

Título: El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del estado ¿justicia conmutativa o justicia distributiva?

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2015 (mayo), 5

Cita: TR LALEY AR/DOC/3658/2015

Sumario: I. El problema de la medida de la indemnización en la responsabilidad del Estado.— II. Inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones.— III. Fundamento constitucional del principio de la justa indemnización.— IV. El principio de la justa indemnización y la justicia conmutativa.— V. La compensación en la justicia distributiva es distinta a la restitución que se realiza en la justicia conmutativa.— VI. Conclusiones

(*)

I. El problema de la medida de la indemnización en la responsabilidad del Estado

Uno de los principales problemas que debe resolver la teoría de la responsabilidad del Estado concierne a la medida de la indemnización por los daños provocados por su actividad legítima.

A raíz de la sanción de la ley 26.944 que regula la responsabilidad del Estado en el orden nacional esta cuestión ha cobrado una gran trascendencia teórica y práctica de cara al precepto contenido en el art. 5º, que excluye el lucro cesante de la reparación debida a los particulares por los daños ocasionados por el ejercicio de actividades estatales legítimas (v.gr., revocación de un acto administrativo por razones de interés público).

De la discusión legislativa no surgen los fundamentos tenidos en cuenta para justificar dicha norma aunque tienen el apoyo de una parte de la doctrina (1) y de la jurisprudencia, en particular de la tesis propiciada en la disidencia que formuló la jueza Highton de Nolasco en el caso "Jacarandá". Allí sostuvo que, como la indemnización —en tales casos— se regía por las reglas de la justicia distributiva (propia y exclusiva del derecho público), no correspondía indemnizar el lucro cesante.

Desde luego que no se puede desconocer que existe una vinculación estrecha, no siempre advertida, entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, que la mayor parte de los iuspublicistas no suelen abordar, dejando su tratamiento para los filósofos del derecho. El conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, constituye una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico. (2)

De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento, separándose del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia del predominio de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral (3), profundizando el rumbo marcada por Kant. (4)

El problema del alcance de la indemnización —frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público—, se plantea, tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través de criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado, cuando éste no está obligado a soportar los daños, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa. (5) Pero la determinación de la medida de la indemnización no se circunscribe sólo al ámbito de la actividad legítima del Estado sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima, aunque en estos casos existe consenso doctrinario y jurisprudencial sobre el principio aplicable, que es el de la reparación integral, que excluye los daños meramente eventuales o conjeturales (6), exigiendo que el perjuicio sea concreto. (7)

La diversidad de las soluciones y criterios proporcionados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización, en esos supuestos, ha hecho que se tratara de buscar una fundamentación común que permitiera tratar con la misma vara situaciones que, si bien son diferentes, guardan una semejanza por analogía, en tanto la finalidad perseguida consiste en remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares.

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional —como el art. 19 de la CN— el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en dicha norma un criterio preciso (8) y así como no se puede sacar jugo de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla que no resulta del precepto sino de la mera inferencia de los juristas. (9)

II. Inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la ley de expropiaciones [\(10\)](#), que 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 ha sido interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso sus fuentes doctrinarias que consideraban indemnizables el valor empresa en marcha [\(11\)](#) así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (por ej., un campo inundado por una decisión del poder público). Por nuestra parte, hemos propiciado una posición amplia considerando, que sólo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético [\(12\)](#) y en la misma línea se ha propiciado una interpretación amplia del concepto de daño emergente al que se atribuye tener contornos difusos. [\(13\)](#)

En ese sentido, si bien se ha reconocido que 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 [\(14\)](#) (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspa al dominio estatal, no así en la segunda). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado [\(15\)](#), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas [\(16\)](#) ni apta para determinar el daño moral.

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden advertir, en los fallos de la Corte [\(17\)](#), una tendencia hacia la reparación amplia [\(18\)](#), que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), que en la terminología corriente suele denominarse "reparación integral". [\(19\)](#)

Es así que la jurisprudencia de la Corte, de la última década, desde el caso "Jacarandá" [\(20\)](#), registra dos precedentes posteriores en los que mantuvo la línea que se inclina por la procedencia de indemnizar el lucro cesante en supuestos de responsabilidad por la actividad estatal legítima, (sujeta a la acreditación del efectivo y concreto perjuicio en base a la prueba producida en el proceso), en los fallos "Zonas Francas" [\(21\)](#) y "Malma Trading". [\(22\)](#)

En rigor, aun cuando la reparación nunca puede ser integral, ya sea porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (por ej. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v.gr. las consecuencias casuales y las remotas) [\(23\)](#) ella debe ser lo más amplia posible, restableciendo la igualdad de la justicia conmutativa [\(24\)](#), porque restituir no implica otra cosa que volver a la situación en que se encontraba la persona, fundamentalmente con la plenitud de sus derechos patrimoniales, antes del acto dañoso causado por el Estado.

