

EN TORNO AL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sumario: 1. Ubicación del tema y dificultades que se plantean. — 2. El dogma de la irresponsabilidad del estado. — 3. EL proceso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del estado. — 4. La evolución posterior y el predominio de las ideas publicistas. — 5. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del estado: a) Civil o de derecho privado. b) De derecho administrativo. — 6. Especies de responsabilidades del Estado regidas por el derecho administrativo: a) Contractual. b) Extracontractual. — 7. La llamada teoría de la indemnización y el fundamento de la responsabilidad del estado.

1

UBICACION DEL TEMA Y DIFICULTADES QUE SE PLANTEAN

Siempre nos ha parecido que el tema de la responsabilidad del Estado constituye una cuestión que concierne a la llamada parte general del derecho administrativo (1) por su conexión con la idea, que atribuye a aquél una personalidad moral o jurídica y por la necesaria inter-relación que existe entre los principios que rigen los modos de actuación estatal y las consecuencias que se desprenden de ellos, en el plano de la responsabilidad, tanto frente a los terceros o administrados, como respecto de los propios agentes públicos (1 bi).

Las dificultades que se plantean en torno a la responsabilidad del Estado y sus agentes son, en nuestro derecho, de índole muy diversa, agravadas en gran parte por la tendencia jurisprudencial a mantener los esquemas y soluciones provenientes del derecho civil, aun cuando ello aparece matizado con el reconocimiento de algunos principios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que permiten responsabilizar al Estado por sus actos legítimos.

Si bien el código civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito del derecho público, pertenece al derecho administrativo, que por su naturaleza es local o provincial (art. 104, Constitución Nacional). Pero esta circunstancia no veda el recurso a la analogía, como método de interpretación válido también en el derecho público, ni la posibilidad de que algunas proscripciones contenidas en el código civil puedan aplicarse además tanto a la Nación, en cuanto persona jurídica, como a las demás personas públicas estatales de carácter nacional.

Al propio tiempo, a efectos de determinar el régimen aplicable, resulta necesario distinguir dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus entidades, aquellas situaciones reguladas por el derecho civil, es decir, cuando la Administración actúa en el campo del derecho privado (v. gr. gestión de bienes del dominio privado del Estado) dado que la responsabilidad emergente de esas actuaciones es extraña al derecho administrativo.

Eso no significa —como se verá más adelante— que todo daño que ocasione la Administración sobre el patrimonio de los particulares debe regirse por las reglas del derecho civil, como pretende, casi sin excepciones, toda la doctrina privatista de nuestro país, apegada a la idea —tan cara al pensamiento del siglo pasado— que concibe al derecho civil como derecho común y al concepto de culpa como presupuesto de la responsabilidad por actos ilícitos.

Pero tampoco significa que las soluciones del derecho civil no se apliquen en ningún caso a la actuación del Estado y sus entidades. Se trata, en definitiva, de encerrar al Código Civil en sus límites naturales, de-

jando a cada disciplina la regulación de su ámbito propio, en la medida que consagren soluciones justas.

Las ideas positivistas que en el ámbito del derecho público propugnaron la necesidad de que hubiera una ley general o especial para responsabilizar al Estado han sido superadas hoy día por los distintos sistemas de responsabilidad que, sobre la base de los principios generales del derecho administrativo, han remozado las concepciones tradicionales, al par que traducen, en definitiva, un retorno a la idea perenne de la justicia.

2

EL DOGMA DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Es indudable que la idea de soberanía jugó un papel fundamental en el mantenimiento, durante varios siglos, del principio de la irresponsabilidad del Estado, porque si bien la teoría del Fisco amenguó de algún modo ese dogma, lo cierto es que recién en el siglo XIX se llegó a reconocer la responsabilidad del Estado, cuando actuaba en ejercicio de sus prerrogativas de poder público.

No debe olvidarse que aun cuando en la Edad Media se recibe la influencia de las concepciones cristianas que proclamaban la necesidad de que los gobernantes rigieran los destinos de una comunidad respetando las leyes de Dios y dando a cada uno lo suyo (2), lo cierto es que, de otra parte, ese período de la historia es también tributario de las ideas políticas de los griegos, para quienes la ciudad era la entidad suprema, con una soberanía sin restricciones (3). Ambas ideas eran antitéticas y provocaban una tensión permanente, a pesar de que la soberanía no se realizó, en esa época, de un modo absoluto ni excluyente.

A partir del siglo XVI el triunfo del absolutismo agudiza la tensión antes descripta, originando un retomo a las concepciones imperantes durante la antigüedad pagana que inaugura una de las épocas más inmorales del derecho público. El modelo de Estado que preconiza esta teoría es aquel que posee poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior, cuya finalidad está en él mismo: la omnipotencia y la razón de Estado.

