

**99**

MAYO / JUNIO 2015

# **DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica**

## DERECHO ADMINISTRATIVO

**Director**  
Juan Carlos Cassagne

**Subdirectores**  
Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

**Consejo de Redacción**  
Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

**Secretarios de Redacción**  
Juan Cruz Azzarri - Denise L. Bloch - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Analía Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Ana Patricia Guglielminetti - Fernando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Mariano Palacios - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

**Coordinadora**  
María Eugenia Zacagnino

DIRECTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

99

MAYO / JUNIO 2015

# DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

Una publicación de  
**AbeledoPerrot S.A.**  
Tucumán 1471  
(C1050AAC),  
Cdad. de Buenos Aires,  
Argentina

ISSN 1851-0590  
RNPI 5074816

**Consejo Consultivo Internacional**  
Hermann-Josef Blanke (Alemania)  
Christian Pielow (Alemania)  
Karl-Peter Sommermann (Alemania)  
Odete Medauar (Brasil)  
Fabio Medina Osorio (Brasil)  
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)  
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)  
Vitor Rhein Schirato (Brasil)  
Felipe de Vivero (Colombia)  
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)  
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)  
Consuelo Sarria (Colombia)  
Alejandro Vergara Blanco (Chile)  
Tomás Ramón Fernández (España)

José Luis Martínez López-Muñiz (España)  
Santiago Muñoz Machado (España)  
Luis Martín Rebollo (España)  
Franck Moderne (Francia)  
Pierre Subra de Bieusses (Francia)  
Carlo Marzuoli (Italia)  
Domenico Sorace (Italia)  
Aldo Travi (Italia)  
Luciano Vandelli (Italia)  
Luis José Bejar Rivera (México)  
Jorge Danós Ordóñez (Perú)  
Richard Martín Tirado (Perú)  
Lino Torgal (Portugal)  
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)  
Victor Hernández Mendible (Venezuela)

ARELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590  
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados  
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471  
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas  
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030  
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620  
Figuroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468  
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com  
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

## ÍNDICE GENERAL

### ÍNDICE GENERAL

#### TEMA SELECCIONADO: RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS HIDROCARBUROS

Síntesis del régimen jurídico de hidrocarburos en el Perú, por JORGE DANÓS ORDÓÑEZ y NATALIA MORI TORRES .....	583
El marco regulatorio del petróleo y gas en Brasil, por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO y MARINA FONTÃO ZAGO .....	597
Liberalización y regulación del mercado energético en México, por MANUEL S. ACUÑA ZEPEDA y LUIS G. RODRÍGUEZ LOZANO .....	617
Ley argentina de Hidrocarburos, su perspectiva de aplicación desde el vértice de las jurisdicciones locales, por MARÍA SOLEDAD GENNARI .....	629
Una nueva herramienta de fomento en la Ley de Hidrocarburos, por MARCELO JONES ...	657
La República Argentina y la explotación de hidrocarburos offshore. De figuraciones y transfiguraciones, por PABLO FERRARA .....	685

#### ESTUDIOS

Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el derecho administrativo español, por LUCIANO PAREJO ALFONSO .....	721
Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo, por AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ .....	751
Justicia administrativa en Brasil: ¿una jurisdicción administrativa judicial, extrajudicial o híbrida?, por RICARDO PERLINGEIRO .....	769
Los entes reguladores del sector energético, por VÍCTOR R. HERNÁNDEZ MENDIBLE ....	775
Derechos participativos y su reconocimiento constitucional: una mirada comparada, por WILLIAM VÁZQUEZ IRIZARRY .....	799
La contratación pública sustentable, por AGUSTÍN R. MOSCARIELLO .....	813
El patrimonio histórico y la protección del derecho de propiedad. Nuevas tendencias en la materia, por MARÍA VICTORIA PICCININI y MARA RUIZ .....	829
La aplicación analógica del Código Civil y Comercial como llave maestra de la Ley de Responsabilidad Estatal, por AGUSTÍN ZALAZAR .....	843
El principio de igualdad, por JUAN CARLOS CASSAGNE .....	859

que desnaturalice el derecho de propiedad y justifique una acción de expropiación irregular, sino que es necesario probar fehacientemente la situación de indisponibilidad del inmueble en condiciones normales, lo que llevaría a buscar la protección del derecho afectado por otros mecanismos alternativos, como sería el reclamo de una indemnización de daños y perjuicios.

El cambio que se percibe en la doctrina del Alto Tribunal pareciera fundarse básicamente en la necesidad de avanzar en la protección de los derechos de las personas y, al mismo tiempo, instar a los organismos competentes a cumplir el mandato constitucional de preservar el ambiente cultural. Esta conclusión parece derivar necesariamente si se tiene en cuenta que en el caso "Zorrilla" una ley declaró la propiedad como patrimonio histórico -sin una declaración de utilidad pública a los fines de la expropiación del bien- y luego el bien se deterioró en un grado superlativo. La Corte sostuvo que en este particular supuesto era procedente la expropiación inversa. Es decir, la protección del patrimonio histórico, en algunos casos especiales, podría requerir la herramienta de la expropiación pues, según la Corte, "la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegura la preservación del inmueble..." (consid. 16, in fine).

Se puede advertir entonces que, si se dan los presupuestos que allí se mencionan, el Poder Judicial podría quedar habilitado para "subrogarse en la actividad de la administración", quien debería haber propuesto al Poder Legislativo la declaración de utilidad pública del bien a los fines de la expropiación, empleando para ello las facultades conferidas por el art. 3 de la ley 12.665 y art. 9 del decreto 84005/1941, y ajustándose de este modo a lo prescripto por el art. 17 de la Constitución Nacional.

