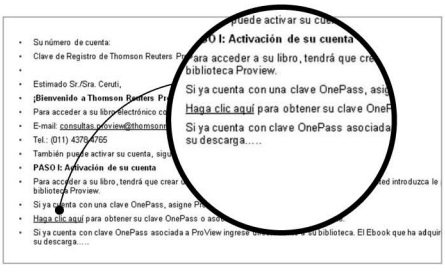
THOMSON REUTERS

LA LEY

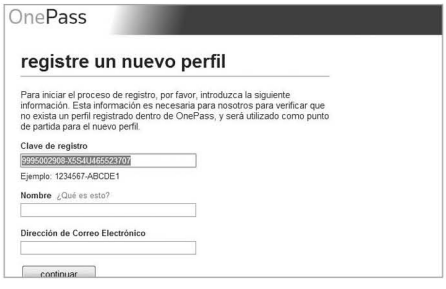
FEDYE
FONDO EDITORIAL
DE DERECHO Y ECONOMIA

SI ES LA **PRIMERA VEZ** QUE USA UN eBOOK DE THOMSON REUTERS

1. Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y obtener su clave **OnePass.**



2. Ingrese el **NOMBRE** (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico.

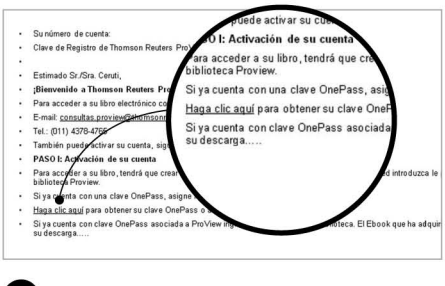


3. A continuación, complete los campos requeridos y cree su perfil. **Importante:** El **USUARIO** y **CONTRASEÑA** elegido en este proceso le permitirán ingresar a **ProView** para poder visualizar su eBook.

4. Finalmente, aparece un mensaje de registro que confirma el acceso a su libro electrónico. Para descargar la aplicación **ProView** y poder consultar su eBook siga las instrucciones que aparecen en la siguiente página.

SI **NO ES LA PRIMERA VEZ** QUE USA UN eBOOK DE THOMSON REUTERS

1. Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y asociar su eBook a su cuenta.



2. Ingrese el **NOMBRE** (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico. **Importante:** utilice la misma dirección de correo electrónico registrada en **OnePass**.

3. Finalmente su eBook está listo para descargarse en la aplicación **ProView**.

FORMAS DE **ACCESO**

ACCESO DESDE SU IPAD O TABLETA ANDROID

Descargue la aplicación Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android:

- Entre en **iTunes Store y busque ProView** para acceder a la aplicación de **iPad en iTunes Store**.
- Entre en **Google Play y busque ProView** para acceder a la aplicación de **Android en Google Play**.

ACCEDA A SU BIBLIOTECA

- **Abra la aplicación** de Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android.
- **Inicie la sesión** introduciendo su usuario y **contraseña OnePass**.
- El libro electrónico que ha adquirido está **disponible en su biblioteca**.
- **Descargue el contenido del libro** haciendo clic **en el ícono del libro electrónico** (este paso sólo es necesario hacerlo la primera vez que accede al contenido y es preciso que el iPad o la tableta Android esté conectado a Internet).
- Una vez descargado, el libro electrónico ya está disponible para su consulta.

ACCESO DESDE SU ORDENADOR

Descargue la aplicación de escritorio de Thomson Reuters PROVIEW™ para PC (Windows o Mac):

- Entre en **http://thomsonreuters.com/site/proview/proview-for-window-mac/** para descargar la aplicación para su ordenador Windows o Mac.

THOMSON REUTERS PROVIEW™ DESDE SU NAVEGADOR

Si lo prefiere, puede acceder a Thomson Reuters PROVIEW™ desde su navegador:

- Entre en la página web **https://proview.thomsonreuters.com** e introduzca su usuario y contraseña OnePass.

SI TIENE DUDAS O PROBLEMAS CON EL PROCESO DE ACTIVACIÓN DEL eBOOK, PUEDE LLAMAR AL TELÉFONO **0810 222 5253**

THOMSON REUTERS

La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos

Código Civil y Comercial

Ley 26.944 comentada

La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos

Código Civil y Comercial
Ley 26.944 comentada

Pablo Esteban Perrino

THOMSON REUTERS
LA LEY

Perrino, Pablo Esteban

La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos - Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada) - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

320 p.; 24 × 17 cm.