III. Fundamento constitucional del principio de la justa indemnización

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la medida de reparación o restitución (la clásica restitutio) no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante. En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, aparte de que, por su condición de tratado internacional, resulta superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana 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" [\(25\)](#) mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde "el pago de una justa indemnización". [\(26\)](#) 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 [\(27\)](#), concepto jurídico que se ha asimilado al de reparación integral [\(28\)](#) o amplia. [\(29\)](#)

IV. El principio de la justa indemnización y la justicia conmutativa

La clave para desentrañar el problema interpretativo antes descripto se encuentra en la comprensión del concepto jurídico indeterminado "justa indemnización", lo que hace necesario acudir a la teoría de la justicia para determinar a qué especie o clase de justicia pertenece dicho principio. 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 estribaría en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad estatal y sus partes, conforme a criterios de distribución mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo a los principios y reglas del derecho común o privado. En tal

sentido, en su disidencia (en el caso "Jacarandá") la jueza Highton de Nolasco sostuvo que "a diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva ..." y que "la diferencia básica entre la regulación privatística y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula las relaciones entre los particulares fundamentalmente sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad representada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente, o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución". (30) Se trata de una tesis errónea, pasible de objeciones constitucionales, en tanto conculca los derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución (arts. 14 y 17, CN), transformando un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa en otro basado en el modelo distributivo.

Ante todo, 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, llamada 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 (31) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas. (32) 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 según el criterio de la justicia conmutativa (33), circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano (34), 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. (35) En rigor, se trata de concepciones 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, cosa que no siempre se hace.

Es verdad que algunas concepciones, como la de Rawls, han tomado como punto central de su teoría sobre la justicia, una concepción, que inspirada en Rousseau y en Kant, podrían suponerse que eclipsa la existencia y razón de ser de la justicia conmutativa en cuanto postula que "todos los valores sociales, libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y las bases del respeto asimismo- deben distribuirse igualmente a menos que una distribución desigual de cualesquiera y de todos estos bienes sea ventajoso para todos" (36) lo cierto es que se trata de una construcción que tiene por objeto exclusivo la justicia distributiva o justicia social (37), hallándose orientada al estudio de los aspectos sociológicos y políticos de los repartos económicos y sociales más que a la filosofía del derecho.

En cualquier caso, la teoría de Rawls no coincide con ninguno de los criterios que fundamentan la división entre derecho público y derecho privado, propia de los derechos continentales europeos y de nuestro país, de modo que tampoco puede extraerse de su teoría una conclusión que pueda sustentarse en alguna de las posiciones de la dicotomía (pública o privada) que se ha descrito.

Si bien en las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa) se contribuye a la realización del bien común, ambas se encuentran respectivamente condicionadas (38), debiéndose tener en cuenta que la observancia del principio de subsidiariedad y el respeto por la propiedad privada "en la mayoría de los tiempos y lugares", constituyen exigencias de la justicia (39) tanto de la justicia conmutativa como de la justicia general. A su vez, la justicia particular ha de acomodarse a la justicia general en cuanto a su ordenación al bien común (40), a cuyo alrededor gira toda la problemática filosófica de la justicia. (41)

V. La compensación en la justicia distributiva es distinta a la restitución que se realiza en la justicia conmutativa

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 cit., p. 75, 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". (42) Precisamente, ello es lo que acontece en el campo de la expropiación cuando se restringe la indemnización en concepto de lucro cesante. En este sentido, superando nuestra opinión anterior, resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el particular 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 perteneciente a la comunidad estatal. (43)

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 (inundaciones, terremotos, etc.). ¿En base a qué criterios el Estado acordará indemnizaciones a los particulares? Alguien podrá apelar seguramente 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 establecer la medida de la indemnización que corresponderá a cada uno de las partes del todo social que resultan afectadas y hasta, contradiciendo el igualitarismo formal, podrían 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.

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

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 exponentes modernos del decadente colectivismo, transformando la institución en una suerte de propiedad colectiva.

