preferentemente de derecho privado y de desarrollo por debajo de la Constitución) y, luego, ramificaciones varias (entre ellas, el derecho administrativo y el derecho civil). Así, es posible interpretar que existe un derecho común (más allá, claro, del derecho constitucional) y que, tras éste, nacen dos ramas jurídicas, el derecho civil y el derecho administrativo. Aquí es plausible introducir otra modalidad, a saber: la configuración de la base común como derecho civil. En efecto, el derecho común puede ser desarrollado en el contexto del Código Civil o en otros instrumentos jurídicos, porque en verdad ese tronco común excede al derecho civil. Otro criterio es creer que el derecho civil es el derecho común y que, por tanto, el derecho administrativo debe apoyarse en él (léase el Código Civil y sus leyes complementarias).

Es necesario completar este capítulo con dos cuestiones que consideramos relevantes en el debate propuesto. Por un lado, el doble derecho (dos subsistemas) nos lleva a la encrucijada de *distinguir entre normas del derecho público y privado*. Evidentemente, el Código Civil es derecho privado y las leyes sobre procedimientos administrativos o contrataciones del Estado son ejemplos clásicos de reglas del derecho público. Pero, ¿qué ocurre con las leyes ambientales, de educación, salud, consumidores y usuarios? ¿Cuál es, entonces, el criterio sustancial que nos permite distinguir entre unas y otras y, consecuentemente, encuadrar las situaciones jurídicas?

Por el otro, el modelo jurídico (derecho único/doble derecho) se entrecruza —entre nosotros— con el *reparto territorial del poder*, pues el Congreso federal es el poder competente para regular el derecho civil o común y, por su parte,

el derecho administrativo autónomo debe ser reglado por las jurisdicciones locales (legislaturas provinciales) y el Estado federal (Congreso federal). De modo que, si reconocemos un derecho de base común, interviene pues el Estado federal y si, por el contrario, el derecho es doble y autónomo, entonces surge el poder concurrente del Estado federal y los Estados provinciales.

Así, si seguimos con el ejemplo anterior (la regulación de la responsabilidad estatal), y siempre que interpretemos que es propio del derecho administrativo (esto es, doble derecho y autónomo), entonces, su dictado le compete al Estado federal (responsabilidad del Estado central) y a las provincias (responsabilidad de los Estados provinciales). Por el contrario, si el derecho es de bases comunes, entonces, debe ser regulado por el Congreso federal. En efecto, el modelo de bases comunes permite construir un solo derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del derecho administrativo. Es decir, el tronco común es regulado por el Estado central, sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles.

1) *El modelo del derecho de bases comunes.* Conviene aclarar aquí que, según nuestro entendimiento, es posible construir el modelo de un derecho con bases comunes por medio de caminos alternativos y con el siguiente alcance, tal como adelantamos en el punto anterior.

Por un lado, cabe interpretar que existe un derecho común (más allá, claro, del derecho constitucional) y que, tras éste, nacen como ramas jurídicas el derecho civil y el derecho administrativo. El derecho común puede ser desarrollado en el contexto del Código Civil o en otros instrumentos jurídicos –y quizá sea más razonable–; porque en verdad excede al derecho civil.

Por el otro, considerar que el derecho civil es el derecho común y que, por tanto, el derecho administrativo debe apoyarse en él (léase el Código Civil y sus leyes complementarias).

Insistimos; si aceptamos este modelo, el Estado federal –a través, básicamente, del Congreso nacional– debe regular las bases del derecho administrativo federal y local (llamado, en este contexto, derecho común o derecho civil) y, por

su parte, las provincias sus detalles (derecho administrativo propiamente dicho y, por tanto, derecho local).

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de este cuadro de derecho común, único y básico?

a) *La distinción entre derecho privado/público es artificial.* Es decir, no existe una razón sustancial de diferenciación, sino simplemente formal (poder competente para regular o para resolver los conflictos suscitados por la aplicación de uno u otro) o el criterio legislativo⁷⁵.

b) *El Poder Legislativo es competente para regular el derecho civil o común, según el texto constitucional (art. 75, inc. 12, Const. nacional).* Es decir, el propio convencional se refiere al derecho común.

Así, por ejemplo, el capítulo de la responsabilidad del Estado comprende al derecho de propiedad y las relaciones entre acreedores y deudores (obligación de reparar entre el Estado y los terceros damnificados) y estos temas son propios del derecho común, y no de un derecho especial. En igual sentido, y a título de ejemplo, la regulación del dominio público versa sobre el derecho de propiedad y, por tanto, es propio del derecho común.

c) *El Poder Legislativo es competente para legislar en forma uniforme las cuestiones comunes a todas las ramas del derecho.* Esto más allá de los términos del art. 75, inc. 12, de la Const. nacional, en razón de los arts. 12, 18 y 19. Es decir que el derecho es común respecto del derecho privado y público. En tal sentido, por ejemplo, los dos Títulos Preliminares del Código Civil y el Título Preliminar del Código Civil y Comercial son de derecho común y no sólo de derecho civil.

⁷⁵ “Esta influencia heredada de lo procesal sobre lo materia es la que, aplicada con corsé al sistema judicialista argentino, ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia dominante justificar los viejos dogmas del caso ‘Blanco’, manteniendo aun hoy que la responsabilidad del Estado no está regida por el derecho civil cuando éste actúa en función administrativa, hecho que, a final de cuentas, termina negando su carácter general y absoluto” (CUADROS, *¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de Código Unificado Civil y Comercial*, DJ, 13/2/13).

d) *El carácter integral del sistema jurídico.* Éste nació de los arts. 15 y 16 del Cód. Civil. Ver, en igual sentido los arts. 1º a 3º del Cód. Civil y Comercial. La Corte Suprema ha dicho que, por ejemplo, el art. 16 del Cód. Civil, "excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno" (*Fallos*, 330:5306). En igual sentido, ver el Capítulo I (Derecho) del Título Preliminar del Código Civil y Comercial.

e) *El respeto por la seguridad jurídica.* Si se admitiese que cada provincia pudiese regular, según su propio criterio y sin bases comunes, cuestiones sustanciales del derecho—incluido del derecho administrativo—, se crearía mayor inseguridad jurídica sobre las normas a aplicar y las posibles soluciones ante casos concretos.

f) *El respeto por el principio de igualdad.* El derecho común impide que cada provincia regule cuestiones sustanciales de modo singular y diferente, evitándose así desigualdades entre los habitantes de las distintas jurisdicciones de nuestro país.

g) *El Estado federal es responsable ante organismos internacionales por las legislaciones provinciales irregulares o defectuosas (sea por acción u omisión).* Por eso, el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, sobre los tratados internacionales, reconoce al Estado federal—en términos implícitos— el poder de regular el derecho común de modo uniforme en todo el territorio, dado que—más allá de los incumplimientos provinciales— éste es quien debe responder internacionalmente.

h) *La posible violación de las legislaciones provinciales de principios constitucionales básicos.* Es posible que el legislador provincial sancione leyes inconstitucionales. Por ejemplo, si una ley local restringiese indebidamente el alcance de la responsabilidad del Estado local.

i) *El criterio de la Corte Suprema.* El alto tribunal sostuvo que "la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias ni a los municipios dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido

buido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan"; correspondía por tanto su regulación al Código Civil⁷⁶.

Asimismo, dijo que las legislaciones provinciales que reglamentaron la prescripción de las acciones por tributos locales en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que se aparten de la legislación de fondo, incluso cuando se trate de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (*Fallos*, 285:209 y 320:1344, entre otros).

En igual sentido se expidió la Corte Suprema en el caso "Las Mañanitas SA", en donde sostuvo que, "si bien es indiscutible que los Estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (arts. 121, 122 y 124, Const. nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado sólo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (art. 2611, Cód. Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan". Y agregó que "el derecho de propiedad, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del art. 75, inc. 12, de la Const. nacional". Finalmente, concluyó que "al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Civil, los Estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan"⁷⁷.

⁷⁶ CSJN, 18/11/99, "Cena, Juan M. c/provincia de Santa Fe s/daños y perjuicios", JA, 2001-J-588, voto del juez PETRAOCCI. Ver en igual sentido, el criterio mayoritario del tribunal en los casos "Filcrosa", "Municipalidad de Resistencia", "Arcos Dorados" y "Bottini", entre otros.

⁷⁷ CSJN, 4/8/09, "Las Mañanitas SA c/Neuquén, provincia de s/acción de certeza", L. 314.XL. Ver, también, CSJN, 24/4/86, "Ledezma Sociedad Anóni-

2) *Los obstáculos en la construcción de un derecho con bases comunes.* La construcción de un derecho de bases comunes es evidentemente simple; sin embargo, cuando pensamos en este derecho (único o común) como base del sistema y luego –desde allí– edificamos las ramas del derecho (público/privado), entonces el nivel de complejidad es alto.

Ya hemos advertido sobre las dificultades existentes en la tarea de distinguir entre el derecho privado y el público (subsistemas). Pues bien, aquí el obstáculo es mayor. En efecto, tales dificultades son quizá superlativas cuando ciertos temas son propios del derecho común (base del sistema) o de los ramas subsiguientes (civil o administrativo), según el aspecto puntual a reglar. Por el contrario, en el modelo del doble derecho (ramas autónomas) coexisten dos subsistemas sin bases comunes (más allá del marco constitucional).

Por ejemplo, la regulación de los tributos locales es claramente de derecho administrativo y tributario, y propia de los Estados locales. Sin embargo, la regulación del plazo de prescripción respecto de las acciones en las que el Estado persigue el cobro de los tributos locales es, según el criterio de la Corte Suprema, de derecho civil (común). El planteo es novedoso y consideramos conveniente profundizar más en el análisis de este criterio judicial. Es decir, las bases son comunes (derecho común); así, el plazo de prescripción de las acciones es propio de este derecho y luego se divide en las ramas del derecho administrativo (derecho tributario local) y civil (derecho de las obligaciones).

Así, en el precedente "Filcrosa", la Corte Suprema –criterio luego repetido en el caso "Municipalidad de Resistencia c/Lubricomo" y "Bottini"– sostuvo que la regulación del plazo de prescripción de las acciones del derecho público local es propia del derecho civil⁷⁸.

ma, Agrícola e Industrial c/Estado provincial", donde dijo que "lo resuelto por el *a quo* acerca de la inteligencia que cabe asignar a los arts. 2340, inc. 3º, 2350 y 2637 del Cód. Civil, remite al examen de cuestiones de derecho común irrevisables en la instancia extraordinaria, no obstante la tacha de arbitrariedad invocada, ya que la sentencia expone argumentos suficientes de esa naturaleza que, no obstante ser opinable la interpretación realizada, bastan para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial".

⁷⁸ CSJN, 30/9/03, "Filcrosa SA c/Municipalidad de Avellaneda", Fallos, 326:3899.

¿Cómo argumentó el tribunal? Veamos las siguientes consideraciones: *a)* corresponde a la Nación regular los aspectos sustanciales entre acreedores y deudores (obligaciones); *b)* a su vez, uno de los aspectos de las obligaciones es la prescripción, sin perjuicio de que el derecho tributario sea local; *c)* la prescripción no es un instituto del derecho público local, sino una categoría general del derecho; *d)* es más, la prescripción se vincula con el derecho de propiedad, cuya regulación fue delegada en el Estado federal; *e)* por tanto, en materia de prescripción debe seguirse el mismo criterio que sobre el modo de extinción de las obligaciones, incluso en materias no delegadas (derecho civil), y *f)* finalmente, esta interpretación contribuye a la seguridad jurídica y –además– no guarda relación con la autonomía de los Estados locales.

Si bien es cierto que este criterio judicial permite construir un modelo de derecho único (en el sentido de que existe un derecho común –básico– y luego el derecho civil y administrativo–), también es verdad que nos permite reflexionar sobre cuál es el límite entre el derecho civil y el administrativo.

Pues bien, el modelo del derecho de bases comunes tiene déficits que consideramos insalvables; uno es metodológico y el otro sustancial. El *aspecto metodológico* crítico es que no define, ni siquiera de modo indiciario, cuál es el límite material del derecho común y las ramas del derecho (civil y administrativo). Así, se podría plantear el siguiente interrogante: ¿cualquier cuestión que se vincule con el derecho de propiedad debe ser regulada por el derecho común y, consecuentemente, excluida del derecho administrativo?

Es más, en este escenario impreciso es posible que el derecho común vacíe de contenido al derecho administrativo. El inconveniente metodológico es, por tanto, que el modelo del derecho único no establece ningún criterio o directriz con el propósito de limitar el campo expansivo del derecho común (bases).

El otro lado inconsistente (*sustancial*) es el vaciamiento del fundamento del derecho administrativo, es decir, el interés colectivo.

3) *El modelo del doble derecho (subsistemas jurídicos)*. Éste es el criterio que se ha seguido mayoritariamente entre los operadores jurídicos. Veamos los fundamentos.

a) *Las provincias conservan el poder no delegado a la Nación*. Entre los poderes reservados y no delegados por las provincias al Estado federal, según el art. 121 de la Const. nacional, encontramos el de dictar las normas de derecho administrativo. Por eso, el derecho administrativo tiene naturaleza eminentemente local.

b) *El fundamento del derecho administrativo es sustancialmente distinto del derecho privado*. Así, el derecho administrativo se apoya en el principio del interés público. Pues bien, el derecho privado debe centrarse en el interés privado y el derecho administrativo en el interés de todos⁷⁹.

Otro criterio plausible es el de que el derecho administrativo parte del criterio de *subordinación* entre el Estado y los particulares. Por su parte, el derecho privado se construye desde el principio de la igualdad.

c) *La intensidad de la regulación*. Así, el derecho privado establece simplemente un marco —límites externos—, salvo casos excepcionales de regulación y protección especial (p.ej., en el caso de los consumidores). Es decir, el derecho privado habitualmente regula el modo de componer el conflicto entre los derechos y ciertas pautas básicas respecto del alcance de éstos. Pero, en cualquier caso, también

⁷⁹ SAID, *Responsabilidad del Estado y justicia distributiva*, en "XXXIV Jornadas Nacionales de derecho administrativo", p. 45 y siguientes. Dice este autor que "lo que parece difícil de soportar para cualquier hacienda pública es un sistema como el que pretende parte de nuestra doctrina: responsabilidad objetiva con reparación integral de daños. El impacto sobre las finanzas públicas es uno de los aspectos que no puede ser ajeno a la construcción teórica de la responsabilidad del Estado. Pero tampoco puede dejarse de lado que la responsabilidad del Estado es una de las técnicas de garantía de los derechos de los ciudadanos, pero no la única, y por ello debe efectuarse una visión general del sistema". De todos modos, el análisis sigue centrado en el derecho individual y cómo éste repercute en los fondos públicos. Así, la "aplicación directa (del Código Civil) que pierde de vista la diferencia sustancial que reside en disponer una reparación con fondos privados bajo pautas conmutativas o hacerlo con fondos públicos que exigen considerar criterios distributivos".

persigue intereses públicos (p.ej., respecto de consumidores, inquilinos, competidores, entre otros). Por el contrario, *el derecho público es, por regla, marco y contenido*; es decir, regula las situaciones jurídicas con mayor intensidad y profundidad.

d) *El propio criterio de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes más recientes*. Si bien en un principio el alto tribunal sostuvo que la responsabilidad de los Estados provinciales es asunto civil —y consecuentemente admitió su competencia originaria en demandas iniciadas contra una provincia por vecinos de otras provincias—, modificó su criterio en el caso "Barreto"⁸⁰. Aquí afirmó que los casos en los que se discute la responsabilidad estatal están alcanzados por el derecho administrativo, que es propio de las provincias (poder regulatorio), y el pleito, por tanto, debe ser resuelto por los jueces locales (poder de resolución).

e) *El principio de la normatividad*. Las Constituciones provinciales y la legislación federal y provincial reconocen el doble derecho (subsistemas) y, además, el carácter local del derecho administrativo.

f) *Otros criterios*. El *poder regulatorio competente* (en verdad, es una consecuencia jurídica y no el fundamento, pues evidentemente no sirve como base de justificación, en razón de su carácter circular); las *materias relevantes* (es decir, éstas son propias del derecho público), y el respeto por la *cultura jurídica que, desde siempre, nos condujo por el camino de los dos subsistemas*.

4) *Las dificultades en la construcción del doble derecho (subsistemas)*. Es evidente que ciertos temas son propios del derecho civil y otros claramente del derecho administrativo, pero existen zonas de penumbras (casos oscuros), en los que es más difícil distinguir entre el derecho público y el privado.

Por ejemplo, es posible que entre las normas del derecho privado (p.ej., el Código Civil y Comercial) se incorporen reglas del derecho público (ver, entre otros, los arts. 149

⁸⁰ CSJN, 21/3/06, "Barreto, Alberto D., y otra c/provincia de Buenos Aires y otro", Fallos, 329:759.

–participación del Estado en personas jurídicas privadas–; arts. 235 y ss. –bienes del dominio público y privado del Estado–, y 243 –bienes destinados a la prestación de un servicio público–, pero no por ello debe interpretarse que se trata de normas del derecho común o privado⁸¹.

El punto crítico sigue siendo, entonces, cómo delinear estos dos campos del conocimiento jurídico en el contexto del doble derecho. Según nuestro criterio, las normas de derecho administrativo son aquellas que tienen por objeto regular las funciones administrativas.

5) *Rechazo del modelo de derecho de bases comunes. Razonabilidad de los subsistemas (doble derecho).* El modelo del derecho de bases comunes tiene déficits que consideramos insalvables y que mencionamos anteriormente (*aspecto metodológico y sustancial*). Así, no es posible definir el criterio de distinción material entre el derecho común y las ramas del derecho (en particular, el derecho administrativo). Por otro lado, trae el vaciamiento del fundamento del derecho administrativo, al confundirse el interés privado y público.

Si bien el derecho administrativo se explica por medio del criterio de: a) la distribución del poder regulatorio entre varios territorios; b) el juez competente por su especialidad, y c) el reconocimiento –en términos de validez– de las cláusulas exorbitantes o transgresoras, cierto es que el aspecto más relevante, y que no es posible salvar en el contexto de un derecho de bases comunes, es el interés público o colectivo.

⁸¹ Ver CSJN, 3/12/87, "Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza". Allí el tribunal sostuvo que "en nuestra legislación los ríos, sean navegables o no, forman parte del dominio público nacional o provincial (art. 2340, inc. 3º, Cód. Civil) y que, por tal condición, se encuentran sometidos a él y fuera del ámbito del definido como privado". Ver también, CSJN, 24/5/11, "Campo del Cielo SRL c/Provincia del Chaco", con nota de ROSATI, *Los bienes del dominio público reivindicados desde el derecho público: el caso "Meteorito del Chaco"*, LL, 2008-B-393. En este precedente la Corte Suprema sostuvo que, "sin perjuicio de que los meteoritos puedan ser considerados bienes del dominio público en los términos del art. 2340 del Cód. Civil –norma cuyo alcance e interpretación corresponde determinar a los jueces de la causa, en tanto constituye una cuestión de derecho común ajena, como regla a la revisión por la vía del recurso extraordinario–, corresponde revocar la sentencia apelada en tanto el *a quo* sustentó su decisión en una errónea interpretación del art. 124 de la Const. nacional".

b) *¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA DEFINICIÓN DEL ESQUEMA ANTERIOR? LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS SUBSISTEMAS.* Pues bien, cuando intentemos definir el bloque o subsistema de derecho administrativo (es decir, el material jurídico propio), debemos saber claramente qué normas son de derecho administrativo.

Por caso, si las normas sobre prescripción de los tributos locales (provinciales) son parte del derecho civil, entonces, no integran la pirámide del derecho administrativo, y sólo es posible aplicarlas en el derecho administrativo por medio de técnicas hermenéuticas específicas (aplicación subsidiaria o analógica de segundo grado). Por el contrario, si forman parte de las bases comunes del derecho, entonces se aplican directamente en el derecho administrativo, porque son piezas jurídicas ubicadas en sus propias bases. En efecto, si se interpreta que ciertas disposiciones del Código Civil o del derecho civil son parte de ese derecho común y, por tanto, del derecho administrativo, entonces no es necesario traerlas a nuestro campo de conocimiento mediante técnicas hermenéuticas, tales como la subsidiariedad o la analogía. Distinto es el caso si se entendiese que el objeto a regular es propio del derecho administrativo y existe una laguna, en cuyo supuesto debemos recurrir al derecho civil, matizarlo y traerlo al derecho administrativo de modo analógico –de segundo grado– o subsidiario⁸².

c) *LA DISTINCIÓN ENTRE LA ANALOGÍA Y LA SUBSIDIARIEDAD.* En principio, el Estado hace uso del derecho administrativo, sin embargo, a veces recurre al derecho privado por vías distintas.

1) La aplicación directa de reglas del derecho privado (p.ej., contratos administrativos cuyo objeto está regido por el derecho privado). En cualquier caso, deben aplicarse los principios y ciertas reglas del derecho público. Así, el derecho administrativo privado está alcanzado por las reglas competenciales (mandatos propios y típicos del derecho ad-

⁸² Otra idea que debe pensarse es la posibilidad –en términos de rediseño institucional y, por tanto, de reforma constitucional– de reconocer (léase transferir por parte de las provincias) al Estado federal el poder de fijar las bases del derecho administrativo.

ministrativo), los principios generales del derecho administrativo y, además, por los derechos fundamentales.