ISBN 978-987-03-2939-8

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial.

CDD 346

© Pablo Esteban Perrino, 2015
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2015
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 900 ejemplares

ISBN 978-987-03-2939-8

SAP 41858353

ARGENTINA

A la memoria de mi padre, Jorge Oscar Perrino, y a mi madre, María Inés Gil Zoya, quienes supieron transmitir su vocación por ayudar a construir una sociedad más justa.

A mis hijos, Juan Pablo, María Belén y Agustín Tomás, por compartir a diario la fuerza y la alegría de su maravillosa juventud.

A mi esposa, Adriana María, por su generosidad, paciencia y sus agudos aportes en la corrección de los originales de esta obra.

Prólogo

El dictado de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos (LRE) y la regulación que efectúa el Código Civil y Comercial sobre la materia ha generado grandes interrogantes en el ámbito profesional y doctrinario que, como podrá apreciar el lector, encuentran explicación y respuesta en la obra que tengo el honor de prologar, no sólo por los vínculos personales, académicos y profesionales que me unen a su autor, sino porque creo, realmente, que es uno de los juristas más brillantes de la generación de administrativistas subsiguiente a la que pertenezco.

Tanto a Perrino como a mí, nos ha parecido conveniente introducir en este prólogo un breve estudio introductorio que demuestra que —aún con las diferencias de estilo y pormenores respecto de la institución a la que hemos dedicado muchas horas de reflexión en el marco de un dialogo fructífero volcadas en numerosos trabajos— existe una línea doctrinaria que compartimos, que afirma que el fundamento de la responsabilidad estatal reposa en los principios que inspiran y dan sustento al Estado de Derecho y en la vigencia del principio de la justa indemnización cuando el Estado provoca daños tanto por su actuación ilegítima como legítima.

El oficio del jurista conlleva a generar ese dialogo de ideas. Y lo importante es que el dialogo y en cualquier caso, la crítica, sean fecundos, máxime cuando —tal como ocurre en los tiempos actuales— las posiciones dogmáticas suelen asumir una vehemencia inusitada; se ignora lo esencial de cada tesis y se prescinde de la evolución que caracteriza la dinámica del pensamiento jurídico que debe estar abierto a los cambios que acontecen en la sociedad con la mira puesta, como en el caso de este excelente trabajo, en los principios de justicia que informan las fundadas posturas y desarrollos doctrinarios sostenidos por el autor.

Como ya lo he señalado en otras ocasiones, el basamento jurídico de la responsabilidad estatal se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural (vgr. *alterum non leadere*) existen por si mismos sin necesidad de reconocimiento positivo. Su vigencia y principalidad se proyecta a todas las ramas del derecho, cobrando mayor trascendencia en las disciplinas no codificadas como el derecho administrativo.

En efecto, los principios generales, hállense o no regulados por el derecho positivo, prevalecen sobre las normas y constituyen mandatos carentes de supuestos de hecho que el intérprete completa, en su aplicación al caso, mediante una labor de ponderación, conforme a las reglas de la razonabilidad practica. No siempre son mandatos de optimización, y su operatividad puede ser tanto directa como derivada.

Cualquier análisis realizado respecto del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, revela grandes coincidencias (no advertibles muchas veces por la fraseología personal) en punto a que la base del responder estatal se encuentra relacionada de una manera u otra, con los principios del Estado de Derecho.

Ha sido mi maestro Marienhoff, quien mejor desarrolló esta tesis al decir que el fundamento de la responsabilidad estatal "no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados… Es de esos principios o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público". Esta tesis ha sido seguida por la mayor parte de la doctrina y aunque últimamente se han suscitado dudas sobre el citado fundamento, lo cierto es que ellas apuntan más bien a la falta de vigencia efectiva o debilitamiento de los principios que lo animan, antes que a las virtudes del sistema, para asegurar la democracia y los derechos fundamentales de las personas.

Si se confronta la LRE con las bases constitucionales de la responsabilidad estatal mencionadas cabe concluir que, salvo la regulación de los requisitos inherentes a la responsabilidad por la actividad ilegítima y, particularmente, lo referido al concepto de falta de servicio allí legislado conforme a la tesis que vengo sos-

teniendo desde hace muchos años —recogida tras el advenimiento de la democracia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Vadell", y seguida en sus fallos posteriores—, la nueva normativa es pasible de objeciones en punto a la concepción restrictiva de la responsabilidad estatal que adopta, situación que implica un grave retroceso institucional, tal como con acierto lo señala Perrino en este libro y en trabajos anteriores.