Algunos autores avizoran en esta nueva postura de la Corte un positivo cambio jurisprudencial por el avance que implica en la protección de los derechos de las personas. Sin embargo, surge un inevitable interrogante acerca de los criterios que podrían adoptarse en el futuro -amplios o restrictivos- para determinar si la expropiación inversa es viable o no cuando existe una ley que declara al bien como patrimonio histórico sin sujetarlo a expropiación, y el tribunal, a pedido de la parte afectada, debe sustituir de alguna manera la decisión del legislador en cuanto a las razones de utilidad pública que se requieren para pagar la indemnización pertinente y transferir el dominio al Estado Nacional.

Por otra parte, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha debatido acerca de la protección del patrimonio histórico y la procedencia del reclamo de indemnizaciones por expropiación indirecta. Dicho análisis ha derivado en una visión amplia -al menos en forma teórica- del objeto del reclamo, el cual se puede extender a las consecuencias patrimoniales que causan las medidas de protección, aun cuando ellas no involucren un desapoderamiento físico de la propiedad.

De ese modo, la jurisprudencia norteamericana relativa al tema conduce a reflexionar con respecto a la posibilidad de efectuar un reclamo indemnizatorio cuando no sólo se procura tutelar la estructura arquitectónica del lugar, sino también conservar el destino o uso del bien y de la actividad -tal como ocurrió con la denominada "confitería Richmond" en la calle Florida de la ciudad de Buenos Aires- y tal restricción implica una carga manifiestamente desigual para el propietario del inmueble.

## LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO LLAVE MAESTRA DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

por AGUSTÍN ZALAZAR

### I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, una de las mayores deudas del derecho administrativo argentino (y quizás de nuestro derecho todo) fue la falta de regulación positiva del instituto de la responsabilidad estatal, lo cual dio lugar a una lenta y vacilante construcción jurisprudencial basada en previsiones del Código de Vélez. La Ley de Responsabilidad Estatal 26.944, sancionada el 2 de julio de 2014, llenó esa laguna, sentando posiciones muy firmes en varios puntos. Entre ellos se advierte la positivización de la postura doctrinaria que considera la figura como perteneciente al derecho administrativo, y por lo tanto pasible de regulación local, con las consecuencias que ello implica.

Históricamente, la naturaleza de la responsabilidad ha sido un punto de fuerte debate entre las doctrinas civilistas y administrativistas, considerándola la primera una simple categoría dentro de un sistema único, mientras que la segunda ha sostenido que, ante la evidente situación de disparidad entre las partes, debía existir un sistema paralelo basado en los principios jurídicos imperantes en la rama. Si bien las implicancias de alinearse con una u otra postura exceden los objetivos de este artículo, lo cierto es que la ley zanjó de manera contundente una polémica histórica, "devolviendo" a las provincias la posibilidad de regular un instituto que, por su naturaleza administrativa, debía haber sido regulado localmente y no por un Código de fondo, facultad que no había sido delegada al Congreso Nacional.

El instituto era tratado en el texto original del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, pero fue excluido por decisión del Poder Ejecutivo, quien reemplazó las previsiones civilistas por los actuales artículos 1764 y 1765, que disponen la inaplicabilidad del instrumento "...a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" y la regulación de la figura "por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda", respectivamente. Sin embargo, creo que esta exclusión no implica una separación irreconciliable entre ambas ramas del derecho, sino que hay que enfocarse en un punto que ha sido ignorado frente a las innovaciones de la ley. En efecto, los debates relativos a la naturaleza jurídica de la figura, el tratamiento de la responsabilidad por actividad legítima -en particular la judicial-, los rubros indemnizatorios, la inclusión de los concesionarios, entre otras cosas, eclipsa-

ron lo que considero es la llave maestra del encuadre y la interpretación de la norma, que es la aplicación analógica del Código Civil y Comercial a la ley.

Tanto el artículo 1764 citado como el artículo 1, párrafo 3, de la ley determinan la inaplicabilidad de la aplicación directa o subsidiaria del Código, pero no prohíben la aplicación analógica. Una correcta interpretación de estos artículos, que no la excluyeron expresamente, armonizada con la analogía como principio cardinal del derecho todo y particularmente con el mensaje de remisión del proyecto de ley al Congreso de la Nación permiten adivinar que la aplicación analógica del Código fue la intención del legislador, o al menos buscó dejar la puerta abierta para la utilización judicial de esta herramienta. Especial relevancia cobra entonces el mensaje de remisión al haber sostenido que la improcedencia de la aplicación directa o subsidiaria "...no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo"<sup>1</sup>.

Esta propuesta no implica acusar a la ley de incompleta, sino que, advirtiendo que es una ley marco, en cierta forma genérica a pesar de la firmeza de sus posturas, ante las eventuales lagunas que puedan surgir se proyecta la analogía del Código Civil y Comercial. Esta proyección, sin embargo, deberá ser analizada cuidadosamente, a riesgo de recaer en el error de aplicar equivocadamente institutos civiles en nuestra rama, intentando reconocer en qué puntos la analogía es improcedente, facultativa o necesaria.

## II. LA FIGURA DE LA ANALOGÍA

Precisada entonces la aplicación analógica del Código Civil y Comercial a la Ley de Responsabilidad Estatal como la llave maestra del tema, el eje de la cuestión radica en analizar cómo impacta la aplicación analógica en tanto actividad creadora. Recordamos que la analogía existe en el derecho como expresión del adagio "*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*", es decir, donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas. Este proceso de abstracción y aplicación a hipótesis no reguladas implica una actividad que, si bien se debate sobre su identificación como método interpretativo o como fuente del derecho, resulta en la aparición de una previsión legal que no existía antes, la cual debe amoldarse a los principios de la rama que viene a integrar.