2) El uso de modos de organización propios del derecho privado (sociedades comerciales; asociaciones; fundaciones y fondos fiduciarios, entre otros). ¿El uso de tales cauces supone, consecuentemente, aplicar el derecho privado? Las relaciones que nacen de ese escenario se rigen por el derecho privado, pero en los términos detallados en el apartado anterior; esto es, derecho privado rodeado por el derecho público (derecho administrativo privado).

3) El uso de recursos públicos por medio de terceros. Es posible –aunque no está dicho así entre nosotros– que en tal caso, y sin perjuicio de recurrir a sujetos que se mueven en el subsistema del derecho privado, se aplique básicamente el derecho administrativo.

4) La aplicación de reglas del subsistema del derecho privado –por vía interpretativa– en el subsistema del derecho público (aplicación directa, analógica o subsidiaria).

Este último caso procede ante las lagunas del derecho administrativo (caso administrativo no previsto). Se sostuvo que existe una laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa.

¿Cuándo existe una laguna en el derecho administrativo? Pues bien, primero debemos recurrir al concepto de competencias –propio del derecho administrativo– y tras definir su alcance (competencias expresas e implícitas, tal como explicaremos en los próximos capítulos), entonces cabe analizar si existen o no vacíos normativos. Tengamos presente –además– que, así como existen potestades expresas e implícitas, también existen prohibiciones expresas e implícitas en nuestro modelo jurídico.

A su vez, el intérprete debe, en segundo lugar –y según nuestro criterio–, aplicar el postulado de cierre del modelo (esto es, el mandato prohibitivo respecto del Estado). Pues bien, ¿en qué casos dejamos de lado el postulado de cierre y recurrimos a las técnicas expansivas? Tengamos presente que este postulado siempre nos permite cerrar el modelo; sin embargo, este criterio debe ser abandonado si las soluciones son absurdas o injustas.

Luego de recrear este cuadro –es decir, competencias y postulado de cierre– es posible constatar si existen o no lagunas y cómo rellenarlas.

Volvamos a las lagunas concretas en el derecho administrativo. Así, por ejemplo, la responsabilidad del Estado por los vicios o riesgos de las cosas de su propiedad o que estuviesen bajo su guarda y los plazos de prescripción de las acciones por nulidad de los actos administrativos, entre otras.

1) *La analogía*. La técnica más usual, y que reconoce expresamente nuestro sistema jurídico, con el objeto de salvar tales indeterminaciones, es la analogía. En efecto, el Código Civil –en su art. 16– establecía que, “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si una cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Cabe recordar en este punto que la Corte dijo que el art. 16 de ese Código es un principio general propio de todo el ordenamiento jurídico⁸³. En sentido concordante, el art. 2° del Cód. Civil y Comercial ordena que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

La analogía sólo procede cuando estén presentes las siguientes condiciones: *a)* mismo orden jurídico; *b)* semejanzas de hechos (esto es, conductas, objetos y sujetos), en tanto poseen iguales cualidades y en grados más o menos semejantes y, finalmente, *c)* soluciones justas (es decir, la analogía no es sólo un instrumento lógico-formal, sino que incluye un componente valorativo –axiológico–).

Veamos otras consideraciones complementarias sobre la analogía. Por ejemplo: *a)* la analogía supone ir de lo particular a lo particular, salvo cuando en este contexto recurrimos a los principios generales del derecho; *b)* la analogía no reviste carácter transitivo (así, si *A* es semejante a *B* y

⁸³ CSJN, 18/11/70, “Ruffo Antuña, Alejandro, y otro c/YPF s/ordinario”, Fallos, 330:5306.

B semejante a *C*, *A* no necesariamente es semejante a *C*; de modo que la analogía procede entre *A* y *B*, y entre *B* y *C*, pero no entre *A* y *C*) y, finalmente, c) la analogía es una conclusión de probabilidades y no de certezas.

En el derecho civil —como ya sabemos—, el intérprete puede recurrir a reglas escritas, pero no previstas para la solución de caso.

Pero, ¿qué ocurre en el derecho administrativo? Pues bien, en el caso de lagunas, el intérprete debe recurrir a otras reglas del derecho administrativo y, si ello no fuese plausible, entonces ir al derecho privado. En tal caso, el camino es más complejo (y, por eso, la hemos llamado *analogía de segundo grado*). Aquí, el operador debe valorar las semejanzas entre los hechos y —además— adaptar las reglas del derecho privado según los principios del derecho administrativo (es decir, adaptar las reglas), y luego aplicarlas al caso administrativo, cuya solución no ha sido reglada por el legislador, y siempre —claro— que el resultado sea justo.

La decisión de los jueces de reescribir las reglas del derecho privado a partir de los principios del derecho administrativo, con el objeto de aplicarlas al derecho público, supone reconocer a los jueces un poder discrecional.

A su vez, si no es posible rellenar las lagunas del derecho administrativo con las reglas del derecho privado, entonces debemos recurrir a los principios generales del derecho (en primer término, los principios específicos del derecho administrativo y sólo luego, en segundo término, a los principios generales del derecho privado). El paso de un estadio al otro supone no encontrar soluciones jurídicas en el anterior o, en su caso, no hallar soluciones justas.

2) *La subsidiariedad*. Cabe recordar que, además de la analogía, otra técnica usual de integración del modelo de derecho administrativo es la *subsidiariedad*. ¿Cuál es la diferencia entre la analogía y la subsidiariedad? Veamos. Se dice que la subsidiariedad es lisa y llanamente la aplicación directa de la regla, en tanto la analogía supone un trabajo intelectual y no meramente mecánico por parte del intérprete. Es más, se aconseja desterrar la analogía e inclinarnos por la subsidiariedad, porque en el primer caso la libertad

y discrecionalidad del intérprete (trátase del juez o de la Administración) es mucho mayor.

En principio, la subsidiariedad sólo procede cuando así está previsto expresamente en los textos normativos.

3) *La aplicación directa*. Otra técnica es la aplicación directa de un texto normativo; así, por ejemplo, la LPA dice que su Título III debe aplicarse directamente a los contratos estatales. Antes el Título III se aplicaba analógicamente; es decir, los contratos se regían por sus propias leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas de ese título, si ello era procedente.

Por último, es importante señalar que *los principios generales del derecho*, además de guiar el camino interpretativo y de enhebrar el sistema jurídico en términos coherentes, nos permiten salvar ciertas indeterminaciones del modelo (ambigüedades y vaguedades, e incluso lagunas).

d) *LA INTERRELACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA*. En este punto es interesante recordar que el alto tribunal ha desandado ambos caminos (analogía y subsidiariedad) de modo zigzagueante y sin mayores explicaciones. Por caso, en el capítulo sobre responsabilidad estatal recurrió —antes de la sanción de la ley sobre responsabilidad estatal— al Código Civil por las vías subsidiarias (ver, entre otros, el caso “Vadell”⁸⁴) y, en el capítulo sobre el plazo de prescripción de las acciones en que el Estado es demandado, lo hizo por vías analógicas y subsidiarias casi indistintamente y según el caso.

En efecto, en los precedentes “Laplacette”, de 1943, y “Cipollini”, de 1978, el tribunal siguió el camino analógico y en el caso “Wiater”, de 1997, se inclinó por la subsidiariedad.

Asimismo, respecto de las nulidades en el derecho público —antes del dictado de la LPA—, la Corte Suprema recurrió al Código Civil por vía analógica (caso “Los Lagos”), “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina” (es decir, el derecho administrativo).

⁸⁴ Fallos, 306:2030.

A su vez, en ciertos casos los propios textos normativos prevén las técnicas de subsidiariedad (también llamadas supletorias); por ejemplo, la LPA y su decreto reglamentario. Así, el art. 106 de este último dice que "el CPCC será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la ley de procedimientos administrativos y su decreto reglamentario". Asimismo, el art. 62 del mismo cuerpo normativo establece que "en la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el art. 386 del CPCC". Otro ejemplo es el decr. 722/96, sobre procedimientos administrativos especiales, que dice que el procedimiento de las contrataciones siguc vigente, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LPA y su decreto reglamentario.

Por su parte, el decr. 893/12, reglamentario del decreto delegado 1023/01, dispone que "supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo" (art. 5°).

Sin embargo, consideramos que las técnicas subsidiarias o supletorias no suponen aplicar de manera lisa y llana la solución regulada normativamente, sino analizar de modo previo si se adecua o no al marco normativo específico y sólo luego aplicarlo. En otras palabras, el test a seguir es el de compatibilidad con el marco jurídico en el que hemos de aplicar subsidiariamente la norma.

e) **LA INTERRELACIÓN EN LA LEY 26.944 Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.** Por un lado, el legislador sigue el criterio del doble derecho (subsistemas autónomos). En efecto, el art. 2532, por ejemplo, establece que "las legislaciones locales podrán regular esta última [prescripción liberatoria] en cuanto al plazo de tributos". Y, en sentido concordante, el codificador dispuso que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos "se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda" (arts. 1765 y 1766, Cód. Civil y Comercial). A su vez, el art. 9° de la ley 26.944 ordena como norma transitoria que "la responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial".

Por el otro, respecto de la interrelación entre los subsistemas, el art. 1° de la ley 26.944 establece que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

En sentido concordante, el Código Civil y Comercial establece que "las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (art. 1764).

En conclusión, en el ámbito de la responsabilidad estatal sólo es posible aplicar el derecho civil (Código Civil y Comercial) por vía analógica y no directa o subsidiaria.

§ 7. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR FEDERAL

Se apoya en los siguientes principios.

a) **TEORÍA DE LA CAUSALIDAD.** El codificador dispuso que en materia de responsabilidad civil "son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño". Y añade que, "excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles" (art. 1726, Cód. Civil y Comercial). Asimismo, "las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código 'consecuencias inmediatas'. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman 'consecuencias mediatas'. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman 'consecuencias casuales'" (art. 1727).

Entendemos que estos preceptos deben aplicarse analógicamente al derecho administrativo, cuando se trata de responsabilidad del Estado por actividad ilícita (art. 3°, inc. c).

A su vez, el Código Civil y Comercial dispone que "la obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros" (art. 825). Por otro lado, "hay solida-

ridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores" (art. 827). El codificador aclara que "la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación" (art. 828)⁸⁵.

En particular, en materia de responsabilidad establece que, "si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes" (art. 1751).

b) *TEORÍA DE LA PREJUDICIALIDAD.* El Código Civil y Comercial, que reemplazó al Código Civil, creó un modelo de prejudicialidad mucho más detallado.

1) La acción civil y la penal pueden ser ejercidas independientemente (art. 1774).

⁸⁵ Asimismo, las "obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes" (art. 850); "excepto disposición especial en contrario, las obligaciones concurrentes se rigen por las siguientes reglas: a) el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente; b) el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes" (art. 851); "las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones concurrentes" (art. 852); "si la obligación debe ser cumplida por uno de varios sujetos, excepto estipulación en contrario, el acreedor elige cuál de ellos debe realizar el pago. Mientras el acreedor no demande a uno de los sujetos, cualquiera de ellos tiene derecho de pagar. El que paga no tiene derecho de exigir contribución o reembolso de los otros sujetos obligados" (art. 853); "si la obligación debe ser cumplida a favor de uno de varios sujetos, excepto estipulación en contrario, el deudor elige a cuál de éstos realiza el pago" (art. 854); "se aplican, subsidiariamente, las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas" (art. 855). Por su parte, el Código Civil, actualmente derogado, establecía que "la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal" y que "la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores" (arts. 1081 y 699, respectivamente).

2) El dictado de la sentencia civil debe suspenderse si está en curso el proceso penal, salvo, si: a) mediasen causas de extinción de la acción penal; b) la dilación del proceso penal frustrase el derecho a ser indemnizado, o c) la acción civil estuviese fundada en un factor objetivo de responsabilidad (art. 1775).

3) La sentencia penal hace cosa juzgada sobre la materialidad del hecho, la culpabilidad del acusado, la inexistencia del hecho y la no participación del acusado (arts. 1776 y 1777), pero no respecto del hecho como generador de responsabilidad civil (art. 1777).

4) La sentencia penal posterior a la sentencia civil (por no haberse iniciado el proceso civil o en los casos excepcionales antes mencionados) no produce ningún efecto sobre ésta, salvo caso de revisión (art. 1780)⁸⁶. Por ejemplo, si la sentencia penal declara la inexistencia del hecho o la no autoría del sujeto imputado.

Si trasladásemos este esquema al derecho público debemos afirmar que el juez contencioso puede juzgar la responsabilidad del Estado independientemente del proceso y sentencia penal, pues la acción está fundada en un factor objetivo de responsabilidad (art. 1775). A su vez, si la sentencia penal (posterior) declarase la inexistencia del hecho o la no participación del sujeto imputado, procede la revisión de la sentencia civil (art. 1780).

Sin embargo, consideramos que este criterio, propio del derecho civil, no debe aplicarse en el campo del derecho público, porque contradice principios generales y, por tanto, el modo de resolverlo no es justo. En verdad, en el ámbito del derecho público no existe ninguna norma que regule el caso planteado y nos indique cómo solucionarlo.

⁸⁶ En lo pertinente, el art. 1780 del Cód. Civil y Comercial dice que "la revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b) en el caso previsto en el art. 1775, inc. c si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley".

Cabe recordar, a título de ejemplo, que la ley marco de empleo resuelve de modo expreso el conflicto entre el proceso penal y el procedimiento administrativo (procedimiento sumarial); es decir, el cruce entre el poder del juez penal y las potestades sancionadoras del Poder Ejecutivo. En efecto, esta norma establece, por un lado, el criterio básico de la independencia entre ambos marcos jurídicos. Así, "la sustanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal" (art. 34, ley 25.164).

A su vez, la ley dice que, sin perjuicio del principio antes expuesto, existe dependencia entre ambos casos cuando el hecho reconocido en la sentencia penal es más grave que el hecho imputado en el sumario administrativo, en cuyo caso puede sustituirse la sanción administrativa aplicada por otra de mayor gravedad.

De todas maneras, la ley no resuelve otros posibles conflictos entre el ejercicio de las potestades administrativas y su revisión judicial (juez contencioso) y el poder jurisdiccional del juez penal.

Sin embargo, y más allá de lo que hemos expuesto hasta aquí, la ley no resuelve el conflicto entre el proceso penal y el contencioso, es decir, entre los jueces. Recordemos que el juez contencioso es aquel que debe revisar el acto administrativo sancionador. La ley —tal como expusimos en los párrafos anteriores— sólo trató el conflicto entre el juez penal y el Poder Ejecutivo y, además, en términos parciales.

Estas lagunas del ordenamiento deben ser llenadas por medio de los métodos de interpretación e integración del modelo jurídico que permitan dar respuesta ante situaciones no previstas expresamente. En tanto no existan normas positivas que podamos aplicar analógicamente (hemos dicho que el art. 1775, Cód. Civil y Comercial, es inaplicable), es necesario recurrir a los principios generales del derecho. En este marco cabe destacar el acceso a la justicia y el control judicial en términos ciertos y efectivos.

En nuestro criterio, los pasos a seguir son los siguientes: 1) los dos jueces deben avanzar en el conocimiento de los procesos (juez contencioso y juez penal); 2) si uno de los

jueces resuelve sobre la materialidad del hecho y este aspecto quedase firme, el otro debe seguir necesariamente este criterio (cosa juzgada); 3) si el hecho está probado, los jueces deben seguir avanzando y resolver; 4) si uno de ellos absuelve y el otro condena, el cuadro es válido porque si bien existe doble juzgamiento, no es un caso de doble sanción y, por último, 5) si los dos jueces condenan, entonces no es posible aplicar ambas sanciones, sino que debe seguirse el fallo del juez penal (más gravoso), pues el interés protegido por éste es más relevante.

¿Qué ocurre cuando interviene el juez penal y el juez contencioso por la responsabilidad estatal por actividad ilícita (delitos e indemnización por daños y perjuicios)? Por ejemplo, el supuesto de accidentes de tránsito ocasionados por cualquier vehículo de propiedad estatal, en cuyo caso el particular damnificado puede iniciar el proceso penal y, a su vez, otro contencioso.

El criterio a seguir es —según nuestro parecer— el que hemos descripto en los puntos 1 a 4 antes detallados, con exclusión del 5, porque aquí las sentencias son complementarias, mientras que en el marco del ilícito penal y sancionador sólo cabe aplicar una de ambas por el principio del *non bis in idem*. Por tanto, los dos jueces pueden condenar al sujeto responsable.

En síntesis, las acciones son independientes y, consecuentemente, los jueces pueden avanzar y resolver, e incluso condenar; salvo cuando la materialidad del hecho o sus circunstancias hiciesen cosa juzgada en cualquiera de los procesos, en cuyo caso el otro juez debe sujetarse a ese criterio judicial, más allá del encuadre jurídico del hecho.

c) *TEORÍA DE LA PRUEBA*. En materia de responsabilidad, el legislador distinguió la carga de la prueba conforme a los presupuestos de ésta.

1) *El factor de atribución*. Según el art. 1734 del Cód. Civil y Comercial, "excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

A su vez, el codificador aclara que, "no obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber

actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa" (art. 1735).

2) *La relación de causalidad.* En función del art. 1736, "la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca".

3) *El daño.* De acuerdo con el art. 1744, "el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos".

Entendemos que cabe aplicar analógicamente las reglas precedentes del derecho civil —con los matices propios en razón de los principios del derecho administrativo—, de modo de introducir el criterio de las pruebas dinámicas en el capítulo de la responsabilidad estatal (art. 1743).

d) *DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS O EL VICIO O RIESGO DE ÉSTAS.* Dice el codificador que "toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención" (art. 1757, Cód. Civil y Comercial).

A su vez, el art. 1758 establece que "el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta".

¿Es necesario recurrir analógicamente al Código Civil y Comercial o es posible encuadrar la responsabilidad estatal por los daños causados con las cosas o por el vicio o

riesgo de éstas en el concepto de "falta de servicio" (art. 3º, ley 26.944)?

Evidentemente no, porque este criterio interpretativo es en verdad forzado y, además, irrazonable, en tanto los presupuestos (en particular, el factor de imputación y las relaciones de causalidad), los eximentes y las consecuencias son distintos, más allá de la ilicitud de las conductas bajo estudio. Por ejemplo, si el caso se encuadrara en el concepto de falta de servicio, se plantea el inconveniente de discernir, en el marco del servicio, si el agente obró o no en ejercicio de sus funciones. Por el contrario, si se tratara simplemente del daño causado con o por las cosas, entonces el nudo a desatar es mucho más simple; a saber, quién es el propietario o guardián de aquéllas.

Es más, el *servicio* consiste en la elección del personal y la provisión de los bienes o cosas (v.gr., las armas reglamentarias, tal como ha interpretado la Corte Suprema en sus precedentes) y *la titularidad de las armas* es el uso de éstas. Así pues, constituyen canales de imputación de responsabilidad autónomos.

Pues bien, el camino del art. 1757 del Cód. Civil y Comercial es más claro y simple que el art. 3º de la ley (falta de servicio), porque este último nos plantea el inconveniente de discernir si el agente obró o no en ejercicio de sus funciones, escapándose ciertos casos del marco de las responsabilidades estatales. Por el contrario, si ubicamos estos supuestos por debajo del manto del art. 1757, es más sencillo discernir jurídicamente y responsabilizar al Estado.

Por ejemplo, el accidente de tránsito causado por un vehículo de propiedad estatal no constituye daño por falta de servicio, sino por el vicio o riesgo de las cosas (vehículos). Así, "los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos" (art. 1769, Cód. Civil y Comercial).

Sin embargo, entendemos que es razonable distinguir entre dos supuestos. Por un lado, si el daño fue causado por las cosas (bienes del dominio público) o por sus vicios o riesgos (el arma de fuego o las locomotoras del ferrocarril, entre otros). Por el otro, si el daño no es causado *con*

o por las cosas, sino por el uso de las cosas en mal estado de conservación (las calles, el trampolín y en general los bienes del dominio público). En el primer caso debemos ir por la titularidad de las cosas y en el segundo es posible ir por el concepto de falta de servicio (incumplimiento de los deberes estatales).

En conclusión, los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civil y Comercial prevén el régimen de la responsabilidad del dueño y guardián de las cosas que debe aplicarse por vía analógica en el campo del derecho público.

e) *DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS (ENTES AUTÁRQUICOS, SOCIEDADES DEL ESTADO Y SOCIEDADES ANÓNIMAS)*. El art. 1753 del Cód. Civil y Comercial establece que “*el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente*”.

Aquí es posible distinguir entre dos caminos, con el objeto de salvar las lagunas existentes en la ley 26.944 y resolver así el caso bajo análisis.

Por un lado, aplicar los principios propios del derecho administrativo.

Por el otro, aplicar analógicamente los principios y normas del derecho privado (Código Civil y Comercial), ante el silencio del derecho administrativo.

1) El primer camino nos indica que no es necesario recurrir a las instituciones del derecho privado (es decir, al régimen de la responsabilidad del principal por sus dependientes –art. 1753, Cód. Civil y Comercial–), sino que los principios del derecho público resuelven por sí solos y en términos jurídicamente correctos el problema interpretativo.