Con este esquema ideológico desde el Estado, es fácil comprender —aún cuando no es en modo alguno justificable— de qué manera el absolutismo consolidó la irresponsabilidad del Estado, al sostener que el Monarca o Rey no podía causar perjuicios sobre la base de la idea de soberanía.

Ese estado de cosas no cambió con la Revolución Francesa, que sustituyó la soberanía del Rey por la soberanía del pueblo, articulada sobre la idea del predominio de la voluntad general, considerada soberana e infalible (Rousseau) y no obstante que (al menos teóricamente) los hombres se vinculan y unen sus voluntades en un contrato social, la soberanía del pueblo no tiene límites, acentuándose así el despotismo y la irresponsabilidad del Estado.

La justicia y el progreso de la ciencia jurídica no podían permitir por más tiempo el mantenimiento de un principio tan lesivo a los derechos del hombre, en cuanto sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las garantías que los ordenamientos constitucionales o supremos de cada país estatúan, precisamente, para la protección de tales derechos.

El proceso se inicia y consolida en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, comenzando primero con la consagración de la responsabilidad del Estado por faltas objetivas en la prestación de servicios públicos y culminando luego con la aceptación de la responsabilidad del Estado por actos judiciales y legislativos.

De nada sirvió el argumento según el cual si “la voluntad general es justa y tiende a la utilidad pública” (Rousseau) no podrá aceptarse nunca la responsabilidad del Estado por acto legislativo, dado que la ley (formal) es expresión de esa voluntad general.

Pero esta última vigencia de la concepción rousseauiana sobre la voluntad general fue felizmente atemperada por obra del llamado Estado de Derecho, que no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado, aun cuando esta teoría no abandonó totalmente la raíz filosófica nominalista y positivista que ha animado a sus principales teorías.

Esta concepción, extendida en el siglo actual al llamado Estado Social de Derecho o Estado de Justicia, procura armonizar los derechos de los miembros de la comunidad con el interés general o bien común, de

modo que cuando un particular tenga que sacrificar su derecho individual por el bien de aquélla, o por soportar una carga pública especial, sea objeto de una justa reparación, se trate de actividad legítima o de una falta de servicio que lo afecte en su patrimonio (4).

3

EL PROCESO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A comienzos del siglo XIX podrá vislumbrarse que el principio jurídico de la irresponsabilidad del Estado no iba a subsistir mucho tiempo más. De una parte, siguiendo la clasificación montada por la teoría del Fisco se continúa admitiendo, aunque conforme a las reglas del código civil, la responsabilidad del Estado por los llamados actos de gestión, a los cuales se consideró de naturaleza civil. De otro lado, los particulares que resultaban víctimas de los daños causados por la Administración dejaron de aceptar ese dogma, demandando una reparación pecuniaria, primero ante la autoridad administrativa y luego, frente a la denegatoria de ésta, ante los tribunales judiciales, invocando las prescripciones de los arts. 1382 y sigtes. del cód. civil francés.

En tales casos, se argumentaba que los textos civiles tenían un alcance general, asimilando la posición jurídica del Estado a la de un comitente, que debe responsabilizarse por los actos de las personas que de él dependen (5). Lo curioso es que no obstante la vigencia del principio de la separación de los poderes (en la versión francesa) los tribunales judiciales se declararon competentes para entender en las causas en las que se perseguía la responsabilidad de la Administración, aun actuando en ejercicio del poder público.

La reacción contra esa tendencia vino por la acción del Consejo de Estado que comenzó a sostener la inaplicabilidad de los textos del código civil para regir la materia de la responsabilidad del Estado (6) en base a sostener que el problema que debía resolverse, en cada caso, no es el mismo que la materia de responsabilidad de las personas privadas.

4

LA EVOLUCION POSTERIOR Y EL PREDOMINIO DE LAS IDEAS PUBLICISTAS

A partir del caso “Blanco” y más precisamente del arret Pelletier (ambos resueltos en el año 1873) se perfiló una concepción publicista sobre la responsabilidad del Estado montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa, como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados.

La idea de “falta de servicio” es radicalmente extraña al derecho civil, donde la noción de responsabilidad extra-contractual por daños aparece configurada por la noción de culpa. El derecho administrativo produce, en cambio, un desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito en el desequilibrio que produce el daño, y en el servicio público. La expresión *faute de service* traduce un significado más amplio y objetivo que el término culpa, refiriéndose fundamentalmente al criterio para delimitar los daños imputables, separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario (*faute personnelle détachable*) sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas responsabilidades, tal como lo reconoció la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado francés en el arret Lemonnier, siempre que la falta personal “no esté desprovista de toda relación con el servicio” (7).