Esto no resulta necesario cuando se utilizan figuras dentro de la misma rama del derecho (que hay quienes ni siquiera consideran analogía propiamente dicha), pero es fundamental al aplicar la analogía cuando se trata de figuras de ramas con principios rectores tan disímiles como el civil y administrativo. Históricamente, como desarrollaré luego, se han dado aplicaciones analógicas en las que se importaron figuras del derecho civil a nuestra rama sin respetar este amoldamiento a los principios rectores, resultando en un sistema de responsabilidad desvirtuado. En esta faz creativa es donde radica la diferencia entre la analogía y la aplicación subsidiaria, que consiste en una remisión ante un aparente vacío a la aplicación de una norma sin más.

La figura fue prevista en el Código de Vélez en su artículo 16, que se proyectaba como principio general del derecho y no sólo limitado al ámbito civil, sino aplicable directamente a otras ramas. Como no podía ser de otra manera, el Código Civil y Comercial regula la analogía, sosteniendo en su artículo 2 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".

Nuestra rama se ha valido frecuentemente de esta herramienta, toda vez que se caracteriza por su constante evolución y falta de codificación, en la que las lagunas del derecho (o, siguiendo a Linares, los "casos administrativos no previstos") suelen surgir con mayor frecuencia. Así, existieron aplicaciones de la figura en materia contractual en la Ley de Obras Públicas, en la ley 19.549 previo a la reforma del decreto 1023/2001 (e incluso, siguiendo a Cassagne, la aplicación de esta ley a los otros dos poderes, ya que "nada impide utilizar, por analogía, el criterio de la función materialmente administrativa para asignar el carácter de actos administrativos a los provenientes de los órganos legislativo y judicial")<sup>2</sup> y quizás el caso más controversial, la expropiación para la indemnización en casos de responsabilidad por actividad lícita del Estado.

También ha habido dentro de la compleja relación entre el derecho civil y el administrativo, desde la concepción de este último como una rama subordinada a su jerarquización e independencia, aplicaciones analógicas de figuras civiles exitosas y correctamente adaptadas a los principios administrativos. Particularmente, considero el ejemplo más claro y decisivo el famoso fallo "Los Lagos"<sup>3</sup>, en donde se dio la superación de ese paradigma de subordinación. Recordando sucintamente, en el marco de una causa por nulidad de un decreto del Ejecutivo Nacional que había declarado la caducidad de ventas hechas y formalizadas a quienes habían antecedido al demandante en el dominio, llegado al punto de la prescripción de la acción la Corte advirtió que éste era el punto central, ya que la procedencia o no de la acción de prescripción dependía de la naturaleza de la nulidad del decreto.

Hasta este momento (y debido a la falta de la regulación de la nulidad en nuestra rama, en la que se legislaría el tema recién en 1972) se aplicaba sin más el régimen del Código de Vélez, pero en esta oportunidad el Supremo Tribunal decidió que el doble sistema de nulidad ese Código no era aplicable aquí sin más, debido a que la distinción entre nulidad absoluta y relativa según el interés público en juego no se condecía con los principios del derecho administrativo, en donde ese interés siempre está en juego. Sin sumergirse en los sistemas de nulidades, entonces, lo que considero relevante del caso como antecedente a una posible aplicación analógica del Código Civil y Comercial a la Ley de Responsabilidad Estatal es el hecho de tomar una figura civil y, tras atravesar el tamiz administrativo, aplicarla de forma novedosa.

<sup>2</sup> Cassagne, Juan Carlos, "Acto y reglamento en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", en el Catálogo Unificado de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica Argentina, <http://200.16.86.50/>, en <http://200.16.86.50/digital/34/revistas/pi/cassagne56.pdf> (acceso el 13/8/2014).

<sup>1</sup> Considerando octavo del mensaje de remisión del proyecto de ley, que se puede encontrar

### III. ANÁLISIS DE LA LEY Y EL CÓDIGO

Cabe entonces adentrarse en el análisis de las dos nuevas normas y su posible interrelación. Considero que los aspectos más relevantes de la figura de la responsabilidad estatal, como así también de la ley, son, por un lado, los requisitos para la procedencia de la responsabilidad por actividad lícita e ilícita y por otro el alcance de la indemnización. Nos encontramos entonces con el daño, la relación de causalidad (y los eximentes) y la falta de servicio en actividad ilícita, siendo reemplazada esta última por el sacrificio especial y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño en la actividad lícita, como así también con los rubros indemnizatorios dentro del alcance de la indemnización.

### IV. CAUSALIDAD

Es coherente comenzar con la causalidad, toda vez que es la cuestión fáctica que determina la existencia del daño y los parámetros que permite determinar la extensión de la retribución; ocurrido el perjuicio, es gracias a este concepto que se descubre a quién es atribuible el daño, por qué ocurrió y sus diversas consecuencias. Re-occurido esto, se procederá con la verificación de la relación del causante con la Administración, operando como una especie de presupuesto habilitante.

El Código de Vélez parece alinearse con la teoría de la causalidad adecuada, responsabilizando al autor por las consecuencias previsibles de su acto según un criterio objetivo, es decir, por las consecuencias inmediatas de sus "hechos libres", las mediatas que hubiese previsto o hubiera podido preverlas empleando la debida atención y las casuales cuando debieron resultar según las miras que tuvo al actuar, nunca siendo imputables las remotas. Es con esta teoría que también parece identificarse la Corte Suprema, en líneas generales, por ejemplo en los famosos fallos "Deoca"<sup>4</sup>, "Mosca"<sup>5</sup> y no hace tanto en "Laboratorios Huilén"<sup>6</sup>, aunque esta postura no ha sido constante (encontrando expresiones de la teoría de la equivalencia de las condiciones en "Furnier"<sup>7</sup> o incluso de varias posturas superpuestas en "Tejedurías Magallanes"<sup>8</sup>.