¿Cuál es, entonces, el principio propio del derecho administrativo que cabe aplicar aquí? Es el del patrimonio único, aunque con ciertos matices. Por ejemplo, la comunicación de los patrimonios entre el Estado central y los entes descentralizados, o el patrimonio único apoyado en la

propiedad estatal de los bienes del ente descentralizado⁸⁷. En particular, según estas corrientes de opinión, la ley 24.156, de administración financiera del Estado, estableció la comunicabilidad de los patrimonios y ratificó, así, este criterio conceptual⁸⁸.

⁸⁷ BARRA, *Principios de derecho administrativo*, p. 182 a 184. Este autor afirma que la responsabilidad del Estado central, en estos supuestos, es una consecuencia de la propiedad estatal de los entes, de manera tal que el titular del patrimonio es el Estado central. Agrega que la separación de personalidades no supone una real división de patrimonios, sino que existe un único acervo patrimonial –el estatal–, que puede ser asignado con carácter específico al ente descentralizado, a título vicario o en comisión, para un fin o destino determinado. De este modo, el ente sólo tiene la propiedad “formal” o “externa” del patrimonio asignado, pero la propiedad “material” o “interna” corresponde al Estado central que, en definitiva, es el único titular y que transmite precariamente el dominio al ente descentralizado. Claro que el ente no puede invocar ese título frente al Estado central. COMADIRA sostiene que la responsabilidad del Estado central en relación con las obligaciones de los entes descentralizados se apoya en el concepto de unidad del patrimonio estatal más allá de las titularidades formales, aun en ausencia de una norma expresa que así lo prevea. Según el autor citado éste es el criterio del legislador. En efecto, el art. 6° del decreto 914/79, reglamentario de la ley 21.890 de creación de la Escribanía General del Gobierno de la Nación, dispone que las escrituras públicas de transferencia del dominio de los inmuebles adquiridos por los organismos centralizados y descentralizados de la Administración pública nacional, Tribunal de Cuentas de la Nación –actualmente sustituido por la Auditoría General de la Nación–, entes autárquicos, empresas y sociedades de propiedad del Estado nacional, deben ser extendidas a nombre del “Estado Nacional Argentino” (*Derecho administrativo*, cap. XII, p. 387 a 389). Por último, HALPERIN funda el deber de responder por parte del Estado en el carácter que se atribuye actualmente a la personalidad jurídica, entendida como un medio técnico que la ley reconoce para el cumplimiento de fines lícitos. En tal sentido los entes descentralizados configuran un remedio técnico que emplea el Estado para el desarrollo de cometidos estatales o actividades esencialmente civiles o comerciales. En consecuencia, el Estado debe responder por los perjuicios que cause el obrar de los entes que benefician al Estado (*Responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas*, “Revista de derecho administrativo”, n° 6, ene.-abr. 1991).

⁸⁸ Recordemos que el art. 80 de la ley 24.156 dice que “el órgano central de los sistemas de administración financiera instituirá un sistema de caja única o de fondo unificado, según lo estime conveniente, que le permita disponer de las existencias de caja de todas las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional, en el porcentaje que disponga el reglamento de la ley”. Por su parte, el art. 74 de dicha ley establece que “la Tesorería General tendrá competencia para... conformar el presupuesto de caja de los organismos descentralizados, supervisar su ejecución y asignar las cuotas de

2) El segundo camino es el del Código Civil y Comercial en su art. 1753 (responsabilidad indirecta del principal por las conductas de sus dependientes), que resuelve el caso planteado en tanto el Estado central es el principal y el ente descentralizado el sujeto dependiente⁸⁹.

Según los autores cuyos pareceres hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad indirecta y subsidiaria del Estado central respecto de los entes descentralizados permite unir los dos principios que parecen irreconciliables —patrimonio único y personalidades diversas—. Así, por un lado, el patrimonio estatal único justifica la responsabilidad del Estado central frente a las obligaciones de los entes descentralizados y, por el otro, la diversidad de personalidades nos permite sostener el carácter subsidiario de la responsabilidad del Estado central.

De todos modos, consideramos que este esquema teórico no logra salvar las contradicciones existentes, porque no es enteramente razonable afirmar que —en el caso de varias personas con patrimonio único— la responsabilidad de una de ellas es de orden subsidiario respecto de las otras. Es más, en tal caso existe un estado de superposición o confusión entre éstas —Estado central y entes descentralizados—, y, por tanto, la responsabilidad debe ser de carácter solidario⁹⁰.

Sin embargo, es posible armar otra construcción que justifique la responsabilidad del Estado central y, a su vez, salve las contradicciones señaladas en el edificio dogmático antes descripto. Veamos; si bien es verdad que el Estado central y los entes descentralizados son personas jurídicas distintas, cierto es que la personalidad de estos últimos es menor, porque el Estado central ejerce controles especiales sobre aquéllos. De todos modos, el control no puede

las transferencias que éstos recibirán de acuerdo con la ley general de presupuesto". Ver BIANCHI, *La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control*, LL, 2000-D-534 a 549.

⁸⁹ MARJENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 440 y 442.

⁹⁰ Recordemos que el concepto de responsabilidad indirecta es diferente del de responsabilidad subsidiaria; en efecto, aquélla puede ser subsidiaria o solidaria.

desnaturalizar los atributos esenciales de la personalidad; entre ellos, el patrimonio.

Pues bien, ¿cuál es, entonces, el fundamento de la responsabilidad del Estado central respecto de los entes descentralizados? Entendemos que lo es el tutelaje (control administrativo o de tutela) y no el patrimonio único.

Sin embargo, en el supuesto de los entes descentralizados no autárquicos no existe control tutelar y, por tanto, la responsabilidad del Estado central no puede nacer de este principio o cauce, sino —en su caso— de la voluntad del legislador.

f) *DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS EN EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.* El Estado delegante debe responder, en su carácter de titular de las potestades, por las consecuencias dañosas en el ejercicio de tales funciones, sean desarrolladas directamente por él o por terceros, en virtud de habilitación del propio Estado. ¿Cómo debe resolverse? Por aplicación de reglas análogas; esto es, los arts. 1º, 3º y 4º de la ley, entre otros (aplicación analógica entre reglas del derecho público).

Ciertamente no debe confundirse este caso con las simples autorizaciones, habilitaciones, permisos o concesiones, porque en tales supuestos el Estado sólo autoriza el ejercicio de derechos propios de los particulares o, eventualmente, transfiere ciertos derechos especiales (v.gr., el uso especial de los bienes del dominio público), pero no funciones esenciales y exorbitantes del Estado, cuya titularidad y responsabilidad es indelegable.

Es más, entendemos que no cabe aplicar el art. 6º de la ley, pues el caso del concesionario o contratista del servicio público no es asimilable, dado que el tercero (concesionario o contratista) sólo ejerce derechos especiales o poderes puntuales, expresos y taxativos delegados por el Estado. Por el contrario, en el caso bajo análisis el Estado decide trasladar el ejercicio de un bloque de funciones con sus consecuencias poderes.

En conclusión, consideramos que el Estado debe responder y, además, hacerlo de modo subsidiario, conforme a los arts. 1º, 3º y 4º de la ley 26.944.

g) *OTRAS CUESTIONES COMPLEMENTARIAS.* A su vez, el Código Civil y Comercial regula otras cuestiones que cabe aplicar analógicamente en el derecho administrativo.

1) *Punición excesiva.* De acuerdo con el art. 1714 del Cód. Civil y Comercial, "si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto".

2) *Asunción de riesgos.* Según el art. 1719, "la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".

3) *Hecho del damnificado.* En función del art. 1729, "la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".

4) *Caso fortuito. Fuerza mayor.* De acuerdo con el art. 1730, "se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos".

5) *Hecho de un tercero.* Según el art. 1731, "para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito".

6) *Concepto de daño.* En función del art. 1737, "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

7) *Indemnización.* De acuerdo con el art. 1738, "la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante [responsabilidad por

actividades ilícitas]... y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Asimismo, las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741); indemnización por fallecimiento (art. 1745); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746); acumulabilidad del daño moratorio (art. 1747); curso de los intereses (art. 1748), entre otras.

§ 8. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS ESTADOS PROVINCIALES

Cabe recordar que la ley 26.944 invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos". Y, en igual sentido, el Código Civil y Comercial, tal como comentamos anteriormente, dispone que "la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda" (art. 1765).

a) *¿REGULACIÓN PROVINCIAL O ADHESIÓN A LA LEY FEDERAL?* Por lo antes expuesto, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden regular la responsabilidad del Estado local por sus propias leyes o adherir a la ley 26.944, de conformidad con los textos normativos antes citados y el marco constitucional vigente. También es posible que el Estado local adhiera parcialmente a la ley federal y regule por sí misma otros aspectos.

Ahora bien, en caso de que las provincias no reglen por sí o no adhieran a la ley federal, cabe preguntarse qué reglas debe aplicar la Administración o el juez contencioso local.

Es más, aun cuando la legislatura aprobase la ley respectiva, debemos indagar sobre cómo resolver las lagunas (casos administrativos no previstos) de la ley local. Cuestiones que analizaremos en los siguientes apartados.

b) *LA REGULACIÓN LOCAL Y SUS SUPUESTOS LÍMITES: EL DERECHO COMÚN O LAS BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FEDERAL.* El punto a resolver es si la ley provincial debe necesariamente partir de las bases del derecho común (Código Civil y Comercial) o de las bases del derecho administrativo federal (ley 26.944).

Pues bien, aquí es posible ensayar las siguientes construcciones dogmáticas.

1) La ley provincial sobre responsabilidad del Estado debe sujetarse al derecho común (derecho civil). Este esquema ha sido desarrollado extensamente en el § 6 (ver, en particular, el punto e) en sentido negativo. En especial, cabe remarcar que el Código Civil y Comercial establece que "*las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*" (art. 1764).

En conclusión, en el ámbito de la responsabilidad estatal (federal y provincial) sólo es posible aplicar el derecho civil (Código Civil y Comercial) por la vía analógica y no directa o subsidiaria —ante las lagunas del derecho—. Menos, claro, cabe reconocer al derecho civil como base del derecho administrativo local. Es decir que la ley local de responsabilidad del Estado no debe seguir o sujetarse al Código Civil y Comercial, sino sólo al mandato constitucional.

2) La ley provincial sobre responsabilidad del Estado debe sujetarse al derecho administrativo federal. Este punto es resuelto claramente por vía legislativa en términos negativos. En efecto, el Código Civil y Comercial dispone que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos "*se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*" (arts. 1765 y 1766). Es decir que la responsabilidad de los Estados locales y sus funcionarios debe regirse por las reglas del derecho administrativo local y no nacional.

Por su parte, la ley aprobatoria del Código Civil y Comercial (ley 26.994) ordena como norma transitoria que "la responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial" (art. 9°).

En igual sentido, la ley 26.944 invita a las provincias a adherir. Pues bien, si el legislador nacional invitó a las provincias en tal sentido es porque, evidentemente, no puede regular por sí mismo la responsabilidad del Estado en el ámbito provincial.

En síntesis, el legislador local puede regular la responsabilidad del Estado de modo libre, sin atarse a la ley federal ni al Código Civil y Comercial.

c) *UN CASO PARTICULAR SOBRE REGULACIÓN DE LOS ESTADOS PROVINCIALES: EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD.* Cabe puntualmente reflexionar sobre la potestad de los Estados locales de legislar en materia de prescripción en el ámbito del derecho público local. Vale recordar que las provincias no delegaron en el Estado federal las materias de derecho público y, dentro de este campo, las acciones por las actividades estatales y su prescripción (plazos, suspensión e interrupción). Por tanto, entendemos que los Estados locales pueden legislar sobre el plazo de prescripción de las acciones. No cabe duda de que cada provincia dicta su marco propio regulatorio sobre la responsabilidad del Estado local, sin sujetarse al marco legislativo federal (LPA y su decreto reglamentario).

Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido un criterio claramente opuesto, dado que, según su opinión, la legislación provincial que contradice los plazos de prescripción de las acciones del derecho civil es inconstitucional.

Así, el tribunal dijo que "dentro del régimen de competencias asignado por la Constitución nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno nacional la de establecer tributos cuya verificación fue reclamada en autos. La cuestión litigiosa, en cambio, consiste en dilucidar si esa facultad incluye la de fijar la prescripción de los aludidos tributos o, en cambio, esta última corresponde a la Nación en razón de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la misma Constitución. Esa cuestión ya ha sido resuelta por esta Corte en varias oportunidades, en las que declaró que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecen de facultades

para establecer las normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local". Por último, sostuvo que "esa doctrina debe ser ratificada, puesto que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75, inc. 12, éste no sólo fijara los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía"⁹¹.

El tribunal reiteró este criterio en el precedente "Municipalidad de Resistencia c/Lubricom SRL", entre otros, respecto de los tributos locales⁹².

De todos modos, el Código Civil y Comercial sigue otro criterio (el reconocimiento de las potestades regulatorias provinciales). En efecto, "en ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos" (art. 2532). Y, en sentido concordante, añade que "el plazo de la prescripción es de cinco años [plazo general], excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local" (art. 2560).

d) *AUSENCIA DE REGULACIÓN*. Ante ésta, incluso en caso de regulación por el legislador provincial, es necesario que el intérprete (en particular, el juez contencioso), ante las lagunas existentes en el texto normativo (casos administrativos no previstos), deba recurrir a otras reglas con el objeto de salvar tales indeterminaciones propias del modelo jurídico.

⁹¹ CSJN, 30/9/03, "Municipalidad de Avellaneda s/incidente de verificación Filcrosa SA s/quiebra", Fallos, 326:3899. Este criterio fue ratificado en CSJN, 19/8/04, "Verdini, Edgardo c/Instituto de Seguridad Social de Neuquén", Fallos, 327:3187; íd., 29/6/04, "Barreyro, Bernarda c/Municipalidad de Posadas", Fallos, 327:2631.

⁹² CSJN, 8/9/09, Fallos, 332:2108.

¿Cuáles son esas reglas? Los principios y reglas del derecho administrativo federal (ley 26.944) o los principios y reglas del derecho civil (Código Civil y Comercial). Analicémoslo por separado.

1) *Aplicación del derecho federal (supletoria o analógica)*. El paso propuesto en este apartado es distinguir entre el derecho administrativo federal y local y su eventual relación e integración. El derecho administrativo es federal cuando su objeto consiste en regular las funciones administrativas que se desprenden de las competencias propias del Estado federal (p.ej., arts. 99 y 100, y 75, incs. 18 y 19, Const. nacional). A su vez, es local cuando recae sobre las materias administrativas de los Estados provinciales (art. 124). Aquí es necesario distinguir entre las materias exclusivas, concurrentes y compartidas (derecho federal y provincial) y, dentro de este conjunto competencial, centrarse en las funciones estatales administrativas (derecho administrativo).

Pues bien, la relación entre el bloque del derecho administrativo federal y el del derecho administrativo provincial es —dicho claramente— inexistente en términos jurídicos. Es más, en caso de conflicto entre éstos (p.ej., contradicciones entre el bloque federal y el provincial), prevalece aquel que —según las normas constitucionales vigentes— sea competente en razón de las materias reguladas. Veamos un caso plausible. La ley de responsabilidad del Estado federal establece que, en caso de daños causados por conductas lícitas, el Estado sólo debe indemnizar por el daño emergente y no el lucro cesante; por su parte, supongamos que la ley de responsabilidad de cualquier Estado provincial dijera, hipotéticamente, que en igual situación el Estado debe reparar integralmente (esto es, daño y lucro). Estos textos jurídicos son evidentemente contradictorios. Pues bien, ¿cuál de los textos debemos aplicar respecto de los daños por actividades lícitas del Estado provincial? Sin duda el texto local (ley de responsabilidad del Estado provincial) y, por tanto, reconocerle el daño y el lucro. ¿Por qué? Por el ámbito competencial en razón de las materias.

A su vez, si se presentan contradicciones insalvables entre dos o más bloques de derecho administrativo provincial

(dos o más provincias), el conflicto se resuelve por el ámbito competencial territorial y material.

En síntesis, estos bloques (federal y provinciales) se desplazan unos con otros, pero no se integran entre sí (por caso, en el supuesto de las lagunas del modelo). Es decir, si el bloque del derecho administrativo de cualquier Estado provincial no resuelve ciertos casos (lagunas del derecho), no es plausible —en el marco de nuestro ordenamiento constitucional— recurrir al bloque del derecho administrativo federal o al de las otras provincias, con el fin de rellenar esas lagunas.

2) *Aplicación del derecho civil. El Código Civil y Comercial.* El vínculo entre el bloque del derecho administrativo federal y el bloque del derecho privado es más complejo. En principio, el primero desplaza al segundo por las materias propias, sin complementarse entre sí. Sin embargo, en el caso de lagunas en el derecho administrativo es posible ir al bloque del derecho privado, con el objeto de buscar reglas, traerlas y resolver el caso.

En este punto cabe recordar —tal como explicamos anteriormente— que la teoría dogmática de la responsabilidad estatal fue construida por los jueces a partir de las reglas del derecho civil. En efecto, los jueces desde siempre argumentaron basados en los art. 1109, 1113 y, fundamentalmente, 1112 del Cód. Civil, dado que no existía una regulación propia del derecho público.

Tal como ya expusimos, las reglas del derecho privado deben aplicarse al derecho público en caso de lagunas (caso administrativo no previsto) y por vía analógica de segundo grado. Hemos detallado allí cuáles son las condiciones o presupuestos que deben estar presentes para recurrir a esta herramienta hermenéutica y distinguimos también entre la analogía de primer y segundo grado.

Así, la analogía de primer grado tiene lugar cuando en caso de lagunas en el derecho administrativo recurrimos a otras reglas de derecho administrativo, mientras que la analogía de segundo grado ocurre cuando ante las lagunas del derecho administrativo aplicamos las reglas del derecho privado.

¿Cuál es la diferencia sustancial entre ambas técnicas interpretativas? El primer caso (analogía de primer grado)

procede cuando existe semejanza entre el supuesto de hecho (reglado normativamente) y el hecho no previsto (lagunas) y, a su vez, la solución es justa; en el segundo, además de las condiciones antes detalladas, el intérprete debe reelaborar la regla del derecho privado según los principios del derecho público. Esta tarea reconstructiva es bastante incierta y libre porque, más allá de los enunciados básicos (regla primaria, principios generales y regla secundaria), lo cierto es que no se establece claramente cuáles son las directrices y el método a seguir.

También en el § 6, c, hemos diferenciado entre las técnicas de aplicación directa, subsidiaria y analógica.

La ley de responsabilidad establece claramente que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (art. 1º). En sentido concordante, el Código Civil y Comercial dispone que “*las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*” (art. 1764). A su vez, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos se rige por los principios y las normas del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (arts. 1765 y 1766).

Cabe preguntarse, por tanto, si es posible aplicar los principios y reglas del derecho privado por otras vías de interpretación. Evidentemente, sí. Entendemos que en caso de ausencia de ley local, o por lagunas en el texto de la ley (casos administrativos no previstos), es posible recurrir a otras normas del derecho público local y, en el supuesto de no encontrar respuesta en ese marco, entonces cabe ir por las reglas del derecho privado, pero sólo por vía analógica (no directa ni subsidiaria).

La analogía —tal como se advirtió en su momento— supone reconocer al juez un mayor poder discrecional en su tarea de interpretar la ley y aplicarla. Por eso, consideramos que la ley sobre responsabilidad estatal debió aclarar cuál es el criterio y el método a seguir por el intérprete y no simplemente negar el uso de las vías hermenéuticas directas o subsidiarias.

Citemos como ejemplo la regulación de la responsabilidad estatal por los daños causados por las cosas de su pro-

piedad o que estuviesen bajo su guarda. La ley 26.944 omitió reglar este capítulo, de modo que es necesario recurrir a las reglas del derecho civil; en particular, el art. 1757 y ss., del Cód. Civil y Comercial.

Si bien es cierto que es plausible resolverlo por aplicación del concepto de falta de servicio (por el incumplimiento del deber estatal de conservar o custodiar las cosas de su propiedad, en los términos del art. 3° de la ley), sin embargo entendemos que este criterio es incompleto y de ahí la necesidad de buscar otras reglas sustitutas o complementarias. Nos remitimos al § 7, d.

Pues bien, ¿cómo aplicar entonces, las reglas del art. 1757 y siguientes? Por vía analógica. Ahora bien, ¿en qué consiste, en este caso, aplicar el Código Civil y Comercial analógicamente? ¿Debe aplicarse la regla del art. 1757 en términos literales? ¿Es necesario readaptar esa regla según los principios del derecho público? En tal supuesto, ¿qué principios debemos aplicar? ¿En qué consiste reeditar ese texto normativo según tales principios propios y específicos del derecho público? Es evidente que el intérprete se mueve con criterios inciertos y, a veces, antojadizos. Por eso consideramos que el legislador debió establecer estándares o directrices más precisas.

Otro ejemplo: el art. 1767 del Cód. Civil y Comercial se refiere a la responsabilidad en los establecimientos educativos. Dice que "el titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria"⁹³. Entendemos que este precepto debe aplicarse analógicamente en el ámbito público.