Buenos ejemplos de lo dicho son (i) el requisito que prescribe que la responsabilidad por omisión solo procede cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3º inc. d) de la LRE), lo cual excluye la responsabilidad cuando la omisión transgrede algún principio general del derecho, esté o no regulado en la Constitución o en Tratados Internacionales; (ii) las rigurosas exigencias para acreditar el daño por la actividad legítima (art. 4º incs. c) y e) de la LRE); (iii) el carácter excepcional de ésta (art. 5 de la LRE); (iv) el intento de excluir la responsabilidad por omisiones legítimas (dado que el inc. b) del art. 4º de la LRE no menciona a la inactividad estatal); (v) la injustificada diferenciación en la regulación del nexo causal según se trate de responsabilidad ilegítima (causalidad adecuada, art. 3, inc. c) de la LRE) o legítima (causalidad directa, inmediata y exclusiva, art. 4, inc. c) de la LRE); (vi) la prohibición de que proceda la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad estatal por su actuación legítima (art. 5 de la LRE).

Respecto de esta última cuestión, lo primero que corresponde averiguar es si en nuestra Constitución nacional existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la indemnización en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional —como el art. 19— el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en ella un criterio preciso, tampoco es lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla o criterio que no resulta del citado precepto, sino de la mera inferencia de los juristas y los jueces.

La solución no pasa por acudir al criterio del art. 10 de la Ley 21.499 de expropiaciones —la cual circunscribe la indemnización al valor de objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación con exclusión del lucro cesante—, máxime cuando este concepto se ha interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso, sus fuentes doctrinarias que consideraban indemnizable el valor empresa en marcha así como el lucro

cesante comprobado y razonablemente previsto, así como los que derivan de la naturaleza del bien (un campo productivo inundado por la decisión del poder público), considerándose que sólo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético.

Al respecto, como lo destaca Perrino, si bien la figura de la expropiación por utilidad pública tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones distintas pues en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspasa al dominio estatal fundada en el previo dictado de una ley formal, lo que no acontece en la segunda. Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado, esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas.

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden reconocer, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una firme tendencia hacia la reparación amplia que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), que, en la terminología tradicional, suele denominarse reparación integral o plena.

En rigor, la reparación nunca podría ser integral o plena, tanto porque no se indemnizan los daños normales o que derivan de las tradicionalmente denominadas cargas públicas (por ejemplo los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo, aunque tal caso no constituye un supuesto de responsabilidad estatal), como por la circunstancia de que no todos los perjuicios dan derecho a indemnización (v.gr. las consecuencias casuales y las remotas).

Ahora bien, la inexistencia en la Constitución nacional de un texto expreso que consagre el principio de la reparación amplia (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización comprensiva del lucro cesante. En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que atribuyó a determinados tratados internacionales de protección de derechos humanos la calidad de fuente jurídica inmediata con jerarquía constitucional superior a las leyes (art. 75 inc. 22, Const. Nac.), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que, como también lo advierte Perrino, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha

prescripto el principio de la "justa indemnización" en dos de sus artículos. El primero de ellos prescribe que "*ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*" (art. 21 ap. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos) mientras que el segundo, estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde "el pago de una justa indemnización" (art. 63 ap. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento constitucional del principio de la justa indemnización que algunos asimilan a reparación integral o amplia.

En consecuencia, la clave para desentrañar este intrincado problema interpretativo se encuentra en la comprensión del concepto "justa indemnización", el cual exige remontarse necesariamente a la teoría de la justicia. Al respecto se ha sostenido que la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima, radica en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad y sus partes conforme a criterios de distribución (el llamado modelo distributivo), mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo a los principios y reglas del derecho común o privado.