Por su parte, la ley regula la causalidad en tres artículos, no reconociendo la procedencia de la responsabilidad estatal en su artículo 2 ante el caso fortuito y fuerza mayor, salvo asunción expresa por ley, hecho de la víctima o de tercero por el cual no tenga que responder el Estado, imponiendo el requisito de que sea adecuada en supuestos de actividad e inactividad legítima, en el artículo 3, y que sea directa, inmediata y exclusiva ante daños ocasionados en el marco de una actividad legítima. En

4 "Deoca, Corina del R. v. Paredes, Fidel L. y otro", Fallos 324:1701.

5 "Mosca, Hugo A. v. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 330:563, considerando sexto

6 "Parisi de Frezzini, Francisca v. Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios", P. 681. XLIII, 20/10/2009.

7 "Furnier, Patricia M. v. Pcia. de Bs. As. s/daños y perjuicios", Fallos 317:1006.

8 "Tejedurías Magallanes S. A v. Administración Nacional de Aduanas s/daños y perjui-

este punto, entonces, la norma recoge la postura que la Corte sostuvo en "Ledesma"<sup>9</sup> y en "Revestek"<sup>10</sup>; tratándose del accionar lícito del Estado, éste debe ser analizado con cautela e incluso una visión restrictiva.

El Código Civil y Comercial, al tratar la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones, establece como reparables las consecuencias que generen un daño y tengan un nexo adecuado de causalidad con el hecho generador, siendo indemnizables las inmediatas y mediatas previsibles, salvo disposición legal en contrario<sup>11</sup>. Prevé como eximente "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"<sup>12</sup>, por caso fortuito (definido como el "hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado" y que considera sinónimo de fuerza mayor)<sup>13</sup> salvo disposición en contrario y por el hecho de un tercero, total o parcialmente, si reúne los caracteres de la figura anterior.

En cuanto a la *onus probandi*, la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, a menos que la ley la impute o la presuma, encontrándose la carga de la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento sobre quien la invoca<sup>14</sup>. El mismo criterio es adoptado respecto de los factores de atribución y circunstancias eximentes<sup>15</sup>. Sin embargo, se faculta al juez para que "distribuya 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"<sup>16</sup>, debiendo comunicárselo durante el proceso a las partes. Considero que la positivización esta facultad judicial respecto de la carga dinámica de la prueba podría ser aplicable por analogía al juez administrativo, lo que probablemente redundaría en una mayor carga probatoria para la Administración, ya que usualmente se encuentra en una mejor situación para producir y acceder a la prueba.

Es evidente, entonces, que ambas normas se enrolan en la teoría de la causalidad adecuada, resultando que se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles salvo disposición en contrario, postulado expresamente en el Código e implícito en la ley. Los mismos casos de eximentes son contemplados en ambos cuerpos, siendo que el caso fortuito y la fuerza mayor son incluidos, salvo disposición en contrario en el Código y asunción legal en la ley. El Código Civil y Comercial contempla al hecho de la víctima como causal de exclusión, a menos que se deba tratar de su culpa, dolo o cualquier circunstancia especial, por ley o contrato, mientras que la

9 "...toda vez que resulta necesario acreditar -aun desde este punto de vista- la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal". "Ledesma S.A Agrícola Industrial v. Estado Nacional (M. de Economía)", Fallos 312:2022, considerando 16.

10 "Revestek S.A v. Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario", Fallos 318:1531.

11 Art. 1726, C.Civ.yCom.

12 Art. 1729, C.Civ.yCom.

13 Art. 1730, C.Civ.yCom.

14 Art. 1736, C.Civ.yCom.

15 Art. 1734, C.Civ.yCom.

16 Art. 1735, C.Civ.yCom.

ley incluye el hecho de la víctima sin mayores precisiones. La sola intervención de una tercera persona por la que la Administración no deba responder es suficiente para que ésta no sea considerada responsable, en el marco de la ley, mientras que el Código Civil y Comercial adopta una postura más estricta, limitándolo a los casos en los que la intervención es imprevisible o inevitable. No parece que proceda la analogía en este punto, ya que la ley se adhiere a la teoría de la causalidad exclusiva.

Resulta interesante la inclusión del artículo 1733, que funciona como una especie de anverso a los eximentes, toda vez que enumera una serie de presupuestos en los que el deudor puede ser responsable aun si existe caso fortuito o fuerza mayor. Se prevén así los casos de asunción de cumplimiento (de difícil aplicación en la ley por no imaginarse dónde se asumiría ese cumplimiento), si surge de una disposición legal (ya previsto en la ley), si se está en mora (no aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado), si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad (que será tratado en la falta de servicios) y finalmente si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobreviene por su culpa. Es este último punto el que considero puede ser aplicable analógicamente a la ley, identificando a la culpa como atribución y no como culpa subjetiva.

## V. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Tradicionalmente se ha incluido dentro de este requisito a las figuras de la falta de servicio y el riesgo creado. Recordamos brevemente que la falta de servicio ocurre ante el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración, ya sea por su actuar o la omisión ante una obligación de hacerlo. En las conocidas palabras de la Corte, "...en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución"<sup>17</sup>. Esta idea no tiene lugar en el derecho civil, toda vez que la idea de falta de servicio es objetiva e incluye toda la actividad, tanto jurídica como material, emanada de los tres poderes que genere un daño, por lo que es más abarcativa que la noción civil de culpa, netamente subjetiva.