⁹³ Según el art. 1117 del Cód. Civil, "los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito".

En particular, es posible ensayar distintos escenarios por medio de la aplicación de la analogía en el derecho público provincial.

a) *Continuidad del modelo anterior.* En primer lugar, es plausible aplicar el art. 1766 del Cód. Civil y Comercial, que es prácticamente transcripción del art. 1112 del Cód. Civil. En efecto, según este último "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título", en tanto que -para el primero- "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

Por ende, el operador provincial (Administración pública local o el juez contencioso administrativo) puede recurrir al art. 1766 y reproducir la teoría dogmática construida por la Corte Suprema desde el caso "Vadell" hasta nuestros días. En tal supuesto, la solución al caso debe construirse con la doctrina ya consolidada del alto tribunal que hemos descripto en este trabajo y, en particular, en el § 3.

b) *Creación jurisprudencial de un nuevo modelo sobre responsabilidad estatal.* Otro camino posible a seguir por el operador local es construir una nueva teoría sobre la responsabilidad del Estado, por medio de la aplicación analógica del Código Civil y Comercial (sin limitarlo o circunscribirlo al art. 1766). Ciertamente éste es un camino mucho más complejo.

Por ejemplo, entre otras pautas a seguir por el operador figuran las siguientes.

1) Reemplazar el concepto de falta de servicio por el deber estatal. En efecto, la regla de falta de servicio o lesión resarcible debe sustituirse, según nuestro criterio, por el de las obligaciones o deberes del Estado con las peculiaridades propias del derecho público.

Es decir que el *deber* y su *incumplimiento* es el fundamento de la responsabilidad estatal por su actividad ilícita,

siempre que además cause daño. Ciertamente es que, en un principio y en términos históricos, el estándar del deber estatal constituyó un título insuficiente de imputación de responsabilidad; sin embargo, ese título fue ensanchándose por dos circunstancias. Por un lado, el reconocimiento de los derechos sociales y los nuevos derechos en el marco del Estado democrático y social de derecho y, por el otro, el papel del Estado en términos positivos (acciones estatales y no simples abstenciones).

2) El factor de atribución debe interpretarse en términos de deberes legales y particularmente su densidad. Tales deberes pueden ser incumplidos por acción u omisión, según el caso.

Tal como sostuvimos en el § 4, b, el factor de imputación debe ser subjetivo (en el caso de omisiones ante mandatos indeterminados) u objetivo (por acciones u omisiones de deberes determinados).

3) Finalmente, nos remitimos a los § 4, 5, y 7, en donde desarrollamos las bases de un modelo alternativo de responsabilidad del Estado.

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 9. INTRODUCCIÓN

En el marco del análisis de la responsabilidad del Estado hemos remarcado que el codificador del Código Civil y Comercial rechazó la aplicación directa y subsidiaria del derecho privado.

Sin embargo, no se expidió sobre los otros capítulos del derecho administrativo; por tanto, cabe preguntarse si —por ejemplo—, en el supuesto de lagunas (caso administrativo no previsto) en el contexto de los contratos administrativos, es posible recurrir al Código Civil y Comercial por vías directas o subsidiarias, sin perjuicio —claro— de la técnica de la analogía.

Veamos, a continuación, qué reglas del nuevo Código Civil y Comercial cabría aplicar al derecho administrativo en los siguientes capítulos: *a)* contratos administrativos; *b)* fuentes; *c)* organización administrativa, y *d)* bienes del dominio público y privado del Estado. Cabe sí advertir que es posible extenderlo a otros capítulos, pero en el marco de este trabajo nos limitaremos al análisis de los puntos antes detallados.

§ 10. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El ordenamiento jurídico creó y reguló los contratos propios del derecho privado por medio del Código Civil y

Comercial, en el Libro Tercero (Derechos personales), Título II (Contratos en general), Título III (Contratos de consumo) y Título IV (Contratos en particular). A su vez, el Título II comprende trece capítulos (disposiciones generales; clasificación de los contratos; formación del consentimiento; incapacidad e inhabilidad para contratar; objeto; causa; forma; prueba; efectos; interpretación; subcontrato; contratos conexos y extinción, modificación y adecuación del contrato)¹.

El art. 957 dice que el contrato *"es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"*. Por su parte, el art. 959 añade que *"todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé"*. Y, asimismo, *"las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres"* (art. 958).

En igual sentido, *"las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos*

¹ A su vez, en el marco del Código Civil (sustituído por el Código Civil y Comercial) se reguló el Libro Segundo sobre "Los derechos personales en las relaciones civiles", Sección Tercera "Las obligaciones que nacen de los contratos". El Título I de esta Sección reunía las disposiciones generales y comunes de los contratos y los otros Títulos, los contratos en particular. El Título I comprendía los siguientes capítulos: I (Del consentimiento en los contratos); II (De los que pueden contratar); III (Del objeto de los contratos); IV (De las formas de los contratos); V (De la prueba de los contratos), y VI (Del efecto de los contratos). Dice MOSSET ITURRASPE que "no obstante ello podemos afirmar... que no es el concepto que se desprende del art. 1137 el que preside la estructura del contrato en nuestro derecho. O sea que para el Código no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos, a regular derechos, es un contrato: es preciso que su objeto sea susceptible de una apreciación pecuniaria, art. 1169, que lo delimita al campo patrimonial, en el ámbito de lo obligatorio, art. 1168, con la amplitud de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas creditorias, artículo 944. Quedando excluida la posibilidad de constituir o transferir, de una manera inmediata, relaciones jurídicas reales, art. 577 y concordantes" (Contratos, p. 39). Por su parte, GARRIDO y ZAGO definen al contrato "como un acto jurídico bilateral destinado a regular los derechos de las partes en el ámbito patrimonial" (Contratos civiles y comerciales, t. I, p. 92).

que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible" (art. 962).

Es difícil, o quizás imposible, ubicar los contratos celebrados por el Estado en el marco jurídico que prevé el Código Civil y Comercial (y anteriormente el Código Civil), de modo que el derecho creó un molde especial; esto es, los contratos administrativos².

Cabe mencionar que, según el Código Civil y Comercial, *"el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley"* (art. 1021)³. Al mismo tiempo, *"el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe"* (art. 1061), y es *"inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto"* (art. 1067).

Sin embargo, en los contratos estatales el Estado puede modificar unilateralmente el convenio y, a su vez, el contrato puede afectar a terceros, tal como ocurre en el caso de las tarifas en el marco del contrato de concesión de servicios públicos, entre otros caracteres propios y peculiares. El aspecto más relevante es la incorporación de las llamadas cláusulas exorbitantes. Pues bien, ¿cuáles son las cláusulas exorbitantes habitualmente incorporadas en los contratos de derecho público? Al menos a título de ejemplo enumeremos las siguientes. Así, el Estado puede: a) interpretar y modificar unilateralmente el contrato; b) prorrogarlo y, en su caso, c) revocar el acuerdo por su propio interés.

Es decir que en el derecho privado es indudable que el punto basal es la igualdad. A su vez, este principio está engarzado con otro postulado. ¿Cuál es este otro princi-

² Ver BALBÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cap. XXI.

³ En efecto, *"el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal"*; sin embargo, *"si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida"* (arts. 1022 y 1027, Cód. Civil y Comercial, respectivamente).

pio? El de la autonomía de las personas (voluntad y libertad individual). Así, "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958, Cód. Civil y Comercial). En igual sentido, "las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes" (art. 962). Es más, "los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos" (art. 960).

Pero, ¿pueden las partes convenir cualquier objeto, sin límites? En verdad no, pues el campo de libertad de las partes en el ámbito contractual privado tiene ciertos límites. Por ejemplo, "los derechos deben ser ejercidos de buena fe" (art. 9º, Cód. Civil y Comercial); "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público" (art. 12); "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 14); y "su contenido [contrato], dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958).

En particular, el art. 10 del Cód. Civil y Comercial establece que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"⁴.

⁴ "Si bien en la lesión puede darse la aparente libertad de contratación, ella deberá ser examinada en cuanto a sus efectos. Es así por cuanto, si bien en la lesión puede presentarse objetivamente la aparente libertad de contratar por no darse supuestos de incapacidad o de violación del orden público, el art. 954 del Cód. Civil permite examinar si al momento de la celebración una parte no ha abusado de la ignorancia, de la ligereza o de la inexperiencia de la otra parte, obteniendo una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada". A su vez, "el abuso del derecho tiene un carácter de norma general, como ya indicamos, y es amplia su recepción jurisprudencial como un medio para morigerar los efectos obligatorios de los contratos. Así se ha considerado que pretender obtener la totalidad del cumplimiento de una prestación mediante una contraprestación desprovista totalmente de valor es un ejercicio abusivo del derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres y es contrario a los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho" (GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, t. I, p. 353).

Cierto es entonces, como conclusión, que en el marco del derecho privado los principios son los siguientes: a) igualdad entre las partes; b) autonomía de la voluntad y libertad, salvo ciertos límites, y c) no afectación de terceros⁵.

¿Qué ocurre en el derecho público? Aquí partimos de estándares quizás opuestos; es decir, la desigualdad por un lado, y el marco autonómico de libertad mucho más limitado que en el derecho privado, por el otro. Es decir que la voluntad de las partes y su libertad están condicionadas por un marco jurídico más estrecho y condicionado.

Sin embargo, el principio de desigualdad, cuya expresión más evidente son las cláusulas exorbitantes, debe matizarse, porque no es ilimitado. Es decir, el Estado puede usar potestades extraordinarias mediante cláusulas exorbitantes, pero con límites.

Oviamente que el texto constitucional es un límite a tales potestades, en su contenido y ejercicio. ¿Es posible encontrar otras restricciones en el derecho positivo? Sí, los regímenes sobre contrataciones establecen cortapisas en el ejercicio de estas potestades.

Finalmente, cabe señalar que los contratos administrativos están regidos básicamente por el decr. delegado 1023/01, el decr. regl. 893/12 y la disp. 54/14 (no por el Código Civil y Comercial y sus normas complementarias).

B) LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS

§ 11. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Conviene aclarar que, en verdad, las cláusulas exorbitantes son aquellas que en el derecho privado constituyen disposiciones ilegítimas en los términos de los arts. 10 y 12

⁵ Por ejemplo, respecto de la igualdad entre las partes, cabe citar el art. 1068 del Cód. Civil y Comercial, según el cual "cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". Ver, también, los artículos ya citados sobre abuso del derecho (arts. 10 y 14).

del Cód. Civil y Comercial; es decir, que *“la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”* y que *“las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”*.

En principio, es posible sostener que el Estado goza de las facultades de interpretar, modificar y extinguir por sí mismo el contrato. En cambio, en el derecho privado las partes no pueden en principio hacerlo por sí mismas, sin acuerdo de la otra parte o mediante intervención del juez.

¿Cuál es el fundamento de las cláusulas exorbitantes? Básicamente, el cumplimiento del contrato por razones de interés público. Pues bien, ¿cuáles son las facultades exorbitantes en particular y cuál es su contenido?

En tal sentido, el art. 12 del decr. 1023/01, como ya adelantamos, es una buena guía en el camino que nos hemos propuesto⁶. Este precepto dice que el Estado, sin perjuicio de las otras facultades que estén previstas en la legislación específica, los reglamentos, los pliegos y los otros documentos contractuales, ejerce especialmente las siguientes potestades.

a) Interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. En particular, los “actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549”.

b) Dirigir, controlar e inspeccionar la ejecución del contrato y, en particular, inspeccionar las oficinas y los libros del contratante.

c) Calificar las situaciones de incumplimiento e imponer las penalidades.

d) Modificar el contrato por razones de interés público. Aumentar o disminuir el monto total del contrato hasta en

⁶ Ciertamente es que la ley de obras públicas y la ley de concesión de obras públicas también establecen ciertas prerrogativas estatales, pero de un modo desordenado. En síntesis, proponemos seguir el modelo del decr. 1023/01 por distintas razones; por un lado, es el régimen general de contrataciones y, por el otro, es más ordenado y sistemático que los regímenes especiales.

un 20%, y prorrogar los contratos de suministro y prestación de servicios por única vez y por un plazo menor o igual al del contrato inicial. En igual sentido, “los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549”.

e) Exigir el cumplimiento del contrato, salvo caso fortuito, fuerza mayor y actos o incumplimientos de las autoridades públicas nacionales o propios que tornen imposible la ejecución del contrato.

f) Recibir, aceptar o rechazar las prestaciones contractuales.

Las prerrogativas que hemos enumerado hasta aquí son propias del trámite de ejecución del contrato, en tanto que respecto de la extinción de éste cabe señalar, como prerrogativas estatales, las siguientes.

a) Revocar el contrato por sí y ante sí, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

b) Revocar por sí y ante sí el contrato por razones de ilegitimidad.

c) Rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista (caducidad), calificando los incumplimientos y las eventuales responsabilidades de éste.

d) Ejecutar directamente el objeto del contrato.

e) Apropiarse y ejecutar las garantías.

Pues bien, es necesario distinguir entre el aspecto sustancial, que consiste en que las cláusulas reconocen privilegios de fondo (el poder del Estado, y no así de los particulares, de modificar el acuerdo), y el lado procesal, que nos dice que tales poderes se ejercen y llevan a la práctica por el propio Ejecutivo contratante sin intervención del juez (ejecución forzosa de las modificaciones).

Volvamos sobre el *aspecto sustancial* de las cláusulas exorbitantes. Analicemos, entonces, si estas facultades son realmente ajenas al derecho privado, más allá de su cumplimiento o ejecución por el propio interesado (Poder Ejecutivo).

Veamos, el Estado puede: a) interpretar unilateralmente el contrato; b) dirigirlo; c) exigir el cumplimiento del con-

trato, aun cuando hubiere incumplido con sus obligaciones; d) imponer sanciones y penalidades; e) modificar por sí el contrato; f) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia e ilegitimidad, y g) rescindir el contrato por incumplimientos del contratista.

Estas cláusulas son en principio ajenas, en el sentido de reglas poco habituales o ilegítimas, por el desequilibrio y desigualdad entre las partes en el marco de los contratos propios del derecho privado.

Por ejemplo, en el derecho privado, las partes no pueden de modo unilateral interpretar el contrato, modificarlo o darlo por extinguido por razones de inoportunidad o ilegitimidad. En efecto, *"el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes"* (art. 1061, Cód. Civil y Comercial), y *"su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes"* (art. 959, Cód. Civil y Comercial).

En verdad es posible y necesario deslindar diversos niveles, a saber: a) el *reconocimiento de la regla* en el marco contractual (contenido exorbitante por reconocer cuasi privilegios); b) la *declaración de la regla* en el caso concreto (esto es, el poder de decir el derecho y aplicar así la regla en el desarrollo del contrato), y c) la *ejecución compulsiva del acto aplicativo* de la regla. De modo que las cláusulas exorbitantes deben analizarse desde estas tres vertientes. En verdad, una regla contractual es exorbitante cuando, según nuestro criterio, reúne estos caracteres de modo conjunto.

Analicemos, por ejemplo, el *régimen sancionador* (en particular, las multas) que es común al derecho público y privado, toda vez que el Código Civil y Comercial prevé, por ejemplo, las cláusulas penales en los contratos privados.

Así, por un lado, el inc. d del art. 12 del decr. 1023/01 establece que el Estado puede "imponer penalidades de las previstas en el presente régimen a los oferentes y a los contratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones". Por el otro, el art. 790 del Cód. Civil y Comercial, dice que *"la cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación"*. A su vez, el art. 791 señala que *"la cláusula penal*

sólo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero".

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre ambos regímenes? Por un lado, sin perjuicio de la regla (cláusula penal), el acreedor no puede imponer la pena por sí, sino que debe recurrir ante el juez (cuestión de fondo). Así, *"para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno"* (art. 794, Cód. Civil y Comercial).

A su vez, en el aspecto formal, cabe agregar que el acreedor no puede ejecutar la pena por sí mismo. Así, en el contrato del derecho privado el acreedor debe pedir la aplicación de las penas ante el juez; es decir, la imposición de la multa y, en su caso, su ejecución (cuestiones formales).

En el ámbito del derecho público no es así, porque el Poder Ejecutivo dicta el acto de imposición de las multas por sí (esto es, dice el derecho), e incluso puede hacer cumplir forzosamente el acto sancionador, sin intervención del juez.

En síntesis, los aspectos sustanciales y formales son distintos configurándose en el campo propio del derecho público y, con ese alcance, una cláusula exorbitante que es inusual e ilegítima por desigualitaria en el marco del derecho privado⁷. Así, la regla es quizá común, pero el poder de aplicarla y ejecutarla es propio del derecho público y ajeno al derecho privado.

Además, en el derecho privado los jueces pueden reducir las penas *"cuando su monto [sea] desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"* (art. 794, Cód. Civil y Comercial).

⁷ Imaginemos el siguiente caso en el derecho privado: el juez impone una pena, en los términos del contrato y de conformidad con el Código Civil y Comercial, a la parte incumplidora. ¿Puede, entonces, en tal caso, el otro contratista deducir del precio a pagar el monto de la pena? Consideramos que debe plantearlo necesariamente en sede judicial y, a su vez, el juez autorizarlo.

§ 12. REENVÍO AL DERECHO PRIVADO

El decr. 893/12 establece, en su art. 5º, que “los contratos comprendidos en este reglamento se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el decr. delegado 1023/01 y sus modificaciones, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en su consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente”.

Y, en particular, “supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía”.

Vale aclarar que el decr. 893/12 comprende los siguientes contratos “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” (cuyo ámbito material de aplicación es menor que el del decr. delegado 1023/01).

En sentido concordante el art. 1193 del Cód. Civil y Comercial regula el contrato de locación en los siguientes términos: “*si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo*” (“Locación”).

A su vez, ciertas reglas del contrato de locación de obra (p.ej., la obra en ruina, la extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino y el plazo de caducidad –arts. 1273, 1274 y 1275, Cód. Civil y Comercial–) también se aplican al derecho público. Y, además, las cláusulas sobre responsabilidad por vicios ocultos (art. 1051 y ss.), incorporadas en la teoría general de los contratos.

También cabe añadir aquí al contrato de leasing (art. 1227 y ss.) y al de fideicomiso (art. 1666 y ss.), entre otros, pues son figuras que se utilizan en el derecho público y carecen de regulación específica en este ámbito.

Es evidente, entonces, que en el derecho público de los contratos cabe aplicar el derecho privado (principios y reglas) por vía analógica o subsidiaria.

§ 13. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS EN PARTE POR EL DERECHO PRIVADO (APLICACIÓN DIRECTA POR REMISIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO)

Ciertos contratos celebrados por el Estado se rigen básicamente por el derecho privado (más allá de que aceptemos o no la categoría jurídica del “contrato privado celebrado por el Estado”). Por ejemplo, los contratos que celebran los entes que integran el *sistema bancario oficial* (el contrato de plazo fijo entre una entidad bancaria oficial y un ahorrista).

En efecto, es claro que los entes estatales –esto es, los entes autárquicos– están alcanzados por el decr. 1023/01; sin embargo, en el caso particular de los entes estatales del sistema bancario debe aplicarse el respectivo estatuto y, sólo luego y en caso de lagunas, el decr. 1023/01. A su vez, si se tratase de entidades bancarias oficiales constituidas como sociedades del Estado o sociedades anónimas de propiedad estatal, el contrato respectivo (contratos de depósitos bancarios, entre otros) se rige lisa y llanamente por el derecho privado y los principios del derecho público.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial ordena que “*las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable*” (art. 1378).

En tal supuesto, la aplicación del derecho privado es directa y no analógica o subsidiaria.

Pues bien, es importante advertir que existe otro mundo de contratos celebrados por el Estado que escapan a las categorías anteriores y están regulados por normas del *derecho privado* y no por el derecho público; sin perjuicio de

que, según nuestro criterio, cabe aplicarles los principios generales del derecho administrativo.

Así, es necesario advertir sobre los múltiples contratos que están excluidos de los marcos jurídicos de derecho público que hemos descrito en los párrafos anteriores, como los siguientes.

a) Los fondos fiduciarios. Si bien éstos han sido incorporados en el inc. b del art. 8° de la ley de administración financiera (ley 24.156), de modo que cabe aplicarles las reglas sobre administración financiera y control estatal, el decr. 1023/01 excluyó de su ámbito de aplicación. Así, el titular de estos fondos integrados con recursos públicos puede contratar con terceros por el régimen jurídico propio del derecho privado⁸.

b) Las sociedades anónimas de propiedad estatal, que se rigen —en principio— por el derecho privado.