Por otra parte, resulta equivocado 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 (44), y menos 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 ej. en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula "justa indemnización" que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos (45) hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional (46) al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo 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 indemnización —en las relaciones regidas por la justicia conmutativa—, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante (47) 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 para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velázquez Rodríguez". (48)

Por lo demás, el mismo criterio que ha utilizado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal 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 la tesis que propiciamos 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" (49) y que "el principio de la reparación 'justa e integral' debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en

su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica". (50)

Por esas razones, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5° de la ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima no resiste el test de constitucionalidad pues al no guardar relación con los criterios que rigen la restitución en la justicia conmutativa, se conculcan los arts. 21 ap. 2° y 63 apart. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe también destacar como una respuesta valiosa para resolver el problema de la medida de indemnización fue la solución que propugnó un sector de nuestra doctrina (51), en el sentido que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la actividad ilegítima. No obstante, por más dudas (52) que puedan suscitarse al respecto, resulta evidente que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparación que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, reglamentaria o legislativa legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar a priori. Esta determinación dependerá de la prueba que pueda acreditarse en cada caso, con arreglo al principio de reparación amplia y las reglas de restitución propias de la justicia conmutativa.

VI. Conclusiones

En definitiva, el principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la actividad legítima del Estado, ya sea ésta de naturaleza administrativa (unilateral, contractual o reglamentaria) como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas y si bien, en un acto jurídico o contrato, pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modelo distributivo (53), resulta equivocado identificar al derecho público con la justicia distributiva, dejando inaplicables las reglas de la restitución propias de la justicia conmutativa que son las únicas que permiten recomponer la desigualdad y cumplir de ese modo con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) y con el consiguiente deber de reparar, dado que no es justo que una persona sufra un sacrificio especial cuando no está obligada a soportar el daño.

Porque una simple prueba lógica de acierto y error demuestra que de reconocerse, en los supuestos de daños provocados a los particulares por la actividad legítima del Estado, que la indemnización se halla limitada por las disponibilidades financieras del Estado, éste podría quedarse (en caso de déficit del Tesoro) prácticamente con toda la propiedad privada o derechos privados, los cuales pasarían al patrimonio estatal sin hacerse cargo de las indemnizaciones que en justicia corresponden, situación que guardaría cierta semejanza con la confiscación de bienes prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional.

No se puede desconocer que, en un mundo asediado por las sucesivas crisis que afectan la economía de las naciones y, por ende, de los ciudadanos, se acrecienta la importancia de la justicia distributiva para remediar los males que aquellas provocan en todos los sectores sociales (particularmente entre los que menos tienen). Pero el modelo de justicia distributiva, ya fuera dirigido por los gobernantes, los cuerpos intermedios o las organizaciones privadas, no puede aplicarse a costa de la degradación de las libertades y demás derechos individuales, como la propiedad privada (54), pues una política semejante de orientación colectivista, afecta la plenitud de la justicia.

En el Estado moderno, las dos especies de justicia particular deben funcionar en forma armónica. Dar prevalencia al modelo distributivo relegando la justicia conmutativa implica otorgar carta blanca al Estado para que no cumpla el deber de reparar cuando ocasiona daños injustos a los particulares y, lo que es peor, implica caer en una pendiente colectivista que frustra el auténtico progreso y la propiedad privada (55) que siempre ha de orientarse a la realización del bien común.

(A) Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de agosto de 2015.

(1) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T° III-A, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 468 y T° II (N° 507 especialmente, N° 526), 4ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 630, consideraba que tenía "un fundamento sustancialmente igual al de la "expropiación" por utilidad pública, posición que reitera en su conocido trabajo "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949 y en otro que escribió "a posteriori" al que tituló "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", LL 1993-E-912; véase, en la misma línea: Comadira, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento administrativo. Otros ensayos, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 368.

(2) Véase: Bunge, Mario A., Memorias. Entre dos mundos, Gedisa-Eudeba, Buenos Aires, 2014, ps. 234/237.

(3) Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones —por ejemplo— entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal, el cual ha seguido sus propias aguas contrariando el enfoque sistémico que debería haber conducido a

esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.
(4) Como lo destaca Barberis, Mauro, Juristas y filósofos. Una historia de la filosofía del derecho, trad. del italiano, ed. Communitas, Lima, 2015, p. 90.

(5) En Francia, se la denomina "responsabilidad sin falta", véase: Morand-Deville, Jacqueline, Cours de Droit Administratif, cit., p. 725 y ss.