Mención aparte merece la figura de la omisión antijurídica, que ocurre cuando un poder público omite realizar, total o adecuadamente, una conducta a la que se encontraba obligado y que, de haberse llevado a cabo, hubiera sido idónea para evitar el daño. El quid de la omisión es la obligación de realizar la actividad, debatiéndose si se debe tratar de una obligación legal expresa o implícita, o más bien un deber genérico o difuso. La figura se consideraba en un principio regida por el artículo 1074 del Código de Vélez, que sostiene que "Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido", pero la Corte comenzó luego a encuadrarla en el artículo 1112, posición que comparte Perrino<sup>18</sup>, que opi-

na que, toda vez que ese artículo contempla la inacción, es correcto su uso, ya que el art. 1074 es impreciso respecto del alcance de la obligación a reparar<sup>19</sup>.

Si se indaga en la jurisprudencia reciente de la Corte en este punto, rápidamente nos encontramos con el fallo "Pochat"<sup>20</sup>, en donde la omisión es un tema central. Se trató de un caso en el que el director de una delegación de ANSeS fue asesinado por el esposo de una mujer que había sido recientemente desplazada. Este hombre entró a la dependencia y pidió cordialmente ver al Dr. Pochat a fin de entregarle documentación pertinente al despido, dándole muerte en su oficina. El Tribunal Supremo se mantuvo en su línea de responsabilidad objetiva y directa por falta de servicio, enfocándose en la obligación de seguridad que tenía el Estado para con el Dr. Pochat, concluyendo en que "la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que 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 produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa", además de expresar que la "...obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar..."<sup>21</sup>.

La ANSeS no estaba obligada a brindar una seguridad especial a la víctima, que recibió a su victimario (conocido por muchos de los trabajadores de la oficina) de su propia voluntad, pero más allá de los hechos, creo que es fundamental lo que se constituye como holding del fallo: el requisito de "un deber jurídico determinado a cargo del Estado nacional basado en una obligación preexistente"<sup>22</sup>. En considerandos anteriores al holding (y en el inmediatamente posterior) se menciona el precedente más famoso en materia de omisión, "Mosca", pero en su postura más reciente la Corte se coloca en una posición más firme: requiere deber jurídico determinado y obligación preexistente.

La otra figura a la que se ha recurrido tradicionalmente para reconocer la responsabilidad estatal ha sido el riesgo creado, encuadrado en el artículo 1113, inc. 2. La redacción amplia de este artículo, concebido para regir relaciones entre iguales, resultó en una desnaturalización del concepto, ya que, aplicado analógicamente al derecho administrativo y sin adecuarse a las realidades de él (tales como la enorme cantidad y variedad de actividades riesgosas que realiza el Estado o la incompatibilidad de la idea de riesgo provecho con éstas), resultó en una mentalidad de excesiva imputación al Estado, devenido en garante de todos los avatares de la vida en sociedad. Perrino<sup>23</sup> refiere que, incluso desde el derecho civil, López Mesa advierte que la aplicación excesiva de este artículo a supuestos que ontológicamente le son ajenos ha extendido ad infinitum el ámbito del deber de reparar los daños que sufren los particulares, por parte del Estado, aunque su postura es solitaria.

<sup>19</sup> De igual manera opinan Gordillo y Gambier.

<sup>20</sup> "Carballo de Pochat, Violeta S. L. v. ANSeS s/daños y perjuicios", sentencia del 8/10/2013.

<sup>21</sup> *Ibidem*, considerando noveno.

<sup>22</sup> *Ibidem*, considerando treceavo.

<sup>23</sup>

<sup>17</sup> "Ferrocarriil Oeste v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 182:5, considerando quinto.

<sup>18</sup> Perrino, Pablo, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", LL 2011 E 715 del 24/8/2011.

Al encuadrar situaciones que deberían ser abordadas desde la falta de servicio, en la teoría del riesgo se da una errónea ampliación del deber de reparar, ya que basta demostrar el nexo causal y el daño para que nazca el deber, resultando innecesaria la acreditación de la irregularidad del servicio. Debe tenerse en mente la inversión de la carga de la prueba que impone el art. 1113: ante daños causados con las cosas, la eximición ocurre probando que no hubo culpa, pero ante riesgos causados por el riesgo de la cosa, sólo hay eximición acreditando culpa de la víctima o de un tercero.

Ocupándonos entonces de la nueva norma, observamos que la ley requiere para la procedencia de la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima una "Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado", redacción amplia que permite considerar la actuación defectuosa de los tres poderes. Inmediatamente surge el interrogante, ¿qué sucede con el riesgo? ¿Sigue siendo un factor de atribución? La respuesta es que sí lo es, siempre y cuando el riesgo creado implique una falta de servicio. La ley es taxativa, no procede ningún tipo de analogía respecto del riesgo, ni de la doctrina del 1113 ni del Código Civil y Comercial. Esto implica también una corrección de la cuestión probatoria recién desarrollada.

Imaginemos el caso de que un árbol o sus ramas caigan y hieran a una persona. Viniendo del derecho civil, esto sería imputable a la persona por el riesgo de la cosa, pero ahora, con la nueva ley, el Estado sólo sería responsable si pesaba sobre él una obligación de mantenimiento, por ejemplo de poda, que, al haber incumplido, dé lugar a la configuración de falta de servicio.

No considero, empero, que esto implique una imposibilidad absoluta de aplicación analógica del Código a la ley. No es procedente la figura del riesgo sin más como factor de atribución, pero cuestiones como el daño con animales del artículo 1759 o la responsabilidad concurrente del guardián del artículo 1758 podrían ser procedentes. Aún más, se encuentra la figura interesante de la exposición voluntaria al daño en el artículo 1719, que determina que "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. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido".