§ 14. REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

El decr. 1023/01 establece que pueden contratar con el Estado las personas con capacidad para obligarse en los términos del Código Civil⁹, y que estén incorporadas en la

⁸ Cabe recordar que el art. 1666 del Cód. Civil y Comercial dice que "hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario". Por su parte el art. 1° de la ley 24.441 (derogado por ley 26.994) establecía que "habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

⁹ El Código Civil y Comercial dispone que "no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona" (art. 1001). Asimismo, "no pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados" (art. 1002). Por su parte, el art. 1160 del

base de datos que lleve la Oficina Nacional de Contrataciones (Sistema de Información de Proveedores)¹⁰. A su vez, el decreto excluyó a ciertas personas. En efecto, no pueden contratar con el Estado: a) las personas físicas y jurídicas que hubiesen sido suspendidas o inhabilitadas en su carácter de contratistas del Estado, según el régimen jurídico vigente; b) los agentes públicos y las empresas en que éstos tengan una participación suficiente para formar la voluntad social, en razón de la incompatibilidad o conflictos de intereses; c) los condenados por delitos dolosos, por un tiempo igual al doble de la condena; d) las personas procesadas por delitos contra la propiedad, la Administración, la fe pública y los delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción; e) las personas físicas y jurídicas que no hubieren cumplido con sus obligaciones tributarias o de previsión y, por último, f) las personas físicas y jurídicas que no hubieren rendido cuentas respecto de fondos públicos otorgados en concepto de subsidios (art. 28, decr. delegado 1023/01)¹¹.

Cód. Civil (sustituido por el Código Civil y Comercial) establecía que "no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores". GARRIDO y ZAGO advierten que "además de la problemática creada por el artículo 1160 con su enunciado cuya crítica ya hemos formulado, VÉLEZ SÁRSFIELD en el tratamiento de los contratos en particular incluyó disposiciones relativas a la prohibición de celebrar determinados contratos a personas en especial, determinadas específicamente en cada una de las normas que contenían el precepto que no permitía la concertación del vínculo obligacional entre las partes" (*Contratos civiles y comerciales*, t. 1, p. 234). Por su lado, MOSSET ITURRASPE aclara que "para formar el consentimiento no es suficiente que las voluntades hayan cumplido con el proceso interno... y la posterior exteriorización; es preciso, además, que los sujetos del negocio jurídico tengan la aptitud que se denomina capacidad" (*Contratos*, p. 159).

¹⁰ Ver arts. 25 y 27 del decr. delegado 1023/01, y art. 228 y ss. del decr. regl. 813/12.

¹¹ Ver, también, art. 84, inc. h, decr. regl. 893/12. Cabe agregar, simplemente, que el decr. 1023/01, antes de la modificación introducida por la

Pues bien, ¿quiénes pueden obligarse según el Código Civil y Comercial? El art. 1001 establece que *"no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona"*.

Por su parte, el art. 24 dispone que *"son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente... [menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años]; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión"*.

§ 15. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

El Código Civil y Comercial, en su art. 1061 dice que *"el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe"*.

A su vez, el codificador establece las siguientes reglas interpretativas respecto de los contratos.

a) *La interpretación literal.* Pues bien, *"debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad"*, siempre que exista una disposición legal o convencional que establezca *"expresamente una interpretación restrictiva"* (art. 1062, Cód. Civil y Comercial).

b) *La interpretación gramatical, según el criterio del lenguaje natural.* En efecto, *"las palabras empleadas en el con-*

ley 25.563 sobre concursos y quiebras, incluía como causal de inhabilitación en el ámbito contractual al caso de "los fallidos, concursados e interdictos, mientras no sean rehabilitados". Esta última restricción fue eliminada del decr. 1023/01 mediante la citada reforma a la ley de concursos y quiebras. Sin embargo, es necesario recurrir a la ley 24.522, con el objeto de completar e interpretar el marco jurídico y, en este sentido, no parece razonable equiparar sin más el caso de los fallidos con el de los concursados. Cabe señalar, finalmente, que a las causales de inhabilitación previstas en la legislación mencionada deben sumarse aquellas que se establecen en otras normas complementarias. Por caso, la imposibilidad de adjudicar contratos por un plazo de tres a diez años a las empresas que incumplan el régimen del Compre Nacional (art. 10, ley 25.551).

trato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato". Y, a su vez, *"se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta"* (art. 1063, Cód. Civil y Comercial).

c) *La interpretación contextual o sistemática.* Así, *"las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto"* (art. 1064, Cód. Civil y Comercial).

d) *La interpretación histórica.* De acuerdo con el art. 1065 del Cód. Civil y Comercial, *"cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración"*. En igual sentido, *"la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto"* (art. 1067).

e) *La interpretación finalista.* La conservación del contrato y la igualdad entre las partes. El inc. c del art. 1065 agrega como fuente de interpretación, en los casos en que no basta el significado de las palabras interpretado contextualmente, *"la naturaleza y finalidad del contrato"*. En particular, *"si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato"* (art. 1066). Por último, *"cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes"* (art. 1068)¹².

¹² Por su parte, el Código de Comercio, en su art. 217, establecía que *"las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido*

¿Cabe aplicar estas normas sobre interpretación del derecho privado y, en particular, de los contratos civiles y comerciales a los contratos administrativos? ¿Es posible, entonces, recurrir al art. 2º del Cód. Civil y Comercial, y aplicar, luego, el criterio que prevé el art. 1061 y concs. del Cód. Civil y Comercial?

Recordemos que el art. 2º del Cód. Civil y Comercial, establece que la ley civil debe interpretarse según los siguientes criterios.

- a) Las palabras de la ley.
- b) Sus finalidades.
- c) Las leyes análogas.
- d) Las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos.
- e) Los principios y valores jurídicos.

Sin embargo, en el marco del derecho público el concepto quizá más aceptado es que el Estado debe interpretar el contrato según el interés público comprometido y, a su vez, imponer su criterio sobre el contratista (esto es, decir el derecho) y con alcance ejecutorio (o sea, de modo coacti-

que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo". Luego el art. 218 establecía que debían seguirse las siguientes bases en el método interpretativo: "habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos"; "las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuando el que corresponda por el contexto general"; "las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad"; "los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato"; "los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos"; "el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras", y "en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación".

vo —sin perjuicio de que el destinatario pueda recurrir ante el juez—).

En otros términos, el criterio es la aplicación del bloque normativo (reglas de derecho público, reglas del derecho privado y, finalmente, principios generales). En este contexto, *la regla hermenéutica básica es el interés colectivo*.

Entonces, el Estado debe resolver cualquier controversia que surja entre él y el contratista sobre la interpretación y el alcance del contrato y resolverlo por sí mismo, con carácter obligatorio y coactivo; es decir, sin suspensión de las prestaciones, y sin intervención del juez¹³. Éste es un aspecto sumamente relevante, porque los conflictos alrededor del contrato no suspenden el cumplimiento ni la continuidad de éste.

Pero, ¿puede el Estado interpretar de cualquier modo el contrato? Obviamente que no, sino que —como ya dijimos— debe hacerlo de conformidad con el bloque normativo vigente. Una de las directrices básicas —además del principio de legalidad y el interés colectivo que persigue el Estado— es el *principio de la buena fe* entre las partes¹⁴. Cabe mencionar, en tal sentido, los arts. 9º, 1061 y 1067, del Cód. Civil y Comercial.

La Corte Suprema sostuvo que "no es ocioso recordar que todo contrato —sea cual fuere su naturaleza— debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obran-

¹³ "La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica del recurso contencioso administrativo en su aplicación al contrato administrativo. En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato" (GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 676).

¹⁴ Ver, entre la jurisprudencia de la Corte Suprema, el caso "Oca" ya citado (*Fallos*, 321:174).

do con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público¹⁵.

Por su parte, el decr. 1023/01 establece que "la autoridad administrativa... especialmente tendrá: a) la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento". Pero, además, agrega que "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549 y sus modificatorias". Por su parte, el decr. regl. 893/12 establece que "todos los documentos que rijan el llamado, así como los que integren el contrato serán considerados como recíprocamente explicativos. En caso de existir discrepancias se seguirá el siguiente orden de prelación: a) decr. delegado 1023/01...; b) las disposiciones del presente reglamento; c) las normas que se dicten en consecuencia del presente reglamento; d) el pliego único de bases y condiciones generales aplicable; e) el pliego de bases y condiciones particulares; f) la oferta; g) las muestras que se hubieran acompañado; h) la adjudicación; i) la orden de compra, de venta o el contrato, en su caso" (art. 99).

En síntesis, el Estado debe resolver las dudas sobre la interpretación del contrato y dictar los actos consecuentes que gozan de presunción de legitimidad y cuya fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlos en práctica por sus propios medios.

§ 16. REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Si bien el decreto delegado y, en parte, el decreto reglamentario regulan los distintos supuestos de modificación o extinción de los contratos (p.ej., el art. 13, decr. delegado 1023/01), cierto es que el legislador no desarrolló en el contexto de tales situaciones jurídicas particulares (teoría de la

¹⁵ Fallos, 311:971; 316:212. Más recientemente, el tribunal sostuvo que, "en tales condiciones, la intimación a la firma de la mentada 'acta acuerdo'... en el término perentorio de veinticuatro horas y bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta, parece contraria al deber de buena fe al amparo del cual deben celebrarse los contratos administrativos" (CSJN, 5/9/06, "Astarsa SA y otros c/Estado nacional", JA, 2007-I-83).

imprevisión; caso fortuito, hecho del príncipe y así sucesivamente) cómo distribuir los riesgos consecuentes entre las partes.

Por tanto, cabe preguntarse qué dice el Código Civil y Comercial en tales casos y si es posible aplicar tales soluciones al derecho público.

a) *EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*. En primer lugar, es necesario aclarar conceptualmente cuál es el contenido de la excepción de incumplimiento contractual en los términos del art. 1031 del Cód. Civil y Comercial. Este precepto establece que "en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción". Es más, el art. 1032 expresa que "una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia"¹⁶.

El demandado sólo debe oponer la excepción de incumplimiento –en el marco de los incidentes– y, por su parte, el demandante es quien debe probar el cumplimiento de sus obligaciones, el ofrecimiento de cumplirlas o, en su caso, que su obligación es a plazo.

Es importante destacar que el objeto de la excepción de incumplimiento es simplemente rechazar la pretensión de cumplimiento, no extendiéndose al campo de la resolución del contrato, como sí ocurre respecto del pacto resolutorio o comisorio.

Por ello, en el marco de la excepción, el derecho del actor a exigir el cumplimiento del acuerdo "no es negado, queda subsistente, pero se le opone otro derecho que lo torna total o parcialmente ineficaz" en ese momento¹⁷. Sin embargo, otros autores consideran que la excepción no es una cues-

¹⁶ Este artículo agrega que "la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado".

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 370.

ción procesal sino, además, sustancial en el trámite de cumplimiento de los contratos¹⁸.

¿Cabe aplicar la excepción de incumplimiento contractual en el ámbito del derecho público? Sí, pues el propio decr. delegado 1023/01 dice que el contratante tiene "la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo... incumplimientos... de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

De modo que sólo en este caso extremo (incumplimientos sumamente graves del Estado), y si éste pretende -por ejemplo- compeler al particular judicialmente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, éste puede oponer la excepción bajo estudio.

En estas circunstancias, el particular -además de oponer dicha excepción- debe reconvenir por rescisión contractual, en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Estado; es decir, reclamar ante el juez la extinción del acuerdo, porque éste se tornó de cumplimiento imposible -inc. c, decr. 1023/01-.

En este contexto, entonces, el único camino posible es la rescisión contractual, y no simplemente la excepción de incumplimiento, en el marco del proceso iniciado por el Estado.

Cabe aclarar que, en principio, no es necesario que el Estado inicie el proceso judicial con el propósito de compeler al particular al cumplimiento de sus obligaciones convencionales, a menos que se trate de casos excepcionales; por ejemplo, por la naturaleza de las prestaciones. En efecto, salvo tales casos (*obligaciones intuitu personae*), el Poder Ejecutivo no necesita iniciar acciones judiciales con el objeto de reclamar al cocontratante el cumplimiento del contrato,

¹⁸ "Nos encontramos ante una excepción dilatoria, no en el sentido procesal, sino sustancial, es decir, como defensa de fondo fundada en el incumplimiento de una obligación contractual... En efecto, es una excepción que si bien deja subsistente el derecho del actor, funda con respecto al demandado, el derecho de rehuir su cumplimiento hasta determinado tiempo o para siempre" (MERTSEHIKIAN, *Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos*, en Jornadas de la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1999).

sino que decide por sí mismo y sin intervención judicial (ejecución forzosa, por terceros o rescisión del acuerdo).

Pensemos el siguiente caso: el Estado resuelve modificar el objeto del contrato por más de un 20%. El contratante debe continuar con el cumplimiento de sus obligaciones e iniciar las acciones judiciales por rescisión del contrato y, en ese cuadro judicial, solicitar ante el juez el dictado de una medida cautelar que ordene la suspensión del contrato.

A su vez, si en tales circunstancias (el cocontratante suspende de hecho el contrato) y el Estado decide iniciar acciones judiciales por cumplimiento del acuerdo, entonces el contratista debe, igual que en el caso anterior, reconvenir por rescisión contractual y peticionar -en ese marco- la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Téngase presente que el Estado puede por sí solo rescindir el contrato por culpa del contratista y ejecutar directamente el contrato por sí o por terceros. Habitualmente, el Estado recorre este camino, sin perjuicio de que puede exigir el cumplimiento del contrato -por sí mismo o, cuando no sea posible, por medio del juez-. En este supuesto, el particular sólo puede oponer la excepción de incumplimiento de las obligaciones del Estado cuando éste haya tornado imposible la ejecución del acuerdo. De todos modos, en este contexto, el objeto central bajo debate es la rescisión contractual más que la excepción de incumplimiento. ¿Por qué? Porque en el marco del derecho público la excepción sólo procede cuando se torne "imposible la ejecución del contrato".

La Corte Suprema, en el antecedente "Cinplast", sostuvo que "el agravio referente a que no está verificada la razonable imposibilidad de la actora de cumplir las obligaciones frente al incumplimiento de la otra parte... demuestra con suficiencia que el hecho de la demandada no provocó en el cocontratante una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo, según la documentación agregada e informe pericial"¹⁹.

¹⁹ CSJN, 2/3/93, "Cinplast y IAPSA c/Entel s/ordinario", Fallos, 316:212.

En síntesis, cuando el incumplimiento de las obligaciones del Estado torne "imposible la ejecución del contrato", el particular puede dejar de cumplir sus obligaciones y, en su caso, oponer la excepción de incumplimiento contractual frente a las pretensiones del Estado en el marco de un proceso judicial concreto. En caso contrario —esto es, cuando el incumplimiento del Estado no torne imposible el cumplimiento del acuerdo—, el particular debe continuar con sus obligaciones, en tanto el juez no decreta su rescisión.

b) *EL HECHO DEL PRÍNCIPE. DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL RÉGIMEN DEL DERECHO PRIVADO. LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS.* ¿Qué es el hecho del príncipe? Es un acto u omisión de las autoridades públicas de carácter imprevisible que incide en el trámite de ejecución del contrato, causándole daños al contratante. Es importante remarcar que las conductas estatales constitutivas del hecho del príncipe no son propias del órgano o ente contratante, sino de otros poderes, órganos o entes del Estado. A su vez, cabe remarcar que el hecho del príncipe es de carácter imprevisible.

¿Cómo está regulado el hecho del príncipe en el ordenamiento jurídico positivo? El decr. delegado 1023/01 establece que el contratante tiene la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo *actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales* de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

A su vez, la ley de obras públicas establece que el contratista tiene derecho a la indemnización de las pérdidas y perjuicios causados por "culpa de los empleados de la Administración, o de fuerza mayor o caso fortuito", y luego agrega que "para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) los que tengan causa directa en actos de la Administración pública, no previstos en los pliegos de licitación". De modo que en la obra pública el hecho del príncipe es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, no cabe indemnizar al contratante por el lucro cesante ni por los gastos improductivos (conf., arts. 53 y 54, ley 13.064).

¿Cómo deben distribuirse los riesgos? Una interpretación plausible es que sólo comprende el daño emergente y

no el lucro. ¿Por qué? Porque cuando el Estado revoca por razones de interés público, el legislador sólo reconoce —en términos expresos— el daño emergente y no así el lucro cesante y, siguiendo este razonamiento, otro tanto debe ocurrir con el hecho del príncipe, que es un claro caso de extinción del contrato por razones de interés público.

Sin embargo, este criterio debe ser matizado en los siguientes términos; a saber: si el hecho del príncipe (conducta estatal) es ilegítimo, el Estado contratante debe reparar el daño y el lucro; si, por el contrario, el hecho es legítimo, entonces el cocontratante sólo puede reclamar por el daño. En ambos casos, por aplicación de los principios generales sobre el alcance de la responsabilidad estatal por sus conductas (acciones u omisiones) y la ley especial sobre responsabilidad del Estado. En efecto, "la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas", pero "en caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria" (art. 10, ley 26.944)²⁰.

Más puntualmente, el Código Civil y Comercial nos puede ayudar a completar el cuadro en tanto establece los siguientes criterios en caso de rescisión unilateral, revocación o resolución del contrato; a saber: 1) la restitución de lo que han recibido en razón del contrato, en términos recíprocos y de modo simultáneo; 2) "las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, sin son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación", y 3) en las restituciones a favor del acreedor deben sumarse: a) las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación; b) la utilidad frustrada, y c) otros daños (art. 1081, Cód. Civil y Comercial)²¹.

²⁰ A su vez, el art. 5° indica que "en ningún caso [responsabilidad estatal por actividad legítima] procede la reparación del lucro cesante".

²¹ Por su parte, el art. 1082, añade que "la reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro [Responsabilidad civil], y en las disposiciones especiales para cada contrato; b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado".

En síntesis, el daño comprende los conceptos descriptos en los incs. *a* y *b* y, por su parte, el lucro el inc. *c* del art. 1081, detallado en el párrafo anterior.

Finalmente, el Código Civil y Comercial añade, en sentido concordante, que el daño debe ser reparado en los casos y con el alcance que prevé el capítulo del Código sobre responsabilidad.

Asimismo, desde el análisis de los precedentes de la Corte Suprema es posible inferir que el alcance de la indemnización por el hecho del príncipe debe ser pleno, de modo que comprende al daño emergente y al lucro cesante. Esto surge –según nuestro criterio– de los casos “Sánchez Granel”²², “Ruiz Orrico”²³ y “El Jacarandá”²⁴.

¿Es posible recurrir a la ley de obras públicas con el objeto de fijar el alcance de la indemnización? Entendemos que no por dos razones. Por un lado, la ley establece un marco jurídico más específico que no cabe, por tanto, trasladar al marco general sobre las contrataciones estatales, según los criterios hermenéuticos comúnmente aceptados (p.ej., sobre la distribución de los riesgos ante el caso fortuito en la obra pública). En efecto, el marco específico se nutre del general, pero este último no se suple con los mandatos especiales. Por el otro, el criterio de la ley 13.064, en este punto, es más restrictivo que el decr. delegado 1023/01 y sus normas supletorias (ley 26.944), y no corresponde, por vía analógica, aplicar reglas más limitativas de derechos. Cabe recordar que en materia de obra pública, en tanto el hecho del príncipe está encuadrado como caso fortuito, cabe indemnizar sin el reconocimiento del lucro y los gastos improductivos (conf. arts. 39, 53 y 54, LOP).

A su vez, es obvio –tal como establece el decreto reglamentario– que en este caso no corresponde aplicar penalidades, porque no existe incumplimiento del particular (art. 120).

²² CSJN, 20/9/84, “Sánchez, Granel, Obras de Ingeniería SA c/Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*, 306:1409.

²³ CSJN, 24/5/93, “Ruiz Orrico, Juan C. c/Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, *Fallos*, 316:1025.

²⁴ CSJN, 28/7/05, “El Jacarandá SA c/Estado nacional”, *LL*, 2006-A-828.

c) *LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. REGULACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO. RECEPCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO. DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS.* La teoría de la imprevisión consiste en la existencia de hechos extraordinarios, imprevisibles, sobrevinientes y ajenos a las partes, que producen un excesivo sacrificio para cualquiera de éstas en el marco de la relación contractual. Es decir, hechos que eran imprevistos e imprevisibles por las partes contratantes al momento de celebrarse el contrato.

La ley de obras públicas (13.064), de 1947, no prevé el supuesto de revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente. Sin embargo, el legislador incorporó el caso fortuito y la fuerza mayor como aquellos “acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos”. Pero, ¿cuál es, entonces, la diferencia entre, por un lado, el caso fortuito y fuerza mayor y, por el otro, la imprevisión?

En ambos supuestos estamos ante acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; sin embargo, el caso fortuito o fuerza mayor hace imposible el cumplimiento contractual, en tanto el estado de imprevisión simplemente dificulta o imposibilita, *con carácter transitorio*, la ejecución del contrato. De ahí que en el primer caso sólo procede la extinción del vínculo y, en el segundo, la recomposición del contrato o, en su caso, la resolución de éste²⁵. Luego veremos que en el contrato de obra pública no es así, pues el caso fortuito ha sido también regulado e interpretado como un supuesto de suspensión y recomposición contractual (art. 39, LOP).

Por su parte, el Código Civil y Comercial establece que “*si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o per-*

²⁵ Ciertos autores marcan otras diferencias entre ambos institutos. Ver, en tal sentido, ALTERINI, *Contratos. Teoría general*, p. 449. Así, dice este autor que “en aquél [caso fortuito] existe una imposibilidad jurídica de cumplir y, por lo contrario, en ésta la imposibilidad es económica; 3. El caso fortuito se aplica a los ámbitos contractual y extracontractual, en tanto la imprevisión sólo juega en el campo contractual, y en determinados supuestos; 4. El caso fortuito es anterior al cumplimiento, mientras la excesiva onerosidad puede surgir antes o después de satisfecha la prestación”.

manente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".