Sin embargo, la concepción de Tomás de Aquino sobre la justicia conmutativa como una de las especies de justicia particular y su distinción con la justicia distributiva, incardinadas ambas en la justicia general (denominada legal por Aristóteles), implica un desarrollo realmente original de la concepción aristotélica que las unificaba dentro del concepto de justicia correctiva. Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan, inmediatamente, a la ordenación de los bienes singulares de cada persona (*Suma Teológica*, *Tratado de la justicia*, B.A.C., Madrid, 1956, q. 58 a.7) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas (*Suma Teológica*, cit., q. 62 a.1). Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal pues, mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución del patrimonio o acervo común del Estado, la restitución se realiza se-

gún el criterio de la justicia conmutativa, circunstancia que —unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano cuando sostuvo que la justicia distributiva es la justicia del Estado—, ha sido la principal fuente de las confusiones y equívocos en que se ha incurrido al interpretar la teoría aristotélica-tomista de la justicia. En rigor, se trata de conceptos e ideas que corren por andariveles distintos, gestadas en otro contexto histórico. No obstante ser de vigencia actual, su extrapolación ha de efectuarse con sumo cuidado cuando se pretende interpretar el modelo original.

Veamos las diferencias que existen en materia de compensación, según que se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: *"Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a* todos *los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia"* (Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales,* trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 209/210). En el caso de la responsabilidad estatal por actividad legítima y precisando mi opinión anterior, pienso que resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el expropiado sufre una lesión patrimonial por un acto voluntario del Estado y el daño es singular, no producido por la vida en común, aunque el resarcimiento provenga de un patrimonio común.

La comprensión correcta del modelo distributivo requiere observar lo que sucede o podría suceder en distintas situaciones de la vida real. Supongamos que acontece una catástrofe (inundación, terremoto etc.). ¿En base a qué criterios el Estado acordará indemnizaciones a los particulares? Alguien podrá apelar seguramente al pragmatismo y a la eficacia pero, en definitiva, la necesidad y las propias limitaciones financieras del acervo común serán los criterios decisivos a la hora de disponer la medida de la indemnización que corresponderá a cada uno de las partes del todo social que resultan afectados y hasta, contradiciendo el igualitarismo extremo, pueden establecerse escalas de reparación que cubran preferentemente, las necesidades de los sectores carenciados de la población.

El otro ámbito típico en que se aplica el modelo distributivo es el de las jubilaciones y pensiones donde aparecen nuevamente la necesidad y las limitaciones presupuestarias como criterios de distribución pero con un agregado: la distribución conforme al mérito o el esfuerzo o sacrificio según la función o tarea que cada uno haya desempeñado en la etapa activa de su vida.

El ámbito contractual (estatal o privado) tampoco es ajeno a la justicia distributiva cuando, por ejemplo, se imponen cargas de servicio público a los contratistas privados o regulaciones de seguridad y previsión social en las relaciones inter-privadas.

Sin embargo, las interferencias de esas relaciones de justicia distributiva en el plano público o privado no llegan a desnaturalizar la justicia conmutativa, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual en la que se produce un daño o incumplimiento singularizado o un sacrificio especial por una actividad legítima del Estado, que exige que la restitución coloque a la persona en la situación que tenía antes de la ocurrencia del daño.

De lo contrario, el Estado podría acudir al modelo de la justicia distributiva y limitar las indemnizaciones debidas, convirtiendo la propiedad privada en pública o semi-pública, como pretenden los simpatizantes modernos del antiguo marxismo, transformando la institución en una suerte de propiedad colectiva.

Por otra parte, constituye un error interpretar la conmutatividad como un intercambio, pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, refiriéndose a los cambios

en general (Finnis, John, *Ley natural*..., cit., p. 207), y más aún interpretar, que la pareja: justicia distributiva-conmutativa, se corresponde con la de derecho público - derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva, en el derecho privado (v.gr. en la quiebra y en el derecho laboral) y de justicia conmutativa, en el derecho público (por ejemplo en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer entremezcladas.

Para captar debidamente la fórmula "justa indemnización" que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la reparación o restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado, a fin de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

Esta conclusión implica que la reparación, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, ya sea producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, tanto legítima como ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño a fin de remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velázquez Rodríguez" (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 9, párrafos 27 y 28).

En definitiva, el mismo criterio que se ha utilizado en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta válido para sustentar dicha interpretación, ya que, si bien no relaciona el criterio adoptado con la teoría de la justicia, acierta esencialmente al afirmar que "el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito" (Fallos: 250:135, voto del Dr. Boffi Boggero) y que "el principio de la reparación justa e integral debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga "la igual-

dad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica…" (Fallos: 295:973).