A primera vista, el texto resulta conciliable, en tanto un texto prevé que no se responde si el hecho de la víctima implica una exposición al riesgo que interrumpa el nexo causal y el otro texto establece que el Estado no responde ante el hecho de la víctima. Pero es la segunda parte en donde la analogía puede entrar en juego, imaginando el caso de una persona que se expone voluntariamente a un riesgo para salvar otra persona o un bien (siguiendo el ejemplo anterior, por ejemplo, se interpone entre un árbol que está cayendo y un niño que está en su trayectoria) y lo hace efectivamente, siendo lastimado en el proceso. En este caso creo que la persona podría ser perfectamente indemnizable por responsabilidad estatal aplicando el artículo analógicamente, reiterando que ocurrirá siempre y cuando el hecho pudiera encuadrarse, además, en una falta de servicio.

Esta es entonces, a mi juicio, una de las principales innovaciones de la ley: la búsqueda de reencauce de una figura importada del derecho civil y aplicada erróneamente, lo cual llevó a una concepción desvirtuada del riesgo en la actividad administrativa. No obstante, incluso aunque se haya excluido al riesgo sin más como factor de atribución, puede verse que la aplicación analógica es viable en ciertos aspectos.

La otra innovación en este punto surge al tratar la omisión, regulada en la segunda parte del artículo 3, en tanto establece que "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado", redacción que en primer lugar desplaza al artículo 1074 y pone fin al debate sobre la explicitud de la manda. Podría decirse, a primera vista, que esto excluye la omisión del cumplimiento de los principios, pero sería olvidar que ellos son una vinculación negativa, límites a la libertad de actuación y no imposiciones.

Comparando el artículo con las previsiones del Código Civil y Comercial, no encontramos mayores resistencias, toda vez que este cuerpo presenta previsiones relativamente sencillas en cuanto a la omisión<sup>24</sup>. Pero continuando con el análisis del articulado encontramos una previsión un poco más compleja, que resulta atractiva para nuestro estudio, en el texto del artículo 1718. En él se enumeran los casos en los que el daño por acción u omisión que sería antijurídico está justificado, estándolo al ser:

"a) en ejercicio regular de un derecho;

"b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;

"c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".

Resulta difícil concebir una situación en la que el daño por omisión ocurra a raíz del ejercicio regular de un derecho, como así también que la Administración actúe en legítima defensa propia, máxime con la definición civilista del término, pero creo que sí es concebible situaciones en las que el Estado omita un deber normativo de actuar en pos de evitar un mal mayor, con los requisitos que el inciso c) establece. Entonces, incluso restringidos por la estrictez de la redacción de la ley, podemos encontrar instancias de aplicación analógica del Código Civil y Comercial en materia de omisión.

## VI. DAÑO

Corresponde entonces indagar en el sistema de daños conforme a los textos de las nuevas normas, reiterando su carácter de eje fundamental de análisis de la figura

<sup>24</sup> "Art. 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código." "Art. 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada." "Art. 1749.- Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión".

de la responsabilidad estatal, además de requisito esencial para su procedencia. Yendo un poco más allá de la definición del Código de Vélez, que en su artículo 1968 lo caracteriza como "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", recordamos brevemente la necesidad de que él sea actual y cierto, o futuro pero ni hipotético ni conjetural, mensurable en dinero y subsistente al momento de la indemnización. Así, la ley requiere que el daño causado por la actividad o inactividad ilegítima del Estado sea "cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero".

En cuanto al daño ocurrido a raíz de una actividad legítima, toda vez que se trata de una consecuencia del correcto ejercicio de las prerrogativas de la Administración, se agregan los requisitos de ausencia del deber jurídico de soportar el daño (aunque Comadira precisa que deberíamos hablar de deber de soportar la conducta dañosa, no confundir la causa y la consecuencia, porque, por ejemplo, un contratista debe aceptar la rescisión por oportunidad, mérito o conveniencia, pero no tiene el deber de aceptar los daños que de eso derivan)<sup>25</sup> y el carácter de especialidad del sacrificio, sufrido por una persona o grupo determinado de ellas. La ley contempla estos dos requisitos en el artículo 4, en donde refiere a la "ausencia de deber jurídico de soportar el daño" y el "sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido". Es destacable, continuando con el desgrano del texto de la norma, el tratamiento del daño en este supuesto, ya que, a diferencia del daño por actividad ilícita, requiere que sea "cierto y actual".

Por otro lado, el Código Civil y Comercial reconoce la existencia de 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"<sup>26</sup>, el cual es indemnizable siempre y cuando se trate de "un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente", agregando además que "la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador"<sup>27</sup>. Finalmente, trata el tema de la dispensa de responsabilidad al decir que "Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder"<sup>28</sup>.

Se advierte la inclusión de los derechos de incidencia colectiva, o contemplados en el artículo 1 de la ley que sólo refiere a "los bienes o derechos de las personas", pero creo que no cabe duda de que aquéllos se encuentran incluidos dentro de esta definición amplia. Incluso a pesar de que el texto original del Anteproyecto tratara esta categoría de derechos de manera particular y ese articulado fuera excluido por el Ejecutivo, no creo que esto implique una imposibilidad de ampliación analógica de los supuestos. Se pospuso el tratamiento legislativo de la cuestión, pero el juez se encon-

<sup>25</sup> Comadira, Julio R.; Escola, Héctor J. y Comadira, Julio P., Curso de derecho administrativo, 1ª ed., 1ª reimp., t. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 1523.

<sup>26</sup> Art. 1737, C.Civ.yCom.

trará con supuestos que se encuadren en este ámbito y deberá usar todas las herramientas a su alcance, entre las cuales considero que la analogía es la principal.