Así, la decisión judicial sobre el reajuste o resolución del contrato, en los términos del art. 1091 del Cód. Civil y Comercial, sólo procede cuando están presentes los siguientes presupuestos:

1) La alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración; es decir, acontecimientos no habituales según el curso normal y habitual de las cosas o imposibles de prever —aun cuando el sujeto hubiese actuado de modo diligente—. Por tanto, el hecho imprevisible no es propio del riesgo o álea del contrato.

2) Las relaciones entre las circunstancias extraordinarias e imprevisibles y la excesiva onerosidad sobreviniente.

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la teoría de la imprevisión? Básicamente la parte perjudicada puede plantear de manera extrajudicial, iniciar acciones judiciales por recomposición o, en su caso, resolución del contrato.

Es cierto que el Código sólo prevenía —en principio y en términos literales— el supuesto de extinción del contrato, salvo que el contratante beneficiado intentase la recomposición del acuerdo. Sin embargo, en su momento se interpretó que el sujeto perjudicado estaba autorizado a iniciar acciones por resolución o adecuación de los compromisos contractuales.

El Código Civil y Comercial es claro, en tanto el art. 1091 establece que la parte afectada tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, "la resolución

total o parcial del contrato, o su adecuación"²⁶. De modo que el contratante perjudicado puede reclamar o demandar por la recomposición o resolución del acuerdo y, por su parte, el contratante beneficiado puede oponerse a la resolución, intentando la adecuación del convenio. A su vez, es posible que, si el contratante beneficiado iniciase el reclamo o las acciones judiciales por cumplimiento del contrato, la contraparte oponga la excepción por imprevisión con alcance resolutivo o de recomposición del equilibrio.

El legislador tachó dos ideas del texto anterior. Por un lado, la posibilidad del contratante beneficiado de impedir la resolución "ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato". Sin embargo, este concepto se deduce implícitamente del texto actual. Es decir, cualquiera de las partes puede intentar el camino de la readecuación o la resolución en tales circunstancias, pero si al menos una de las partes contratantes optase por la recomposición, entonces el juez debe restituir el equilibrio y darle continuidad al contrato.

Por el otro, "no procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora". En efecto, el texto del art. 1091, ya no exige la diligencia del contratante perjudicado como condición de la aplicación de la imprevisión. Y es razonable, pues la alteración extraordi-

²⁶ En términos propios del derecho civil, no era razonable reconocer el derecho del contratante beneficiado de aceptar la resolución o —en su caso— intentar recomponer el contrato y, a su vez, sólo reconocer el derecho del contratante perjudicado de resolver el acuerdo y no así el de modificarlo o, digámoslo con mayor precisión, de demandar ante el juez la recomposición del convenio. En tal sentido, "hemos anticipado, una y otra vez, que la excesiva onerosidad sobreviniente acuerda al deudor perjudicado una acción por revisión del contrato, que puede conducir a su modificación o a su resolución, siendo susceptible de esgrimirse por vía de excepción... Si bien es cierto que la ley habla de resolución solamente, no niega la revisión o modificación y, más aún, se la concede al beneficiado. La extinción del contrato, por la vía de la resolución, importa un remedio mayor que debe, por lógica, encerrar otro menor, como es la modificación... Conceder la resolución y negar la modificación contradice el principio superior de conservación del contrato. Y, finalmente, no es razonable colocar al beneficiado como árbitro de la subsistencia o extinción del contrato y negar igual derecho al perjudicado, puede este último tener interés en que el contrato vuelva a la equidad y no en que se extinga" (MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 321).

naria de las circunstancias y la excesiva onerosidad sobreviniente son ajenas al incumplimiento de las obligaciones del contratante perjudicado.

¿Es aplicable la teoría de la imprevisión al derecho público? ¿En qué términos?

Por un lado, el régimen general de contrataciones señala que el contratista tiene "el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (art. 13, decr. 1023/01). De modo que el decreto delegado prevé y regula por sí mismo el instituto de la imprevisión, que coincide sustancialmente con el régimen del Código Civil y Comercial²⁷.

Si bien el codificador previó –en tales casos y expresamente– el derecho a resolver o recomponer el contrato, el decr. 1023/01 sólo incluyó en términos literales la posibilidad de reequilibrarlo. Sin embargo, el derecho de resolución del acuerdo nace –según nuestro parecer y en el campo del derecho público– de un criterio hermenéutico integral del decreto. Así, el derecho de resolución del particular cocontratante en caso de imprevisión, sólo es posible cuando el hecho extraordinario e imprevisible torne imposible la ejecución del contrato.

Sin embargo, entendemos que la diferencia entre ambos marcos jurídicos (público/privado) es que el Estado, cuando fuese parte perjudicada, no debe recurrir judicialmente con el objeto de revisar o resolver el contrato, sino que puede hacerlo por sí y ante sí. Por su parte, el particular debe recurrir ante el juez solicitándole su recomposición o resolución, salvo en caso de acuerdo extrajudicial con el Estado.

Pues bien, la regla básica es que en el camino de la recomposición las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones, porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de éstas.

Pero, ¿el juez debe recomponerlo o resolverlo, en caso de desacuerdo entre las partes? Y, a su vez, ¿cuáles son las

²⁷ El laudo 20/4 del CIADI consideró que la crisis de nuestro país de 2001 no constituyó un hecho imprevisible, pero aun así ordenó el pago de una indemnización en razón del sacrificio compartido entre las partes.

consecuencias en el supuesto de resolución del contrato? Es más, en tal caso, ¿cómo deben distribuirse los riesgos y las pérdidas consecuentes? Asimismo, si se recompone el acuerdo, ¿cómo se distribuyen los riesgos y se reequilibra el contrato?

Entendemos que, por un lado, el juez puede recomponer el contrato aun en caso de desacuerdo entre las partes, siempre que al menos una de éstas hubiese solicitado el reequilibrio del convenio. Aquí no procede el reconocimiento del daño emergente ni el lucro cesante, sino simplemente la compensación entre las partes. Así, las partes deben participar de los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, no debe interpretarse que los riesgos se distribuyen en términos igualitarios sino equitativos; es decir, del modo que logren recomponer el equilibrio originario, según las cláusulas del convenio. En definitiva, la mayor onerosidad no debe dividirse en partes iguales, sino en términos equilibrados y de conformidad con el marco contractual original.

Por el otro, en el supuesto de resolución del compromiso –por pedido y acuerdo entre partes–, la extinción no alcanza a los efectos ya cumplidos (prestaciones firmes y equivalentes) y las partes no pueden reclamar los daños, sino que cada uno debe afrontar los riesgos consecuentes, sin perjuicio de la restitución de las prestaciones pendientes y no firmes (p.ej., si el particular cocontratante entregó los bienes y el Estado no pagó el precio convenido, en cuyo caso el Estado debe pagar el precio original).

d) *RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS.* En primer lugar, vale recordar que son el caso fortuito y la fuerza mayor. Dice el Código Civil y Comercial que "se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario". Cabe agregar que "este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos" (art. 1730)²⁸.

²⁸ El art. 514 del antiguo Cód. Civil establecía que "caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse". Por su

En particular, el legislador previó en el Código Civil y Comercial la frustración de la finalidad. Así, *“la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra”*. Finalmente, *“si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”* (art. 1090).

Así pues, la fuerza mayor y el caso fortuito son hechos de la naturaleza o del hombre, y claramente ajenos a las partes.

Por su lado, el decr. 1023/01 señala que el contratante está obligado a cumplir con las prestaciones por sí mismo y en todas las circunstancias, *“salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural... de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”* (art. 13, inc. c). Y el decreto reglamentario añade que no corresponde aplicar las penalidades cuando *“el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor”*, debidamente documentado y aceptado por la jurisdicción. A su vez, tal circunstancia *“deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los diez días de producido o desde que cesaren sus efectos”*. Es más, *“transcurrido dicho plazo no podrá invocarse el caso fortuito o la fuerza mayor”* (art. 120).

Cabe señalar que, en el marco del derecho público, y particularmente el decr. 1023/01, el caso fortuito y la fuerza mayor son *“de carácter natural”*; y en el caso de la ley de obras públicas, 13.064, tales conceptos comprenden no sólo los acontecimientos de origen natural extraordinarios que

parte, el art. 513 disponía que *“el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor”*.

le impiden al contratista la adopción de medidas necesarias para prevenir sus efectos, sino también *“los que tengan causa directa en actos de la Administración pública”*.

El decreto delegado (marco general) no indica cómo se distribuyen los riesgos ante el caso fortuito y la consecuente resolución del contrato. Por eso, cabe recurrir a los mandatos del Código Civil y Comercial, de modo que: 1) las partes deben restituirse, en la medida de lo posible, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor; 2) las restituciones deben ser recíprocas y simultáneas, y 3) las prestaciones cumplidas quedan firmes. *En definitiva, cada parte debe asumir los riesgos propios del caso fortuito* (art. 1080 y concs., Cód. Civil y Comercial).

¿Es posible recurrir a la ley de obras públicas con el objeto de fijar el alcance de la indemnización por caso fortuito? Entendemos que no, pues la ley 13.064 establece un marco jurídico más específico que no cabe, por tanto, trasladar al marco general sobre las contrataciones estatales, según los criterios hermenéuticos comúnmente aceptados.

Cabe recordar que la ley de obras públicas establece que el contratista tiene derecho a rescindir —según nuestro esquema, el concepto más apropiado es *resolver*— el convenio *“por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato”* (art. 53, ley 13.064). Es más, el particular puede reclamar por los daños, sin perjuicio de que el art. 54, inc. f, de la ley rechace el lucro cesante.

En efecto, dice la ley que, producida la rescisión del contrato por el particular, las pérdidas, perjuicios y daños *“serán soportados por la Administración”*; es decir, el *“importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras”* que el contratista no desee retener, y *“los materiales acopiados y los contratados en viaje o en elaboración, que sean de recibo”*. Sin embargo, *“no se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas”* (arts. 39 y 54, ley 13.064). El Estado debe, pues, indemnizar y su alcance es el daño emergente con exclusión del lucro cesante y los gastos improductivos.

Así, cuando el contrato deba ser resuelto por acontecimientos externos –tal es el caso de la fuerza mayor o el caso fortuito–, el Estado debe hacerse cargo de las indemnizaciones y su monto sólo comprende el daño emergente, con exclusión del lucro cesante²⁹.

Asimismo, el art. 39 de la LPO ordena que, cuando las “pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de empleados de la Administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la Administración pública”. Así, “para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) los que tengan causa directa en actos de la Administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) los acontecimientos de origen natural extraordinario y de características tales que impidan al contratista la adopción de medidas necesarias para prevenir los efectos. Para tener derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo, el contratista deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos y en las condiciones que determinen los pliegos especiales de cada obra. En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato”.

Entonces, ¿cuáles son los preceptos a aplicar en el caso fortuito? ¿El art. 39 o los arts. 53 y 54 de la LOP?

En este punto es posible ensayar distintos caminos interpretativos. Por un lado, el art. 39 sólo prevé el supuesto en que el caso fortuito es planteado por el Estado (extinción contractual) y, por su parte, los arts. 53 y 54 de la LOP, cuando el contrato es resuelto por caso fortuito a pedido del cocontratante; por otro lado, los arts. 53 y 54 regulan el caso fortuito más allá de su planteo en términos resolutorios por el Estado o el particular, mientras que el art. 39 se refiere a los supuestos de suspensión del contrato por caso fortuito.

Dijo la Corte Suprema que “cuando el contratista rescinde el contrato por alguno de los motivos que prevé el

²⁹ A su vez, el Estado no aplicará las penalidades del caso cuando el incumplimiento del contratista esté fundado en caso fortuito o fuerza mayor y debidamente documentado.

art. 53, tiene derecho al resarcimiento de los rubros que señala el art. 54 [ambos de la ley 13.064], entre los que se encuentra el que corresponde a los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato. Sin embargo, este último concepto no procederá si la rescisión fue por razones de caso fortuito o fuerza mayor, porque así lo establece el último párrafo del ya citado art. 54”. De todos modos, “no se encuentra excluido del plexo normativo indicado la posibilidad de que se liquide a favor del contratista una indemnización del daño emergente que comprenda los gastos improductivos en los que hubiera incurrido antes de la rescisión contractual”³⁰.

Pero, ¿por qué el Estado asume el riesgo y consecuente pago de ciertos daños cuando el hecho extintivo del contrato es ajeno a él? El legislador puede válidamente, en términos constitucionales, prever o no el pago de los daños por el propio Estado, de modo que en tal caso el particular no debe incluir entre sus previsiones –al momento de ofertarlos daños y perjuicios eventuales por caso fortuito. Cabe sí recordar que, en el derecho privado, el comitente no asume los riesgos propios del caso fortuito o fuerza mayor, salvo en ciertos supuestos³¹.

e) *EL PACTO COMISORIO EN EL DERECHO PÚBLICO.* El pacto comisorio es “la cláusula en virtud de la cual se estipula, por la voluntad de las partes, la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de una de ellas”³². Tengamos

³⁰ CSJN, 14/5/13, “Benito Roggio e hijos c/PEN Agua y Energía Eléctrica SE”.

³¹ Así, “la destrucción o el deterioro de una parte importante de la obra por caso fortuito antes de haber sido recibida autoriza a cualquiera de las partes a dar por extinguido el contrato, con los siguientes efectos: a) si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente, el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada; b) si la causa de la destrucción o del deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente; c) si el comitente está en mora en la recepción al momento de la destrucción o del deterioro de parte importante de la obra, debe la remuneración pactada” (art. 1268, Cód. Civil y Comercial).

³² GARRIDO - ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, t. I, p. 397.

presente que el Código Civil originariamente establecía que "si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento".

El Código Civil y Comercial actual prevé, además de las cláusulas resolutorias expresas, que "en los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita". En tal caso, la resolución exige:

1) El incumplimiento esencial en relación con la finalidad del contrato³³.

2) La mora del deudor.

3) El emplazamiento del acreedor al deudor. En efecto, el acreedor debe intimar al deudor a que cumpla en un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de resolver total o parcialmente el acuerdo. A su vez, "la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo"³⁴.

La finalidad de este instituto es "liberar del vínculo a la parte cumplidora que se ve afectada por el incumplimiento de la contraria, y otorgarle a aquélla la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual pueda obtener una prestación equivalente a la que le ha faltado"³⁵.

³³ De acuerdo con el art. 1084 del Cód. Civil y Comercial, "se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor".

³⁴ En función del art. 1088 del Cód. Civil y Comercial "dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte".

³⁵ El pacto comisorio constituye una cláusula habitual en los contratos con prestaciones recíprocas. Ver, en tal sentido, CSJN, 23/2/99, "Frieboes de Bencich, Emilia s/quiebra s/incidente de venta del Hotel Elevage", Fallos, 322:182. Ver también MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, p. 345. BORDA, *Contratos*, t. I, p. 235. Por su parte, MOSSET ITURRASPE aclara que "el

Cabe aclarar que "la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva". A su vez, "la otra parte [deudora] puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato" (art. 1078, incs. e y c, Cod. Civil y Comercial).

Este derecho del acreedor de requerir la resolución, aun cuando hubiese solicitado originariamente el cumplimiento del contrato, es definido entre los operadores del derecho civil como el *ius variandi*.

Cabe agregar que el pacto resolutorio es procedente siempre que: 1) se trate de un contrato con prestaciones recíprocas; 2) la parte que ejerce la potestad de resolver el contrato haya cumplido con sus obligaciones u ofreciese hacerlo, y 3) el incumplimiento sea relevante de modo que justifique la ruptura de la relación contractual.

Finalmente, la resolución del contrato es legal y no judicial; es decir, la parte cumplidora no debe recurrir ante el juez, sino que resuelve el contrato por sí en los términos de los arts. 1087 y 1088 del Cód. Civil y Comercial.

El pacto comisorio tiene dos peculiaridades. Por un lado, el reconocimiento del derecho del acreedor de optar entre exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales o decidir su resolución ante el incumplimiento del compromiso de la contraparte. Por el otro, la extinción del acuerdo es legal y automático; es decir que "la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo", sin intervención judicial.

En síntesis, ¿qué ocurre ante el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes? En tal caso, el cumplidor puede: 1) oponerse ante el reclamo del otro que

pacto comisorio acarrea la ineficacia de la relación contractual, agreguemos ahora que constituye una medida de autodefensa, dirigida, al igual que la *exceptio non adimpleti contractus*, a tutelar la condición de respectiva igualdad o paridad entre las partes, salvaguardando el equilibrio contractual" (MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 375).

le exige el cumplimiento de más obligaciones y, por tanto, exceptuarse; 2) exigir el cumplimiento, mediante intervención del juez, de las obligaciones del incumplidor, o 3) resolver legalmente el contrato -pacto comisorio o resolutorio-.

¿Es aplicable este instituto propio del derecho civil en el ámbito de los contratos administrativos? Recordemos en este punto de nuestro análisis, y antes de avanzar en su desarrollo, que la Corte Suprema reconoció la incorporación de la excepción de incumplimiento contractual en el campo del derecho público, siempre que el incumplimiento estatal torne de cumplimiento imposible las obligaciones del particular cocontratante.

En efecto, el alto tribunal aceptó la aplicación del pacto comisorio en el marco de los contratos administrativos en el precedente "Herpazana SRL c/Banco Nación s/contrato administrativo"³⁶.

De todos modos, este instituto -igual que cualquier otro propio del derecho civil- debe aplicarse en el ámbito del derecho público en términos analógicos; es decir, adaptándolo según los principios de este último ámbito jurídico.

Así pues, es razonable interpretar que el incumplimiento estatal debe ser grave -esto es, constitutivo de un supuesto de imposibilidad razonable de cumplimiento de las obligaciones por el particular- y, además, que el pacto comisorio implícito, en los términos del Código Civil y Comercial, no es propio de los contratos administrativos.

§ 17. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD ESTATAL CONTRACTUAL

En primer lugar, cabe recordar que la ley 26.944 establece que su texto se aplica supletoriamente al ámbito de la responsabilidad contractual. A su vez, el plazo de prescripción que prevé la ley 26.944 es de tres años (responsabilidad extracontractual).

³⁶ Fallos, 320:2808.

Por tanto, la solución más razonable es que el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad contractual prescribe en el término de tres años.

¿Es posible aplicar el Código Civil y Comercial? Por un lado, cabe recordar que el Código Civil y Comercial establece que el plazo de las acciones por responsabilidad es de tres años (sin distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual). Por el otro, el plazo genérico que prevé el Código actual es de cinco años.

Pues bien, sólo es posible aplicar el plazo de cinco años (Código Civil y Comercial) si rechazamos la aplicación analógica de la ley 26.944 porque no cumple con los presupuestos de este instituto hermenéutico y, asimismo, interpretamos que el art. 2560 del Cód. Civil y Comercial no se aplica a los supuestos de responsabilidad contractual.

A su vez, cabe preguntarse si corresponde aplicar las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre suspensión e interrupción del plazo de prescripción de las acciones judiciales.

¿Cuáles son, básicamente y entre otras, las *causales de suspensión* que prevé el Código Civil y Comercial? Hay dos casos. Primero, cuando por razón de las dificultades de hecho o maniobras dolosas del deudor se hubiere obstaculizado temporalmente el ejercicio de una acción, supuesto en el que los jueces están autorizados a liberar al acreedor o propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o el propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de seis meses (art. 2550, Cód. Civil y Comercial).

Segundo, cuando el titular del derecho interpele fehacientemente al deudor o poseedor. En cuyo caso, "esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción" (art. 2541, Cód. Civil y Comercial). En igual sentido, "el curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero" (art. 2542).

Por otro lado, ¿cuáles son las *causales de interrupción* que prevé el Código Civil y Comercial? Veamos. La pres-

cripción se interrumpe por "toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo... aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable" (art. 2546). A su vez, la interrupción se tendrá por no sucedida si "se desiste del proceso o caduca la instancia" (art. 2547)³⁷.

Pues bien, según los textos transcritos, debemos armar el siguiente cuadro:

a) Cualquier actuación ante el órgano competente *suspende* los plazos y, consecuentemente, una vez concluido ese trámite debe reanudarse el cómputo del plazo transcurrido originariamente. Es cierto que puede plantearse un conflicto interpretativo en el marco del apartado noveno del inc. e del art. 1° porque, por un lado, el legislador utilizó el concepto de suspensión y, por el otro, más adelante hizo uso del término *reinicio*, cuando en verdad el plazo —en el marco de la *suspensión*— debe continuarse y no iniciarse o reiniciarse nuevamente.

En este contexto, también se ha interpretado que la suspensión e interrupción son conceptos análogos en la LPA.