La responsabilidad del Estado basada en la *faute de service*, se construye alrededor de la noción de servicio público, frente a la necesidad de conceder la separación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio. Pero por servicio público no se entiende el concepto estrictamente técnico que hace a una de las clasificaciones de las formas o modos de la actuación administrativa, sino una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa. De ese modo, la *faute de service* es, en Francia, un concepto autónomo respecto de la actividad lesiva, siendo de aplicación tanto en materia de reglamentos como respecto de actos y hechos administrativos (7 bi).

En forma correlativa, la jurisprudencia francesa ha construido la noción de “falta personal” para responsabilizar a los agentes públicos frente a los administrados y delimitar así la responsabilidad del Estado. La falta personal es aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio (Hauriou) y para su configuración se tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público, dándose tanto en el caso en que la falta de servicio se excluye como cuando la falta no esté desprovista de toda vinculación con el servicio (8).

En su posterior evolución, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscripta a supuestos muy particulares (v. gr. explosión de municiones en razón del riesgo excepcional de veracidad, daños causados por las leyes cuando el daño es anormal o especial, etc.). Si bien se ha considerado que al término de esta evolución es posible que se consagre como principio general en Francia la responsabilidad del Estado por los daños causados a terceros, según el sistema de la responsabilidad por daño anormal (9) (reservando la responsabilidad por faute para los usuarios del servicio) lo cierto es que no existe actualmente en Francia una construcción orgánica sobre este punto.

En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos se apoya en la idea de falta, concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrador (v. gr. intervenciones no justificadas, ilegalidades, funcionamiento defectuoso, inacciones injustificadas, retrasos, etc) (10).

En lo que concierne a los caracteres que deben reunirse respecto del daño se exige no sólo que el perjuicio pueda ser atribuido al funcionamiento defectuoso del servicio sino que además de este nexo causal se requiere que el daño revista los caracteres de certeza, especialidad y anormalidad (11). Pero todo ello siempre se circunscribió a la responsabilidad extracontractual (11 bi).

Ahora bien, al desprenderse del derecho civil el fundamento de la reparación debida a los particulares por el Estado, se inició un proceso marcado por el predominio de diversas concepciones publicistas, que comenzando por la responsabilidad por actos y hechos administrativos culminó con el reconocimiento de la responsabilidad emergente de la actividad legislativa y judicial.

De ese modo, nacieron en el derecho público una gama variada de teorías que basándose en principios generales del derecho administrativo (algunos de ellos con base constitucional o legal) fueron ampliando progresivamente el ámbito de la responsabilidad del Estado. Entre esas concepciones pueden mencionarse aquellas que se fundamentan en (12): a) la expropiación por causa de utilidad pública; b) el sacrificio especial (13); c) la igualdad ante las cargas públicas; d) el enriquecimiento sin causa; e) los derechos adquiridos; f) el riesgo; g) los principios del Estado de Derecho (14); h) el principio de la restitución proveniente de un deber impuesto por la justicia distributiva (15); i) de la lesión antijurídica resarcible (15 bi).

5

CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO:

a) Civil o de derecho privado

b) De derecho administrativo

En el ámbito de vigencia del derecho interno (16) la reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares o el incumplimiento de un contrato puede obedecer a una relación de derecho civil o de derecho administrativo.

Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (v. gr. bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los Bancos Oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el código civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre otros, el art. 43 y las disposiciones de los arts. 512 y 1109 del cód. civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual (16 bi).

En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el art. 1112 del cód. civil, que nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público, como erróneamente han pretendido algunos sectores de la doctrina y se advierte en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales. A esta clase de responsabilidad la denominamos de derecho administrativo y ella puede, a su vez, subdividirse en varias especies y subclasificaciones.

6

ESPECIES DE RESPONSABILIDADES DEL ESTADO REGIDAS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO:

a) Contractual

b) Extracontractual

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, que tiene un gran arraigo en el derecho civil, también puede formularse en el derecho administrativo, aunque sobre bases diferentes, ya que en ambos casos la restitución debe regirse por las reglas de la llamada Justicia conmutativa (la igualdad se realiza de objeto a objeto, salvo que la condición personal sea causa de distinciones reales). La distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual. Se trata de una clasificación que responde sobre todo a fines didácticos, pues si la restitución es siempre un acto de la justicia conmutativa (que obliga a reparar en proporción a la cosa, restableciendo la igualdad alterada por la producción del daño) la reparación debida guarda conformidad con un principio de justicia legal o general, por cuyo mérito el deber del administrado de soportar las cargas públicas (en sentido lato, este concepto comprende todo acto o hecho estatal que produce un perjuicio) exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria, porque sería injusto que un particular deba soportar, de un modo desigual, la actividad administrativa dañosa. Pero la restitución siempre será un acto de la justicia conmutativa porque ella, en sí misma, no es de justicia legal o general sino que es de justicia particular, donde se restituye algo a un individuo en proporción a la cosa y no a la posición o participación que ese individuo tenga como parte en la comunidad.