Se deduce, por otro lado, que si el autor de la norma aclaró que el daño por actividad legítima debe ser cierto y actual, y el de actividad e inactividad ilegítima debe ser sólo cierto, incluye el daño futuro. Por ello este último concuerda con las características del art. 1739, no así el legítimo por la cuestión del daño futuro.

En lo concerniente a la prueba de la lesión, la ley en los dos casos impone la carga en quien la invoca, postura compartida por el Código Civil y Comercial, que agrega, sin embargo, las salvedades de "que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". La ley, siendo la norma específica en la materia, no imputa ni presume ninguna prueba, por lo que esto no sería aplicable por analogía. Respecto de la segunda parte, no creo que sea extensible, ya que el criterio en el derecho administrativo es más estricto, como de hecho pide la ley al decir "debidamente acreditado". La ley es taxativa en lo que respecta al daño, por lo que la analogía no parece procedente.

## VII. LA INDEMNIZACIÓN

Quizás el ámbito más rico para la procedencia de la aplicación analógica del nuevo Código resulte el siguiente instituto a analizar, el de la indemnización, que no estaba regulado hasta la sanción de la ley. En consecuencia, históricamente se recurrió a previsiones del Código de Vélez para determinar el alcance en la indemnización por actividad ilícita, puntualmente los artículos 903, 904 y 1069, resultando en una idea de indemnización plena (incluyendo daño emergente, lucro cesante y hasta daño moral), toda vez que este tipo de daño es esencialmente igual a su contraparte civil. En contraste, para determinar el alcance de la responsabilidad por actividad lícita, se realizó una construcción jurisprudencial basándose en las garantías constitucionales de propiedad e igualdad ante las cargas públicas, como así también recurriendo a la Ley de Expropiaciones. El uso de esta última norma llevó a fluctuaciones jurisprudenciales y fuertes choques entre los defensores de la fuerza expansiva de la figura expropiatoria y los que sostenían que el lucro cesante era procedente por no respetarse los requisitos constitucionales para la aplicación de esa restricción al dominio.

La misma Corte Suprema sostuvo, en general<sup>29</sup>, la improcedencia del lucro cesante, pero también reconoció su procedencia en otros casos resonantes<sup>30</sup>. Entre ellos recordamos a "Sánchez Granel" y "Jucalán", los fallos insignia de los defensores del reconocimiento del lucro cesante. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se hizo lugar al rubro indemnizatorio por falta de prueba, por lo que los holdings no son favo-

<sup>29</sup> Famosamente en "Corporación Inversora Los Pinos S.A v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; "Cantón, Mario E. v. Gobierno nacional", Fallos 301:403; "Motor Once, SAC e I v. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos 312:649; "Winkler, Juan León v. Nación Argentina", Fallos 305:1045; "Laplacette v. Prov. de Buenos Aires", Fallos 195:66.

<sup>30</sup> "Sánchez, Granel, Obras de Ingeniería, SA. v. Dirección Nac. de Vialidad", Fallos 306:1409; "Jucalán Forestal Agropecuaria S.A.", Fallos 312:2266; "Cachau, Oscar J. v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos, 316:1335; "Prada, Iván R. v. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos 316:1465; "Estancias Marré SAI AF e I v. Provincias de

rables al reconocimiento y resulta forzoso intentar fundamentar una postura doctrinaria tan contundente con algunos obiter dicta.

Sea como fuere, la postura reciente de la Corte puede verse en el caso "Malma"<sup>31</sup>, en donde, en el marco de restricciones a importaciones de motocicletas, dijo que "...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, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional..."<sup>32</sup>. Profundiza esta postura al requerir en el siguiente considerando "la singularidad del perjuicio", reiterando a su turno en el considerando subsiguiente la idea del "sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrolladora", insistiendo en el considerando subsiguiente que el "...sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrollada", el que debe probar en este caso la apelante, quien lo invoca.

Creo que es dable resaltar en este razonamiento del Tribunal Supremo los conceptos de consecuencias anormales y sacrificio desigual como presupuestos aún más estrictos para la procedencia de la responsabilidad. La postura jurisprudencial fue variable, si bien inclinada hacia la aplicación de la figura de expropiación, pero correspondía al legislador elegir por qué opción se inclinaría, habiendo argumentos a favor de las dos, habiéndolo hecho en esta ley con claridad.

La ley no realiza precisiones en torno a la indemnización por actividad ilícita, pero, como fuera dicho, dada su similitud con su contraparte civil, podemos recurrir a las previsiones del Código Civil y Comercial. Así, encontramos el artículo 1738, que define los rubros indemnizables, incluyendo lucro cesante, pérdida de chances, derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales legítimas y proyecto de vida, todos los cuales, considero, serían aplicables por analogía al daño en el ámbito administrativo. En el artículo 1740 encontramos una definición de reparación plena, que ahora faculta a la víctima a elegir entre restitución al estado anterior por pago en dinero o especie o por reintegro específico, mientras que en el 1746 se regula la indemnización por incapacidad por lesiones físicas o psíquicas, ambos también pasibles de aplicación por analogía a nuestro ámbito<sup>33</sup>.

Interesante resulta la aplicación analógica del artículo 1745, que refiere a los rubros indemnizatorios en caso de muerte, incluyendo

"a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

31 "Malma Trading S.R.L v. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/proceso de conocimiento", fallo del 15/5/2014 de este año, aún no recopilado.

32 Ibídem, considerando décimo.

33 Con la breve salvedad de la presunción de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte del art. 1746, porque en el Código Civil y Comercial el daño es probado por quien lo alega, salvo que la ley lo presuma, y en la Ley de Responsabilidad Estatal, el que alega prueba sin más. En este caso, el nuevo Código sería precisamente esa ley que está presumiendo el daño que él mismo requiere, pero no podría trasladarse al ámbito administrativo por ser una ley civil y ser

"b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de 21 años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;

"c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".