Por esas razones, como concluye Perrino, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5º de la LRE en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima, no resiste el test de costitucionalidad al conculcar los arts. 21 ap. 2 y 63 ap.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También cabe compartir la opinión del autor en el sentido de que el art. 1740 Código Civil y Comercial que prescribe que la reparación del daño "*consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso…"* se aplica por analogía en los supuestos de daños derivados de la actuación ilegítima del Estado conforme a los principios y peculiaridades propias del derecho administrativo

Otra punto que estimo pertinente mencionar debido a los distintas cuestiones interpretativas que pueden generarse y que el autor aborda con gran solvencia, es el problema que plantea el art. 1764 del Código Civil y Comercial y el art. 1º de la LRE (párrafo tercero), en cuanto prescriben la inaplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial de manera directa ni subsidiaria.

Como la casi generalidad de la doctrina administrativa, Perrino demuestra la necesidad de acudir al Código Civil y Comercial a través de la analogía para solucionar los inconvenientes que pueda ocasionar la existencia de lagunas o carencia histórica de normas y a la aplicación de principios generales del derecho reconocidos positivamente en dicho cuerpo legal.

Dos breves reflexiones al respecto. La primera es que la analogía conduce a un examen de compatibilidad e integración con los principios del derecho público, lo cual puede llevar a que se necesario adaptar o no aplicar en el ámbito del derecho administrativo la norma que resulta incompatible y crear, si fuera el caso, la norma contraria (vgr. el dolo recíproco entre el funcionario y el particular es causal de invalidez absoluta del acto administrativo). Sin embargo, en ciertos casos no hay que descartar que el precepto civil se aplique sin que sea necesario producir ningún tipo de adecuación simplemente porque no media incompatibilidad alguna con los principios de derecho público.

Además, el recurso a la analogía, no descarta la aplicación directa de aquellas normas del Código Civil y Comercial que acotan los límites entre el derecho público y el derecho privado (V.gr. condición jurídica de las personas).

En suma, este valioso libro va mucho más lejos que el mero comentario de textos brindando un panorama completo sobre la teoría de la responsabilidad estatal y los principios que la nutren en base a criterios de justicia, lejos de toda ideología que parcializa el conocimiento jurídico sin buscar la verdad.

Porque la verdad constituye la materia prima de la tarea intelectual y aunque por la palabra se influya siempre, no es una operación filosóficamente válida sustituir la verdad por el libre pensamiento, como ocurre en algunas posturas doctrinarias que se han tomado en serio el principio kantiano que predica el reinado absoluto del pensamiento humano.

El análisis que lleva a cabo Perrino en esta obra acerca de los fundamentos constitucionales, el examen exhaustivo y sistemático del articulado de la LRE, la prolija tarea de describir y explicar los casos jurisprudenciales y la visión comparativa que exhibe, harán que este libro sea de gran utilidad para los abogados, jueces y juristas especializados. Abrigo el convencimiento de que marcará rumbos en el futuro, tanto por la honestidad y versación intelectual como por la claridad del pensamiento que destila.

JUAN CARLOS CASSAGNE

Buenos Aires, 12 de agosto de 2015

Índice General

Prólogo, de Juan C. Cassagne XI

Introducción

I. El dictado de la LRE..... 1

II. El régimen argentino de responsabilidad del estado. Los enfoques privatistas y publicistas 4

III. Origen y desarrollo del enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado 12

1) El régimen general de la responsabilidad civil y la condición de derecho común del Código Civil 12

2) La teoría del fisco y la idea de que todo el derecho patrimonial integra los contenidos del derecho civil 19

3) La competencia de los jueces civiles y los pleitos de responsabilidad estatal 21

IV. Crítica a los fundamentos del enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado..... 21

V. El proyecto de Código Civil y Comercial y la regulación de la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios y agentes públicos. El dictado de la LRE 31

VI. Carácter federal de la LRE..... 38

Ley 26.944
de Responsabilidad del Estado

Artículo 1º 41

I. Ámbito de aplicación de la ley..... 41

II. Carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal..... 46

1) Responsabilidad objetiva 46

Pág.
2) Responsabilidad directa 49
III. La inaplicación de las disposiciones del Código Civil 52
IV. La prohibición de aplicar al Estado sanciones pecuniarias disuasivas 57
V. Clases de responsabilidad estatal reguladas en la LRE 60

ARTÍCULO 2º 61
I. Caso fortuito o fuerza mayor 64
II. Hecho de la víctima 67
III. Hecho de un tercero 72