Sin embargo, consideramos que el legislador, tal como surge de la lectura en términos armónicos e integradores de la ley y su decreto reglamentario, usó deliberadamente los conceptos de suspensión e interrupción de modo diferenciado y, además, en este caso (apartado noveno) el concepto de suspensión es tan claro jurídicamente, y su uso tan generalizado en el mundo del derecho, que debe prevalecer como expresión de cuál ha sido la voluntad del legislador por sobre el concepto, quizá confuso, de "reiniciar los plazos"³⁸.

³⁷ Cabe agregar también como nota relevante que el Código Civil y Comercial establece que "la interrupción de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los interesados, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles" (art. 2549). En el mismo sentido, ver el art. 2540 sobre el alcance subjetivo de la suspensión de la prescripción.

³⁸ "La suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó" (art. 2539, Cód. Civil y Comercial) y "el efecto de la interrupción de la prescripción es tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo

Además, el vocablo "reiniciarán" que utilizó el legislador no necesariamente supone que el plazo deba contarse de nuevo, sino tan solo continuar con el plazo ya transcurrido.

b) En el caso de interposición de los recursos, es claro que el plazo debe *interrumpirse* y luego volver a contarse desde el inicio; así surge de modo expreso del texto de la ley, trátase o no de recursos obligatorios (salvo los casos regulados por los arts. 99 y 100, decr. 1759/72). Este instituto comprende por igual los plazos de interposición de los recursos y los plazos judiciales de caducidad y prescripción de las acciones respectivas³⁹.

Es obvio que —por ejemplo— la interposición de un recurso administrativo interrumpe el plazo judicial, pero también el término de interposición de los otros recursos que prevén las normas.

c) *Los plazos, en principio, deben reanudarse* o, en su caso, contarse otra vez desde el inicio, según se trate de la suspensión o interrupción, respectivamente, siempre que *el trámite se hubiese concluido de modo expreso*, pues en caso contrario los plazos siguen suspendidos o interrumpidos.

Sin embargo, en el supuesto de los recursos y del reclamo administrativo previo, tras el vencimiento del plazo para resolverlos, se reinicia el término de prescripción (silencio y, por tanto, rechazo).

plazo" (art. 2544). A su vez, "el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo... aunque sea defectuosa" (art. 2546) y, por último, "los efectos interruptivos del curso de la prescripción permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal" (art. 2547).

³⁹ La Cámara Federal sostuvo que, aunque la ley 19.549 no atribuya expresamente efectos interruptivos de la prescripción, debe considerarse que el inicio del procedimiento administrativo tiene tales efectos, dado que el agotamiento de la instancia administrativa es una exigencia previa para demandar al Estado, por lo que el cumplimiento de ese requisito legal tiene necesariamente el efecto de la demanda misma, máxime cuando, según el art. 30 de la ley 19.549, el reclamo debe versar sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán ante la justicia (CNContAdmFed, Sala II, 20/2/07, "García Fernández, Agustín M. c/Estado nacional", *LexisNexisonline*, 1/1017592).

d) En particular, respecto del *reclamo administrativo previo* (art. 30, LPA) y el *reclamo del art. 24, inc. a*, su interposición *interrumpe* los plazos, dado que deben asimilarse a los recursos –por sus semejanzas con éstos– y no a las actuaciones practicadas ante el órgano competente.

Es decir, el reclamo previo y el reclamo del art. 24 de la LPA guardan analogía con los recursos administrativos, porque en ambos casos el objeto es la impugnación de las conductas estatales.

Pero, más allá de nuestro criterio, cabe recordar que la Corte Suprema, en el antecedente “Wiater c/Ministerio de Economía”, sostuvo que el reclamo tiene efectos suspensivos, porque –según su criterio– no es un recurso administrativo⁴⁰.

e) A su vez, tratándose de recursos innominados, el plazo de suspensión es –según el alto tribunal– de un año, de conformidad con el art. 3986 del Cód. Civil⁴¹, el cual establecía que “la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción”. Por su parte, el Código Civil y Comercial (en sustitución del Código Civil) dispone que “el curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción” (art. 2541).

f) Por último, vale recordar que el *pedido de vista*, con el fin de articular recursos administrativos o interponer acciones judiciales, *suspende el plazo* para recurrir en sede administrativa y judicial, de modo que en su caso, y luego de su rechazo o vencimiento, debe reanudarse el plazo, contando el tiempo ya transcurrido.

Expuesto el cuadro normativo vigente, y ubicado en el campo del derecho público, cabe hacerse, entonces, la si-

⁴⁰ CSJN, 4/11/97, *Fallos*, 320:2289.

⁴¹ CSJN, 18/12/07, “Lagos, Alejandro c/YPF s/expropiación servidumbre administrativa”.

guiente pregunta; a saber: *¿las causales de suspensión e interrupción de los plazos son aquellas que prevén la LPA y su decreto reglamentario o también las del Código Civil y Comercial?* En otros términos, ¿cabe aplicar las causales y el régimen de suspensión e interrupción del Código Civil y Comercial a los plazos de agotamiento de las vías y de caducidad de las acciones que establecen el art. 25 de la LPA y otras leyes especiales del derecho público?

Consideramos que no debemos aplicar las causales de suspensión e interrupción de los plazos de prescripción del Código Civil y Comercial, porque el marco propio y específico del derecho público desplaza a aquél, salvo el supuesto de peticiones “del titular del derecho ante autoridad judicial”.

En efecto, es importante señalar que la interposición de la demanda judicial o solicitud de cautelares autónomas contra el Estado interrumpe los plazos –salvo, obviamente, que éste ya estuviese cumplido– por aplicación supletoria del Código Civil y Comercial. Cualquier otro camino interpretativo trae consigo un resultado ilógico y absurdo. Por ejemplo, si el particular hubiese interpuesto las acciones judiciales, pero no hubiese agotado las vías administrativas, en tal caso el plazo para interponer los recursos o reclamos debe interrumpirse. Entendemos que, en tal supuesto, el interesado debe volver sobre el camino administrativo, transitarlo, y sólo luego ir nuevamente por la vía judicial.

Sin perjuicio de haber contestado el interrogante en el párrafo anterior, subsiste otro planteo; ¿en aquellos casos en que deba aplicarse el plazo de prescripción –y no de caducidad– por disposición de la LPA, debemos ir por las causales de suspensión e interrupción de la LPA, el Código Civil y Comercial, o ambos regímenes?

Entendemos que sólo debe aplicarse la LPA, porque el modelo básico es justamente el de la ley de procedimientos y su decreto reglamentario, de modo que las disposiciones del Código Civil y Comercial revisten simplemente carácter supletorio.

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 18. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial establece en su art. 1° que "los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes... conforme con la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos" y "se tendrá en cuenta la finalidad de la norma", y según "los usos, prácticas y costumbres", siempre que "las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente" y "no sean contrarios a derecho".

¿Cómo debe interpretarse la ley? De modo coherente, según los siguientes aspectos.

- a) Sus palabras.
- b) Sus finalidades.
- c) Las leyes análogas.
- d) Las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos.
- e) Los principios.
- f) Los valores jurídicos (art. 2°).

Veamos los aspectos que consideramos más controvertidos.

§ 19. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

¿Existen los principios como fuente del derecho administrativo? ¿Cuáles son esos principios? ¿De dónde sur-

gen? ¿Los principios integran o no el derecho positivo? Aclaremos que los principios son reglas de carácter general, abstracto y de estructura abierta. Así, la doctrina entiende que las reglas prevén el presupuesto fáctico de su aplicación, en tanto los principios son normas de textura más abierta porque no dicen cuál es ese presupuesto (presupuesto de hecho).

Asimismo, cabe advertir que los principios son receptados por los textos normativos de dos modos diversos. Por un lado, cuando son incluidos con una formulación general y, por el otro, en los casos en que la norma los recibe y establece precisiones en cuanto al modo en que deben ser aplicados. Por ejemplo, *el principio de la doble instancia en materia penal* fue incorporado en los tratados internacionales sin mayor desarrollo y, por su parte, *el principio de la irretroactividad de las leyes* está regulado en normas expresas de diferentes ramas del derecho con mayor detalle. Así, en materia penal este último principio se encuentra incorporado en la Constitución, cuyo art. 18 dispone que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa". A su vez, el Código Penal establece que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna" (art. 2°). Por su parte, el art. 3° del Código Civil prescribía que, "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

El art. 7° del Cód. Civil y Comercial prevé que, "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad

establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Por último, el reglamento de la ley de procedimientos administrativos establece que "los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial".

Es interesante advertir que los principios en el marco del derecho administrativo, por razones históricas, ocupan un espacio mucho mayor que en el contexto del derecho privado.

Los principios constitucionales que consideramos relevantes en el marco del derecho administrativo son, entre otros, los siguientes: a) el principio del sistema democrático; b) los principios de división de poderes y legalidad; c) los principios de razonabilidad y proporcionalidad (art. 28, Const. nacional); d) el principio de no arbitrariedad (prohibición de exceso y de déficit; arts. 16, 37 y 75, inc. 23, Const. nacional, entre otros); e) el principio de autonomía personal; f) el principio sobre el reconocimiento y exigibilidad de los derechos (principio de prohibición de defecto); g) los tratados sobre derechos humanos; h) el principio de igualdad (principio de igual trato y de equiparación); i) el principio de la tutela judicial efectiva (control); j) el principio de la responsabilidad estatal; k) el principio de transparencia; l) el principio de participación y de consenso (principio de debate, consenso y adhesión de los destinatarios); ll) el principio de la confianza legítima; m) el principio de descentralización; n) los principios de eficacia y eficiencia (principio del buen gobierno), y ñ) el principio del federalismo.

Pues bien, estos principios que surgen casi íntegramente del propio ordenamiento jurídico positivo y, en particular, del texto constitucional sirven para integrar o vertebrar el ordenamiento jurídico, y para "salvar las indeterminaciones del modelo jurídico; así, los principios constituyen una guía para el intérprete con el propósito de resolver los ca-

sos no previstos de modo claro, expreso o implícito, por el legislador"¹.

El cuadro es el siguiente: *a)* los *principios básicos* antes mencionados (axiomas que son evidentes por sí mismos y que nos permiten deducir otros postulados o principios); *b)* los *principios expresos* y, luego, *c)* los *principios implícitos* que surgen de estos últimos.

A su vez, consideramos, que, por razones didácticas, es necesaria la siguiente distinción.

a) Los principios generales del derecho administrativo instrumentales o secundarios, derivados de los principios constitucionales generales ya mencionados y con los matices necesarios para ser aplicados en el campo de nuestro conocimiento. Citemos, por ejemplo, el debido proceso adjetivo (art. 1º, inc. f, LPA), que es un principio instrumental derivado del principio constitucional de defensa en juicio (art. 18, Const. nacional).

b) Los principios de otras ramas jurídicas, que cabe aplicar en el derecho administrativo sólo en caso de indeterminaciones e imposibilidad de salvarlas por otros medios. Por ejemplo, el principio *in dubio pro operario* propio del derecho laboral y el principio del *non bis in idem*, que nace del derecho penal².

¹ CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 205. Por su parte, CASSAGNE dice que los principios generales del derecho "cumplen varias funciones distintas, pero articuladas entre sí y relativas a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas" y "funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento, permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas" (*Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, p. 43). Respecto del mismo punto, GORDILLO entiende que "un intérprete o ejecutor de la norma jurídica no puede ser un mero lector de su texto, debe buscar la interpretación que la hace justa en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos" (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. IV-26).

² Según los autores penalistas, este principio consagra la inadmisibilidad de "una doble condena o el riesgo de afrontarla". Para operar dicha garantía, debe estarse ante la existencia de tres identidades, o "correspondencias". Como afirma BINDER, "en primer lugar, se debe tratar de la misma persona. En segundo lugar, se debe tratar del mismo hecho. En tercer lu-

c) Los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico como principios propios y específicos del derecho administrativo. Verbigracia, el principio *in dubio pro administrado*; es decir que, en caso de dudas, el operador debe interpretar y aplicar las normas del modo más favorable a las personas en sus relaciones jurídicas con el Estado. Así, por ejemplo, los principios de *confianza legítima*, *buena fe* y *actos propios* configuran un bloque de garantías de las personas en sus relaciones con el Estado. A su vez, entre estos principios puede citarse el postulado de justificación de las decisiones estatales (motivación) y los caracteres de presunción de legitimidad y ejecución de los actos estatales.

gar, debe tratarse del mismo motivo de persecución". Un debate interesante es el que surge de esta última "identidad"; según el autor, la interpretación a la luz de nuestra Constitución, del principio de *eadem causa pretendi* excluye que se sancione dos veces a la persona por el mismo hecho; por ejemplo, si se aplicara una sanción disciplinaria y al mismo tiempo una sanción penal, ambas derivadas de la misma conducta lesiva. "El principio correcto indica que el Estado puede reaccionar mediante una sanción solamente una vez por el mismo hecho. Éste es el contenido más elemental, más claro e históricamente más preciso que se le ha dado a ese principio" (*Introducción al derecho procesal penal*, p. 168 y siguientes). Respecto del debate, no poco interesante, que se ha dado respecto al juzgamiento por un mismo hecho ante órganos judiciales y administrativos, cabe citar el análisis jurisprudencial de CARRIÓ, respecto de CSJN, 21/2/69, "Pousa, Lorenzo", *Fallos*, 273:66. Así, "en el caso 'Pousa', la Corte sentó el principio por el cual el sometimiento a un sumario administrativo y a una investigación penal por los mismos hechos no equivale a una violación a la garantía en examen en la medida en que, según afirmó el alto tribunal, las responsabilidades en ambas jurisdicciones sean de distinta naturaleza" (*Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 444). Posteriormente, la Corte Suprema consideró que, habiéndose sobreseído definitivamente al acusado en sede penal por el delito de contrabando, la Aduana no podía imponer una sanción administrativa por la misma conducta, ya que ello importa una violación a la garantía de cosa juzgada. Sin perjuicio de ello, el alto tribunal señaló que la Administración Nacional de Aduanas posee "facultad administrativa de imponer ciertas consecuencias accesorias de la condena penal", como ser las sanciones de comiso, multa e inhabilitación. Sin embargo, en el caso en cuestión consideró que, "habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada, y respecto de ese delito, no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias" (CSJN, 10/3/83, "De la Rosa Vallejos, Ramón s/art. 197 de la ley de aduanas", *Fallos*, 305-246).

Es más, los principios del derecho administrativo deben construirse entre sí (v.gr., los principios de legalidad y de confianza legítima). Así, cabe recordar que la revocación por razones de ilegitimidad procede por aplicación del principio de legalidad, en tanto el Estado debe extinguir el acto que contradice el derecho³. Sin embargo, el Estado puede revocar también sus propios actos y ante sí por razones de oportunidad, en cuyo caso debe reparar los derechos subjetivos lesionados. A su vez, el Poder Ejecutivo no puede revocar por sí y ante sí los actos regulares desde su notificación y los actos irregulares desde que estén firmes y consentidos y hubiesen generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Pues bien, *este cuadro jurídico debe distinguirse de la confianza legítima*.

Otro ejemplo: el principio de *buena fe* es oponible frente al Estado porque éste debe obrar de este modo; es decir, con transparencia y sin dobleces. Si bien, como ya hemos dicho, este principio nace en el derecho civil, actualmente es reconocido también como una directriz propia del derecho administrativo.

El Código Civil y Comercial dispone que *"los derechos deben ser ejercidos de buena fe"* (art. 9º) y que *"el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"* (art. 10).

A su vez, la Corte Suprema dijo que *"el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado"*⁴. Cabe

³ Así, en el supuesto de invalidez del acto, las partes deben restituirse las prestaciones hechas y, en su caso, el particular si obró legítimamente puede reclamar el empobrecimiento de su parte, pero no por el principio de la confianza legítima, sino por el del enriquecimiento sin causa. El art. 784 del Cód. Civil decía que "el que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase una cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetir la del que la recibió".

⁴ CSJN, 18/7/02, "Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado", Fallos, 325:1787.

recordar que, según el criterio del tribunal, "el ejercicio legítimo de la potestad de que disponen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores emitidos de manera irregular no puede comportar un proceder contrario al deber de buena fe exigible a la Administración, sus entidades y empresas, en la interpretación y ejecución de los contratos, en tanto se funda en la obligación de preservar la legalidad de dichos actos"⁵.

Finalmente, veamos el principio del respeto por los propios actos. Hemos dicho que el Estado puede alegar su propia torpeza, cuestión que no es así en el derecho privado. Es decir, el Estado puede volver sobre sus propios actos. Sin embargo, existen ciertos límites pues, por ejemplo, el Estado no puede desconocer la confianza legítima que su conducta creó (acciones u omisiones), así como tampoco revocar por sí los actos administrativos, ni desconocer sus propios actos sin razones debidamente fundadas.

Por su parte, el Estado puede oponer ante el particular los actos propios realizados por éste; es decir que la regla es inversa, pero también encuentra límites. En especial, cuando el Estado indujo al particular a actuar de determinado modo, caso en el que es plausible plantear que luego el Estado no puede valerse de los actos previos y propios del particular.

En conclusión, los principios del derecho privado, como ya hemos dicho, se pueden aplicar en el ámbito del derecho público, pero adaptándolos según el marco de este último. Así, por ejemplo, la doctrina de los actos propios no puede aplicarse ante cualquier conflicto que se suscite entre las personas y el Estado.

§ 20. LAS NORMAS REGULATORIAS DE RANGO INFERIOR

Sin perjuicio de las fuentes que ya mencionamos, debemos agregar también las normas regulatorias de alcance general dictadas por los otros poderes y órganos del Estado. Por

⁵ CSJN, 22/12/93, "Espacio SA c/Ferrocarriles Argentinos", Fallos, 316:3157.

ejemplo, las resoluciones del Consejo de la Magistratura, el Poder Judicial y el Congreso, entre otras.

A su vez, debemos sumar las normas dictadas por el jefe de Gabinete de Ministros y los órganos inferiores del Poder Ejecutivo (por caso, los ministros y secretarios de Estado) y por los entes autárquicos y autónomos (universidades públicas, entes reguladores, AFIP, Comisión Nacional de Valores). Estas disposiciones son a veces simplemente interpretativas o propias del servicio, pero en otros casos tienen carácter claramente regulatorio, porque poseen fuerza obligatoria y recaen sobre situaciones jurídicas.

Finalmente, cabe mencionar a las normas dictadas por las personas públicas no estatales (los reglamentos de los colegios o consejos profesionales) y las normas consensuadas (los convenios colectivos de trabajo en el sector público), que también son fuentes normativas del derecho administrativo.

§ 21. EL DERECHO DÉBIL COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el marco de ciertas instituciones internacionales (p.ej., el CLAD), se aprueban "cartas" que establecen principios y reglas. Así, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo es un organismo intergubernamental creado en 1972, que tiene por objeto promover el análisis e intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y a la modernización de la Administración pública (reuniones internacionales; publicación de obras; servicios de documentación e información; realización de estudios e investigaciones y actividades de cooperación técnica).

Así, por ejemplo, la Carta Iberoamericana de la Función Pública, de 2003, y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, de 2013, entre otras.

§ 22. EL PRECEDENTE COMO FUENTE DEL DERECHO

En primer lugar, cabe preguntarse si los precedentes administrativos son creación y fuente del derecho o simple-

mente aplicación de éste. Cabe recordar aquí que el Código Civil y Comercial incluyó expresamente a "los usos, prácticas y costumbres" como fuentes del derecho (art. 1º).

En general, y en principio, se ha interpretado que el precedente administrativo es meramente aplicativo de la ley; sin embargo, éste es considerado como fuente del derecho cuando reúne ciertos caracteres.

Cabe aclarar que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, la confianza legítima, la no arbitrariedad y la seguridad jurídica. A su vez, debemos preguntarnos en qué casos –en razón de los principios antes enunciados– es posible reconocer al precedente como fuente del derecho; es decir, con carácter vinculante.

Pues bien, consideramos que los usos y prácticas del Estado –es decir, sus hábitos y comportamientos–, igual que ocurre con sus precedentes (entendidos éstos como pronunciamientos formales), constituyen fuentes del derecho con ciertos matices.

El precedente, según nuestro criterio, es fuente del derecho y obliga a la Administración si reúne al menos los siguientes caracteres.

a) El precedente debe ser *legítimo*. Sin embargo, el precedente ilegítimo también es fuente de derecho en casos excepcionales, siempre que el vicio no sea grosero o patente y el interesado esté convencido de que la Administración resolverá a su favor. En el caso del precedente ilegítimo como fuente del derecho, su fundamento es, en verdad, la confianza legítima y no simplemente la reiteración de las conductas estatales. Es decir que el precedente ilegítimo no tiene valor, salvo que se configure como supuesto de confianza legítima.

b) El precedente es tal cuando se trate de conductas del Estado *reiterativas* ante casos similares.

c) El precedente sólo procede en el marco de las *potestades discrecionales*. Esto último es evidente, pues sólo en tal caso el precedente vale eventualmente como fuente y, por tanto, condicionante de las decisiones posteriores. En verdad la discrecionalidad estatal está limitada por las siguientes cuestiones: 1) los principios generales del derecho; 2) las regulaciones del propio Poder Ejecutivo y el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, y 3) los pre-

cedentes administrativos. Por el contrario, tratándose de facultades regladas no cabe aplicar el precedente, sino lisa y llanamente las reglas del caso. El supuesto complejo y controvertido es el caso que reúne potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados. Según nuestro criterio, aquí también cabe recurrir al precedente.

d) Otro de los caracteres del precedente es la alteridad; es decir que éste debe referirse a otro sujeto, pues si se tratase del mismo debe aplicarse el criterio de la confianza legítima.

e) Por último, debe tratarse del mismo órgano administrativo, y siempre que el antecedente no hubiese sido revocado por el superior jerárquico.