(6) Véase Aberastury, Pedro, La nueva Ley de Responsabilidad del Estado, ADLA-2014-25, p. 4.

(7) Lamoglia, Carlos M., Responsabilidad del Estado: aspectos para el estudio de la ley 26.944, en RAP, N° 437, Buenos Aires 2015, p. 134.

(8) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación del contrato de obra pública, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 56 y ss., analiza, con rigor científico, los principales leading cases en materia de responsabilidad contractual y extracontractual por actividad legítima.

(9) Laplacette, Carlos José, "Derecho constitucional a la reparación de daños", LL 2012-E-1045.

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

(11) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T° IV, 4° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 253/254.

(12) Cfr. nuestro Curso de derecho administrativo, cit., ps. 286/287.

(13) Balbín, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, T° II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 447.

(14) Conf. Aberastury, Pedro, Principios de la responsabilidad del Estado, en Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944, dirigida por el autor del trabajo antes citado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 43.

(15) CS, Fallos 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T° IV, cit., ps. 241/242; Maiorano, Jorge Luis, La expropiación en la ley 21.499, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1987, p. 62 y nuestro Curso de derecho administrativo, T° II, cit., p. 285.

(16) Perrino, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, LL 2014-C-1078.

(17) Vid, Conde, Analía, La responsabilidad del Estado por su función legislativa, en Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944 (Dir. Pedro Aberastury), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 197-202.

(18) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., p. 173.

(19) Coviello, Pedro J. J., La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ED del 29/08/2000, sostiene que se trata de un principio de rango constitucional.

(20) Fallos: 328:2654 (2005).

(21) Fallos 328:2654 (2009).

(22) C.S. fallo del 15/5/2014, LL 2014-C-262.

(23) Art. 901 del Código de Vélez Sarsfield, art. 1727 del nuevo CCCN.

(24) Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica. Vol. VIII, Tratado de la Justicia, BAC, Madrid 1956 II-II, q. 62 a 5.

(25) Art. 21 ap. 2° CADH.

(26) Art. 63 ap. 1°.

(27) Perrino, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en la obra colectiva La contratación pública, T° 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 1128/1129; Laplacette, Carlos José, "Derecho constitucional...", cit., LL 2012-E-1045; Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., p. 154 y ss., e Ibarlucía, Emilio A., El derecho constitucional a la reparación, Ábaco, Buenos Aires, 2013, p. 50 y ss.

(28) Véase: Ibarlucía, Emilio A., El derecho constitucional..., cit., p. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (op. cit., p. 125).

(29) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., p. 172 y ss.

(30) Voto de disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la causa "El Jacarandá S.A.", expuesto en Fallos 328:2654.

(31) Suma Teológica, T° VIII, Tratado de la Justicia, BAC, Madrid 1956 II-II, q. 58 a.7.

(32) Finnis, John, Ley Natural y Derechos Naturales, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 208.

(33) Suma Teológica, cit. II-II q. 62 a.1.

(34) El error principal de la deformación que introdujo Cayetano consistió en sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado, algo que jamás pasó por la mente de Tomás de Aquino; sobre este punto puede verse

un correcto análisis en Finnis, John, *Ley natural...*, cit., ps. 213/216. De ahí que algunos autores pasaron a identificar la justicia distributiva con el derecho público (entre nosotros es la tesis que luego de su primer libro ha vuelto a desarrollar Barra, Rodolfo C., en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 123 y ss., especialmente p. 155 y ss.).

(35) Véase: Rossi, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Educa, Buenos Aires, 2000, p. 21 y ss., especialmente p. 22, afirma que el todo no es el Estado; Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38/49, tampoco incurre en esa confusión. Al respecto, expusimos la opinión del texto en sucesivos trabajos: "La igualdad en la contratación administrativa", ED 101-899, entre otros, y en las distintas ediciones de nuestro *Derecho Administrativo*, y últimamente en el *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., cit., p. 21 y ss.

(36) Rawls, John, *Teoría de la justicia*, ed. Fondo de cultura Económica, México, 1993, p. 84.

(37) Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Tº IV, ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 2997, señala que en la teoría de Rawls "la justicia es entendida primariamente en sentido social: se trata de saber cómo se distribuyen los derechos y deberes en las instituciones sociales y de qué modos pueden conseguirse las máximas ventajas que puede ofrecer la cooperación social" y ver en Rawls; John, *Teoría de justicia...*, cit. p. 75.

(38) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 199.