Nuevamente, no parecería irrazonable aplicar este artículo al daño de origen ilícito en el ámbito administrativo. En general, como he dicho, ya que el daño por actividad ilícita es en esencia similar a su contraparte civil, creo que la aplicación analógica de varios artículos es procedente.

¿Qué ocurre con la actividad lícita? La ley la trata en su artículo quinto, definiendo que

"La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

"La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

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

La excepcionalidad de la procedencia en realidad implica un análisis estricto de los presupuestos habilitantes, lo cual es lógico tratándose de actos legítimos de la Administración (de la misma manera que la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser particularmente metódica y cautelosa). Luego se recoge la postura habitual de Corte de no reconocimiento del lucro cesante, siendo curioso que el tribunal recurra a la Ley de Expropiaciones por no haber ley especial, y la Ley de Responsabilidad Estatal no sólo recogió esa línea sino que se erigió precisamente como esa ley especial. Luego limita los rubros indemnizables al valor objetivo de la cosa, adhiriéndose a posturas como la de Comadira o Ghersi, que opinaban que el daño moral no debería tener lugar cuando el daño (y el sacrificio) se enmarcan en un deber comunitario.

Por último, encontramos un aspecto que ha resultado muy controversial, la improcedencia de indemnización por actividad judicial, que meramente recoge la opinión de la Corte, que ha sostenido establemente que "...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. 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 el costo inevitable de una adecuada administración de justicia"<sup>34</sup>.

Amerita una breve mención la cuestión de las inversiones no amortizadas. La redacción original del Anteproyecto de Código las contemplaba en su artículo 1766, que reconocía el daño emergente ante daños por actividad lícita, pero posibilitaba la inclusión de estas inversiones si se afectaba la continuación de una actividad. El texto se hacía eco del artículo 1676 del Proyecto de Código de 1998, el cual fuera criticado por Comadira por "abrir una alternativa resarcitoria del lucro cesante de consecuencias imprevisibles". Y es que, debido a la naturaleza de estas inversiones, que alguno podría argumentar están a mitad de camino entre el lucro cesante y daño emergente, de habérselas incluido, se habría abierto la puerta al lucro cesante, inutilizando el sistema entero.

Parece entonces que, por la diferencia esencial de la naturaleza jurídica de la responsabilidad por actividad lícita administrativa con el sistema de responsabilidad civil (en el cual podría argumentarse que hay algunos supuestos asimilables, pero que no están fundamentados por la idea de interés común que sí lo están en nuestra rama), la analogía no es procedente en ningún punto.

### VIII. CONCLUSIONES

1. Creo que fue la voluntad del legislador que la interpretación de la Ley de Responsabilidad Estatal, que por su carácter de marco puede adolecer de algún vacío, fuera la analogía. Tras haber analizado el texto de la norma, parece que no hay grandes lagunas, y las analogías propuestas sirven para casos específicos (pero posibles) o herramientas creativas para el juez.

2. La analogía es exitosa para importar previsiones civiles a nuestro ámbito, siempre y cuando se las amolde a los principios en él rectores. En otras palabras, debemos guardarnos de cometer ligerezas como la aplicación, a mi juicio errónea, de la teoría del riesgo en el ámbito administrativo y seguir, por nombrar uno, el ejemplo de "Los Lagos".

3. La responsabilidad estatal ha sido confirmada como figura administrativa y, por lo tanto, de regulación local. Esto no implica, empero, una escisión tajante con el derecho civil, sino una reivindicación de la jerarquía de nuestra rama, con la que sigue teniendo puntos de continuidad y contacto.

4. Creo que la ley buscó ser una consagración de la situación jurisprudencial al momento de su sanción y fue concebida en comunicación constante con el Código Civil y Comercial.

5. La analogía resulta procedente, en general, para cuestiones de responsabilidad por actividad ilícita, por su esencial similitud, por lo que considero es factible la aplicación de las cuestiones de alcance y rubros indemnizatorios por analogía, como así también la legitimación de derechos de incidencia colectiva.

6. Resulta clave la consagración de falta de servicio como único causal de atribución de responsabilidad. El riesgo sí más ya no incluye este concepto, a menos que la actividad se configure en una falta de servicio. En ese marco, no veo por qué no podrían aplicarse analógicamente previsiones tales como las referidas a eximiciones y sacrificio personal.

7. La omisión ya no es identificable con el art. 1074, sino que se alinea con el

8. La responsabilidad por actividad lícita es por definición poco propicia para la aplicación analógica.

9. La causalidad en este punto para generar responsabilidad es más estricta, exclusiva, el daño no acepta lucro cesante, recogiendo no sólo la postura habitual de la Corte Suprema, sino la más reciente y estricta que surge del caso "Malma".

10. La excepcionalidad implica un criterio más estricto de aceptación de su procedencia, lo que tiene sentido si se trata de hechos realizados en el marco de competencias otorgadas constitucionalmente y realizadas correctamente. La exclusión de la responsabilidad por actividad judicial legítima recoge, a su turno, posturas de la Corte, mientras que la exclusión de rubros extrapatrimoniales recoge posturas doctrinarias que entienden que el sacrificio se enmarca en un deber comunitario.

11. Propongo entonces un justo medio: no una escisión entre el Código Civil y Comercial y la ley administrativa, ni tampoco reincidir en los errores que se cometieron durante décadas, sino aceptar la analogía, exhortar a su uso, pero cautelosamente, reconociendo los puntos en los que no es posible.