ARTÍCULO 3º 74
I. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima 74
1) Daño 75
(i) Daño cierto 77
(ii) Evaluable en dinero 78
(iii) Prueba del daño 79
(iv) Subsistencia del daño 79
2) Imputabilidad material 80
3) Nexo causal 81
II. El factor de atribución falta de servicio 85
1) Concepto de factor y clases de atribución 85
2) Problemas derivados de la falta de regulación de otros factores de atribución 86
3) La noción de falta de servicio en la LRE 90
4) La falta de servicio por omisión 94
5) La falta de servicio y la responsabilidad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional 106
(i) Responsabilidad por error judicial 109
(ii) Responsabilidad por anormal funcionamiento de la administración de justicia 114
III. Extensión del resarcimiento 122

Pág.

Artículo 4º 124

I. Regulación de la responsabilidad estatal por actuación legítima 125

II. Noción y fundamento constitucional 126

III. Autoridad estatal productora del daño 128

IV. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por actuación legítima 129

1) Daño 129

2) Imputabilidad material 130

3) Nexo causal 132

4) Factor de atribución 135

Artículo 5º 139

I. El supuesto carácter excepcional de la responsabilidad estatal por actuación legítima 140

II. La extensión del resarcimiento 142

1) El debate doctrinario acerca del alcance de la indemnización en la responsabilidad estatal por actuación legítima . 142

2) Las diferentes líneas jurisprudenciales adoptadas por la Corte Suprema de Justicia acerca de la responsabilidad estatal lícita y el resarcimiento del lucro cesante. 145

3) El alcance de la indemnización en la LRE 157

a) Daño patrimonial 158

b) Valor objetivo del bien 160

c) Daño moral 163

d) Daño futuro 165

e) Lucro cesante 165

III. La responsabilidad por actuación legítima del Poder Judicial .. 168

Artículo 6º 173

I. La responsabilidad del Estado y daños producidos por prestadores de servicios públicos 173

II. La responsabilidad de los entes reguladores por la omisión en el ejercicio de sus funciones de vigilancia 178

Pág.

1) Causas en las que se demandó al Banco Central de la República 183

2) Causas en las que se demandó a la Superintendencia de Seguros de la Nación 184

III. La responsabilidad patrimonial de los prestadores de servicios públicos por daños sufridos por los usuarios 187

1) La responsabilidad de los prestadores de servicios públicos en los marcos regulatorios 188

2) El sistema resarcitorio de la Ley de Defensa del Consumidor 191

2.1. La reparación integral del daño en sede judicial 192

2.1.1. Los daños punitivos 195

2.2. La reparación del denominado "daño directo en sede administrativa" 197

ARTÍCULO 7º 198

I. Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria contra el Estado Nacional 198

II. Naturaleza federal de la regulación del plazo de prescripción. La facultad de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 200

III. Cómputo del plazo de prescripción 202

ARTÍCULO 8º 205

I. Relación entre la pretensión procesal impugnatoria de nulidad de actos administrativos o de inconstitucionalidad de leyes y la indemnizatoria 205

II. La regulación del art. 8 de la LRE 210

III. Agotamiento de la vía y reclamo de daños y perjuicios 211

ARTÍCULO 9º 214

I. Importancia y fines de la responsabilidad patrimonial de los empleados y funcionarios públicos 214

II. El derecho a una buena Administración y la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos 217

III. Comparación del art. 9 de la LRE con el art. 1112 del Código Civil derogado 221

Pág.

IV. Examen del art. 9 de la LRE 223

1) Sujeto pasivo de la responsabilidad 223

2) Ejercicio de la función 224

3) Factor de atribución..... 225

4) Antijuridicidad 226

5) Nexo de causalidad..... 227

6) Legitimados activos 227

7) Prescripción 230

8) Aplicación del Código Civil y Comercial..... 231

Artículo 10 231

I. La regulación de la responsabilidad contractual del estado..... 231

II. Responsabilidad contractual del estado y ecuación económico financiera 234

III. Requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual del Estado. Los factores de atribución..... 238

1) Responsabilidad por falta: el incumplimiento 239

2) La responsabilidad sin falta 243

IV. El alcance de la indemnización..... 246

V. La responsabilidad del Estado como sujeto empleador 249

Artículo 11 251

I. La facultad legislativa de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para regular la responsabilidad estatal y de los agentes y funcionarios públicos..... 251

II. Alcance de la adhesión 255

Bibliografía 259