(39) *Ibídem* p. 199.

(40) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., ps. 194-195.

(41) *Ibídem* p. 196.

(42) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., ps. 209/210.

(43) Said, José Luis, *Responsabilidad del Estado y justicia distributiva*, en RAP N° 370, p. 45 y ss., sostiene en un interesante trabajo, que no comparto por la razones expuestas en el texto, la aplicación del modelo distributivo (con apoyo en citas de Rawls y Finnis, que en, muchos puntos de fondo, resultan incompatibles. En particular, el párrafo que cita de la obra de Finnis (*Ley natural...*, cit. en la nota 29), se transcribe incompleto, probablemente fruto de la pasión que pone el autor para demostrar la razón de la tesis que sostiene. Sin embargo, la postura de Finnis no coincide con la que sustenta habida cuenta su radical oposición a identificar la justicia distributiva con la justicia del Estado.

(44) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 207.

(45) La Corte ha entendido que el principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75 inc. 22 CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último, es discutible cuando se alteran principios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, no obstante que la tendencia seguida por la Corte Suprema a partir del caso "Mazzeo" (Fallos 330:3248) ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente. No compartimos este argumento pues, de ser así, la norma constitucional no tendría sentido y sería superflua.

(46) Rossi, Abelardo F., *Aproximación...*, cit. p. 38, explica con meridiana claridad la diferencia que hay entre las dos especies de justicia del siguiente modo: "Ocurre que de distinta manera se debe lo que es propio y lo que es común. Lo primero se debe a un individuo en su totalidad y como de su exclusiva pertenencia haciendo abstracción de la existencia de otros acreedores del mismo deudor y de los bienes de que éste pueda disponer. Lo que es común, en cambio, se debe a una "parte" (no a un individuo o grupo de individuos) y esto significa que se le debe pero teniendo en cuenta también que hay otras partes que tienen derecho a participar de él, porque la noción misma de parte implica esencialmente la existencia de una u otras partes y del todo orgánico que, en cuanto tales, integran. Todo y parte son conceptos que necesariamente se condicionan. La Justicia Distributiva no es retributiva, no es compensativa, es repartitiva. Pero es justicia "..." y la parte es titular de un derecho estricto —como el acreedor en la conmutativa— lo que no es estricto es la medida de ese derecho que depende de un valor fijo compensatorio de otro valor fijo (res ad rem) sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y del quantum de los bienes distribuibles. La igualdad en la distributiva es proporcional: la fórmula sería "como una parte es a otra parte en el todo, así debe ser la porción de los bienes comunes que pertenece a una y a otra". La forma de igualdad que aquí campea es distinta a la de la justicia conmutativa, pero el derecho y la obligación tienen la misma entidad e igual virtualidad" (op. cit. p. 38).

(47) Cardaci Méndez, Ariel, *Revocación...*, cit., p. 174 afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.

(48) CIDH, 17/08/1990, in re "Velázquez Rodríguez", Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrafos 27 y 28.

(49) CS, Fallos 250:135 (voto del Juez Boffi Bogero)

(50) CS, Fallos 295:973.

(51) Estrada, Juan Ramón de, "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad conforme a derecho)", ED 102-843 y Bustelo, Ernesto, "Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?", en *Estudios de Derecho Administrativo XI*, IEDA, Diké, Mendoza, 2004, ps.

385/391.

(52) Bustelo, Ernesto, "Responsabilidad del Estado...", cit., p. 391.

(53) Véase: SacriStán, Estela B. Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado (Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa) en RAP, N° 437, Buenos Aires, 2015, ps. 77-78, aunque su postura guarda mayor coincidencia con la posición de Barra que con la nuestra. Por las razones que hemos dado estamos convencidos de que se trata de relaciones distintas en cuanto al criterio de restitución propio de la justicia conmutativa y al modo de compensar en el modelo distributivo de justicia que tiene en cuenta, entre otras cosas, el mérito y la necesidad, para distribuir bienes o ventajas de un acervo común, distribución que tiene siempre como límite la disponibilidad financiera del Estado o de la privada cuyo patrimonio se distribuye entre los acreedores (v.gr. la quiebra).

(54) Véase: Messner, Johannes, La cuestión social, trad. Del alemán, RIALP, Madrid, 1976, ps. 101-105.

(55) Finnis, John, Ley natural..., cit. ps. 199-202, hace un buen análisis acerca del sentido y fines de la propiedad privada que incluye los deberes que tiene el propietario con la comunidad.