§ 23. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE

Entendemos que los antecedentes jurisprudenciales, sin perjuicio de crear derecho con alcance singular, e incidir sobre las otras fuentes creadoras del derecho, son fuente directa de derecho sólo en los siguientes supuestos.

a) Los fallos de la Corte Suprema, dado que son obligatorios para los otros tribunales. Así, ella dijo que los jueces deben seguir sus sentencias y, en caso de apartarse sin razones y ante iguales circunstancias de hecho, los fallos son nulos por arbitrariedad.

b) Los fallos plenarios, que —más allá de su constitucionalidad o no— son obligatorios para los miembros de la propia Cámara y para los otros jueces del fuero. Cabe recordar que el instituto de los fallos plenarios fue derogado, entre nosotros, por la ley 26.853.

c) Los fallos, con efectos absolutos. En estos casos el juez puede anular el acto normativo con tales efectos, pero no dictar por sí normas sustitutivas.

CAPÍTULO IV

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

§ 24. LA REGULACIÓN LEGAL

Cabe recordar que el Código Civil distinguía entre las personas físicas y jurídicas. A su vez, las personas de existencia ideal o personas jurídicas son todos los entes con exclusión de las personas de existencia visible o personas físicas (conf. arts. 31 a 33).

En síntesis, el codificador reconoció, en el marco del género *personas*, las especies de *personas físicas* y *personas jurídicas*.

Luego el Código Civil diferenció entre las *personas jurídicas* de carácter público y privado. Y agregó que tienen carácter *privado*: a) las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar, y b) las sociedades civiles y comerciales o entidades que, conforme a la ley, tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

Por su parte, las *personas jurídicas de carácter público* son, según el enunciado del antiguo Código, las siguientes: a) el Estado nacional, las provincias y los municipios; b) las entidades autárquicas y, por último, c) la Iglesia Católica¹.

¹ Por su parte, el art. 34 del Cód. Civil establecía que "son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o munici-

Pues bien, conforme al Código Civil y Comercial, las personas son físicas y jurídicas. A su vez, *"son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación"* (art. 141).

Por su parte, *"las personas jurídicas son públicas o privadas"* (art. 145) y, a su vez, son *personas jurídicas privadas*: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento" (art. 148).

Finalmente, las *personas jurídicas públicas* son las siguientes: a) el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica" (art. 146).

§ 25. SUJETOS NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE ENTRE LOS ENTES PÚBLICOS Y PRIVADOS

En este contexto, el asunto parece cerrado y resuelto. Sin embargo, no es así, porque —si miramos con más detenimiento— veremos otros tantos sujetos que no están incluidos de modo expreso entre los entes públicos o privados mencionados por el codificador. ¿Qué ocurre, entonces, con ellos? ¿Esos sujetos son públicos o privados?

pios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior".

Con el propósito de distinguir entre ambas categorías —esto es, personas jurídicas públicas y privadas—, se han desarrollado diversas teorías; entre ellas, vale citar: a) el origen o creación por ley o por decisión de sus propios miembros; b) las finalidades de carácter público en términos inmediatos o mediatos; c) las prerrogativas estatales; d) la prestación de servicios públicos; e) las formas solemnes; f) el control estatal, y g) el origen público o privado de sus recursos.

En un principio las personas públicas se constituyeron bajo formas jurídicas de derecho público, caracterizadas por el ejercicio de poderes públicos y cuya regulación le corresponde al derecho administrativo. Sin embargo, este esquema se resquebrajó, porque en ciertos casos el Estado constituyó personas bajo formas privadas y regidas por el derecho privado (empresas y sociedades del Estado, entre otras). A su vez, el Estado reconoció el ejercicio de poderes públicos a personas no estatales (colegios profesionales o concesionarios de servicios públicos). Por eso, es necesario intentar reconstruir este concepto sin desconocer sus casi inevitables imperfecciones.

En efecto, el Código Civil y Comercial no establece cuál es el criterio de distinción entre ambas categorías o especies; es decir, público/privado. En igual sentido, las normas del derecho público no dicen en qué consiste el distinguo público/privado.

El Código Civil y Comercial —como ya dijimos—, dice cuáles son los sujetos públicos y privados, pero no explica cómo debemos ubicar en este cuadro a otros sujetos no mencionados; por caso, las sociedades del Estado, los colegios profesionales, las cajas de previsión y las obras sociales, entre tantos otros. Entonces el entuerto sigue en pie y la oscuridad subsiste, salvo cuando las leyes específicas nos dicen si el ente es público o privado (conforme a los arts. 146, inc. a, y 148, inc. i).

También es cierto que el codificador establece que las personas jurídicas son privadas si tal carácter *"resulta de su finalidad y normas de funcionamiento"*. Sin embargo, entre los fundamentos del Código se dice que *"se considera conveniente evitar una formulación de carácter residual para establecer que todas las personas jurídicas que no son pú-*

blicas son privadas... De ahí la preferencia por una enumeración de las personas jurídicas privadas basadas en la legislación especial pero que debe dejarse abierta, ya que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico".

En síntesis, las personas jurídicas públicas son los entes descritos en el Código y leyes especiales (art. 146) y, por su parte, las personas jurídicas privadas son los sujetos mencionados en el Código y en otras leyes (art. 148) y también las personas cuyo carácter privado resulte de "su finalidad y normas de funcionamiento". El resto de los entes son públicos o privados, según los caracteres (propiedades relevantes) de estas categorías jurídicas.

Una última aclaración: el art. 149 del Cód. Civil y Comercial dice que "*la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*".

CAPÍTULO V

LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO, Y PRIVADO DEL ESTADO

§ 26. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial señala que "*la persona jurídica debe tener un patrimonio*" (art. 154).

En primer lugar, es posible definir el concepto de los *bienes del dominio público* como aquel que comprende el conjunto de bienes, trátase de cosas muebles o inmuebles, de propiedad del Estado destinados a la *utilidad común*.

En segundo lugar, es necesario *distinguir*, básicamente, entre los bienes del Estado. Así, el Código Civil y Comercial define a los bienes del dominio público (art. 235) y a los del dominio privado (art. 236)¹.

¿Cuáles son los bienes del dominio privado del Estado? Éstos son definidos en términos positivos por el art. 236 del Cód. Civil y Comercial y luego con alcance residual.

Históricamente se sostuvo que los *bienes del dominio privado del Estado* poseen caracteres más cercanos a los bienes de las personas privadas y, por tanto, el régimen a aplicarles es propio del derecho privado (Código Civil y Comercial). En efecto, los bienes del dominio privado no son inalienables, imprescriptibles ni inembargables (art. 237,

¹ El Código Civil y Comercial dice en su art. 237 que "*la Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236*".

Cód. Civil y Comercial) y su desalojo, por ejemplo, debe hacerse por trámites especiales —con intervención judicial— y no simplemente por decisión del Poder Ejecutivo. Sin embargo, existen ciertas salvedades. Por un lado, si bien es cierto que los bienes privados del Estado son enajenables porque están en el comercio, ello depende de *autorizaciones estatales*. Es más, ciertos aspectos —tales como su adquisición o enajenación— se rigen por el derecho público. Así, por ejemplo, el Estado debe adquirirlos o venderlos por el procedimiento de la licitación, la subasta y, en casos de excepción, por contrataciones directas. Por el otro, los bienes privados cuyo destino es la prestación de servicios públicos no son embargables.

El rasgo distintivo de este modelo —es decir, el carácter de interés general o de utilidad o comodidad común— surge claramente del Código Civil y Comercial (art. 235, incs. c y f). El primero de los preceptos mencionados dispone, por un lado, que son bienes del dominio público, entre otros, los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas y, además, toda otra agua que *"tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general"* y, el segundo, añade *"cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común"*. El legislador agrega ciertos ejemplos; así, las calles, plazas y caminos, entre otros. Sin embargo, esto no nos permite discernir con mayores certezas el alcance de los conceptos indeterminados antes detallados (interés general, utilidad y comodidad común).

Por su parte, el art. 236 establece que son bienes privados del Estado —es decir, bienes no públicos—: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros, y e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título².

² El Código Civil establecía que "son bienes privados del Estado general o de los estados particulares: 1) todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el

Es claro, entonces, que el pilar de distinción entre los bienes del dominio privado y público es sustancialmente, según el criterio del legislador, el destino de interés, uso o utilidad común de los bienes. ¿El destino común de los bienes es necesariamente el uso y goce general de las personas?³ Por ejemplo, ¿las obras públicas tienen que estar destinadas al uso común y público o es igualmente bien del dominio público, si cumple con cualquier interés público? ¿Acaso el fin público del dominio estatal es necesariamente el uso común de los bienes por todos?

Consideramos que los bienes del dominio público son aquellos que tienen una utilidad pública, tratándose del uso común y directo de las personas o cualquier otro de carácter colectivo. En otras palabras, los bienes del dominio público tienen un destino público directo (por caso, el uso público y general por las personas, como ocurre respecto de las plazas o calles), o indirecto (el acceso o goce indirecto —p.ej., los edificios destinados como sede de los poderes públicos o los bienes utilizados en la prestación de un servicio público, supuesto en el que persiguen un fin público, pero distinto del uso común y directo por todos—)⁴. En este sentido se expidió la Corte Suprema entre otros antecedentes en el caso "Germán Puebla c/provincia de Mendoza"⁵.

dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3) los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código; 4) los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o los estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los estados por cualquier título; 5) las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o corsarios" (art. 2342).

³ "Lo que define a un bien público y le imprime sus notas correlativas —entre ellas, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad— es su afectación al uso público directo o indirecto" (MARJENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, p. 258).

⁴ Ver Procuración del Tesoro de la Nación, 2/1/96, *Dictámenes*, 216:1.

⁵ *Fallos*, 158:358. MAIRAL sostiene una posición en sentido contrario. Así, "una lectura literal del Código llevaría a la conclusión opuesta, si se observa que el art. 2341 dispone que los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos, dado que es realmente forzar un poco la interpretación sostener que los particulares utilizan bienes del dominio público artificialmente afectados a oficinas públicas, cuando en realidad quien los utiliza es el Esta-

En síntesis, y sin perjuicio de los criterios antes expuestos (utilidad, comodidad e interés colectivo), lo cierto es que los bienes del dominio público son aquellos creados o reconocidos por ley (criterio legal) y, a su vez, éstos pueden ser de propiedad del Estado nacional o entes autárquicos o autónomos, pero en ningún caso de los particulares (titularidad).

Pero veamos puntualmente cuáles son los bienes del dominio público. El Código Civil y Comercial establece que son bienes del dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: "a) *el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;* b) *las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;* c) *los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el*

do, aunque el beneficiario indirecto sean los particulares. Por otra parte, el art. 2342 del Cód. Civil, cuando enumera los bienes del dominio privado, habla de que se incluyen en el dominio privado los muros, las plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado. Por ello, la simple lectura del Código Civil parecería indicar que VÉLEZ SÁRSFIELD tuvo en miras incluir en el dominio público solamente los bienes afectados al uso directo de la población" (*Nuevas ideas en materia de dominio público*, en Universidad Austral, "Organización administrativa, función pública y dominio público", p. 103).

agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos" (art. 235).

Existe, entonces, una multiplicidad de bienes del dominio público que son regulados no sólo por el Código Civil y Comercial, sino también, por leyes y decretos específicos y sectoriales; por ejemplo, el espacio radioeléctrico (ley 27.078), entre tantos otros. Así, el régimen general debe completarse con los marcos especiales.

A su vez, el art. 237 del Cód. Civil y Comercial establece que "*la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236*".

Es decir que la potestad de regulación de los bienes estatales corresponde al Estado nacional o provincial, siguiéndose el criterio de propiedad de los bienes, de modo que el Código Civil y Comercial sólo comprende el régimen de los bienes que son propiedad del Estado federal. En igual sentido, "*las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*" (art. 237, Cód. Civil y Comercial).

Dicho esto, profundicemos algunos aspectos básicos sobre el régimen de los bienes del dominio público.

§ 27. LOS CARACTERES DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

Los caracteres del dominio público son los siguientes: a) la inalienabilidad; b) la imprescriptibilidad y, por último, c) la inembargabilidad.

¿Cuál es el fundamento normativo de estos caracteres? ¿De dónde nacen? Como ya dijimos, el art. 237 del Cód. Civil y Comercial establece que "los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles"⁶.

La inalienabilidad supone que el Estado no puede vender ni gravar (por caso, hipotecar) los bienes del dominio público; sin perjuicio de ello, el Estado sí puede conceder su uso o explotación mediante el reconocimiento de derechos reales administrativos. Así, cabe señalar que, por caso, el carácter inalienable no es absoluto, sino que es posible transmitir su titularidad entre personas públicas estatales e incluso otorgar permisos de uso o concesiones de uso sobre esos bienes⁷. El sentido de la inalienabilidad de los bienes es proteger su afectación y destino en términos de utilidad, uso o comodidad común.

Por su parte, la *imprescriptibilidad* nos dice que ningún particular puede adquirir esos bienes por su posesión y el mero transcurso del tiempo.

Por último, si el bien no puede ser objeto de enajenación y adquisición por medio de prescripción, es obvio y consecuente, entonces, que no puede ser embargado (*inembargabilidad*). Es decir, así como la titularidad del bien del dominio público no puede ser transferida, el embargo es irrazonable, porque éste es tan sólo el paso previo, cuyo

⁶ Veamos el marco jurídico propio del Código Civil. En primer término, el carácter *inalienable* estaba apoyado en los arts. 953, 2336, 2337; inc. 1º, 2343 y 2604. El primero de ellos decía que "el objeto de los actos jurídicos debe ser cosas que estén en el comercio". Por su parte, el art. 2336 del Cód. Civil establecía que "están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública". El siguiente precepto disponía que "son absolutamente inenajenables: 1) Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley" (art. 2337). A su vez, el art. 2343 aludía a los bienes susceptibles de apropiación privada, sin mencionar los bienes del dominio público. Por último, el art. 2604 señalaba que "el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta por la destrucción o consumo total de la cosa que estaba sometida a él, o cuando la cosa es puesta fuera del comercio".

⁷ Ver CSJN, 3/12/87, "Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza", Fallos, 310:2478, donde se dijo que "las cosas que forman parte del dominio público del Estado... están fuera del comercio (art. 2400, Cód. Civil)".

sentido último es, justamente, el traspaso del bien entre patrimonios.

§ 28. LOS PODERES COMPETENTES PARA SU REGULACIÓN: ESTADO FEDERAL, PROVINCIAS Y MUNICIPIOS

En este punto cabe recordar que el art. 237 del Cód. Civil y Comercial dice que "la Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236".

Este mandato normativo simplemente recoge el principio que prevé el propio texto constitucional, cuyo art. 124 señala de manera expresa que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio"⁸. Es decir que los bienes son provinciales o federales según el territorio en el que se encuentren, salvo que la ley establezca el dominio federal y de conformidad con el texto constitucional.

Las otras disposiciones del Código —por caso, el art. 235—, y otros preceptos complementarios sobre los bienes del dominio público y su régimen jurídico, sólo son aplicables en el marco de los bienes del Estado federal y no así respecto de los bienes públicos de los Estados provinciales⁹.

No obstante lo dispuesto por la Constitución —esto es, que la titularidad del dominio de los recursos naturales corresponde a las provincias—, los autores discuten si la jurisdicción sobre tales recursos (es decir, la facultad de regulación) corresponde a las provincias o la Nación. En otras palabras, se encuentra controvertido si la titularidad del dominio sobre los recursos naturales importa, además, la jurisdicción sobre ellos (particularmente, la potestad regula-

⁸ La Corte Suprema ha dicho que "el art. 124 de la Const. nacional, reformada en 1994, establece que los recursos naturales existentes en el territorio de cada provincia pertenecen al dominio 'originario' (es decir, *ab initio*) y exclusivo de ésta" (CSJN, 17/5/05, "Tepetrol SA s/inhibitoria en los autos caratulados 'Provincia del Neuquén c/Tepetrol SA s/cobro ejecutivo'", Fallos, 311:2154).

⁹ Ver, en tal sentido, CANOSA, *El dominio público*, en Universidad Austral, "Organización administrativa, función pública y dominio público", p. 549.

toria) o si se trata de dos conceptos independientes y, por tanto, sobre el dominio provincial puede recaer en parte jurisdicción federal¹⁰.

Consideramos que el poder competente para regular el régimen de los bienes estatales (los bienes y las reglas del dominio público) es el titular del dominio (Estado nacional o provincial), sin perjuicio de que el Estado federal puede regular los aspectos complementarios, en tanto guarden relación directa con el ejercicio de las competencias federales reconocidas por el convencional.

§ 29. EL USO DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

El Código Civil y Comercial dice en su art. 237 que "las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales".

Sin embargo, el uso es parte del régimen jurídico, de modo que el Estado federal y las provincias ejercen sus competencias en sus respectivos ámbitos; es decir, dominio público federal y provincial. De todos modos, los bienes del dominio público del Estado federal están sujetos también en este terreno (uso o explotación), y en ciertos aspectos, a las leyes provinciales y ordenanzas municipales del lugar donde se encuentren situados.

Hemos dicho ya que los bienes del dominio público pueden ser dados en uso; sin embargo, debemos distinguir entre el uso común y especial. El primero es general y el segundo es exclusivo, pudiendo accederse en tal caso por permiso, concesión o prescripción.

¹⁰ La Corte Suprema sostuvo que "los ríos y sus cauces son bienes del dominio público (arts. 2339 y 2340, Cód. Civil), correspondiendo a las provincias disponer lo concerniente a su uso (art. 2341, Cód. citado) (Fallos, 303:640), sin perjuicio de la jurisdicción nacional respecto de lo que se relaciona con la navegación interestadual (Fallos, 275:357; 297:236, LL, 138-729; 1977-C-399). De allí que cualquier pretensión de invocar la jurisdicción federal al respecto conlleva la necesaria obligación de acreditar, de modo fehaciente, que se encuentra afectada, en rigor, dicha navegabilidad, lo que dista de concretarse con su mero enunciado" (CSJN, 7/3/95, "Tonconogy, Julio A. c/Provincia de Buenos Aires y otras", Fallos, 318:292).

El *uso común* puede prever el cumplimiento de ciertos recaudos de acceso o restricciones temporales y no por ello se constituye en especial. El uso común es, por ejemplo, el tránsito por las calles, plazas o playas y debe sujetarse a los principios de *compatibilidad* (el uso de uno no puede impedir el de los otros), *prioridad de los menos autónomos* (así, en caso de escasez o uso más restringido, debe darse preferencia a los que menos posibilidades tienen de acceder por sus propio medios) y *protección de los bienes* (el deber de cuidarlos de modo tal que el uso de uno no perjudique el uso por los otros).

Por su parte, el *uso especial* supone el disfrute o explotación de carácter privativo (exclusivo y excluyente de los otros), y por ello es necesario un permiso especial del Estado. Finalmente, es posible que los bienes del dominio público estén destinados al uso exclusivo del propio Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.
- BALBÍN, CARLOS, *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 2013.
- *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 2015.
- BARRA, RODOLFO C., *Principios de derecho administrativo*, Bs. As., Ábaco, 1980.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) - ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Bs. As., Astrea, 2005-2012.
- BIANCHI, ALBERTO B., *La responsabilidad de los entes regulares y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control*, LL, 2000-D-543.
- BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.
- BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. Contratos*, 9ª ed., Bs. As., La Ley, 2008.
- CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2004.
- CASSAGNE, JUAN C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.
- COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2003.
- CUADROS, OSCAR, *¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de Código unificado Civil y Comercial*, DJ, 13/2/13.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARRIDO, ROGUE F. - ZAGO, JORGE A., *Contratos civiles y comerciales*, 2ª ed., Bs. As., Universidad, 1988.
- GORDILLO, AGUSTIN, *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GOYENA COPELLO, HÉCTOR (dir.), *Estudios en homenaje al doctor Guillermo Borda*, Bs. As., La Ley, 1985.
- HALPERIN, DAVID A., *Responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 6, ene.-abr. 1991.
- MATORANO, JORGE L., *Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, LL, 1984-D-983.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito de derecho público*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.
- *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990.
- MELLID, SUSANA M., *El particular frente a la inactividad de la Administración pública nacional. Distintas vías procesales-administrativas*, EDA, 31/12/04.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos*, en Jornadas de la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1999.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, Bs. As., Ejea, 1986.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Bs. As., Ediar, 1988.
- PERRINO, PABLO, *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita*, ED, 185-781.
- ROSATTI, HORACIO, *Los bienes del dominio público reivindicados desde el derecho público: el caso "Meteorito del Chaco"*, LL, 2008-B-393.
- SAID, JOSÉ L., *Responsabilidad del Estado y justicia distributiva*, en "XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", Bs. As., RAP, 2009.
- UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Bs. As., RAP, 2005.