De otra parte, debe advertirse que el hecho de haberse descartado la noción del acto ilícito culposo no implica que la extensión de la reparación deba diferenciarse en todos los casos de las reglas civiles, aun cuando haya matices y sustanciales diferencias, sobre todo en la responsabilidad por acto legítimo.

Tampoco toda la responsabilidad extra-contractual tiene idéntica naturaleza y régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas.

Desde luego que este concepto de ilegitimidad —que comprende tanto la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia— no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa conforme a una idea similar a la *faute de service* del derecho francés, donde se sustituye el dato de la culpa por el relativo al funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos. En tales casos, la reparación debe ser integral, ya sea que se trate de la actuación de la Administración Pública como de los daños ocasionados por la actividad legislativa (v. gr. ley inconstitucional) o judicial (v. gr. condena dictada por error). La razón de ello es muy simple: no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado (v. gr. no indemnización del lucro cesante). No hay ningún principio de justicia que sustente la improcedencia de indemnizar los perjuicios resultantes, directos o indirectos (17).

Las cosas cambian cuando se trata de daños causados por una actuación estatal que se reputa legítima (ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial), pues allí es posible sustentar que si bien existe en tal caso el deber de los administrados de soportar sacrificios patrimoniales por razones de interés público o bien común, es justo que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas (17 bi). Esta solución se justifica en virtud de que no parece justo que la restitución de los demás conceptos deba ser soportada por la comunidad, produciendo un beneficio para el particular por causa de la utilidad pública, porque si el interés público no

debe ser objeto de ventajas para los particulares, la indemnización acordada para restaurar el equilibrio patrimonial debe limitarse al daño emergente (18).

Por el contrario, juzgamos que la indemnización tiene que ser integral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública (interés público o bien común) sino en el ejercicio irregular de la función administrativa.

7

LA LLAMADA TEORIA DE LA INDEMNIZACION Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para explicar la responsabilidad del Estado por su actuación legítima, el derecho alemán ha construido la llamada teoría de la indemnización, que procede respecto de las “intervenciones conforme a derecho” que permiten responsabilizar al Estado con prescindencia de la noción de culpa. Esta teoría, seguida en Italia por Alessi (19) y en España por Garrido Falla (20) divide la reparación por los daños provocados por el Estado según que la causa se atribuya a responsabilidad por acto ilícito (montada en la noción de culpa) o que la misma se relacione con una indemnización de derecho público que prescinde del dato de la culpa y se fundamenta en la igualdad de los administrados ante las cargas públicas, principio este que toma odioso todo sacrificio especial que ellos sufran sin indemnización (21).

A esta tesis se ha contrapuesto la concepción de la lesión antijurídica resarcible postulada por García de Enterría que básicamente intenta construir un sistema unitario de responsabilidad partiendo de prescripciones positivas del derecho español (art. 121, ley de expropiación forzosa). Según este autor, la ley de expropiación ha eliminado, al legislar sobre responsabilidad, los elementos ilicitud y culpa, para basarse en el criterio de la lesión, que concibe a ésta como todo perjuicio antijurídico (22). El fundamento de esta concepción, que no requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, reposa en un principio de garantía patrimonial, con fundamento en el derecho positivo español, por el cual la responsabilidad se basa en un mecanismo objetivo de reparación que funciona independientemente de que haya o no culpa del agente, siempre que se produzca una lesión al patrimonio privado por la actuación de la Administración (23).

No obstante reconocer que las concepciones antes expuestas poseen rigor lógico y que se hallan animadas, en líneas generales, por la idea de justicia, en las relaciones entre el Estado y los particulares nos permitimos disentir parcialmente con ambas posturas.

En efecto, si se logra un fundamento común y unitario para hacer responsable al Estado por su actuación en el ámbito del derecho público no se justifica la distinción sustancial entre responsabilidad e indemnización, ya que ambas figuras pretenden explicar los supuestos en que el Estado restituye un desequilibrio causado por un daño en el patrimonio de los administrados. A lo sumo, si hay distinciones y matices en punto a la medida de la reparación, sea que se trate de actividad legítima o ilegítima, no se justifica una diferencia sustancial en el fundamento de ambos tipos de responsabilidad.

En cuanto a la tesis de la lesión resarcible, si bien coincidimos en cuanto a la necesidad de proporcionar un fundamento común para la responsabilidad del Estado, esa búsqueda debe orientarse al fin del Estado que no es otro que la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño. No se trata, pues de hallar un fundamento positivo sino un principio de derecho natural que constituye a su vez un principio general de derecho administrativo, con abstracción de hallarse o no incorporado al ordenamiento escrito. Ese principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado (24).

De este principio propio que se relaciona tanto con la justicia legal o general como con la justicia conmutativa, deriva que toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado deba ser reparado, en función de la naturaleza de la actividad (legítima o ilegítima), el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad.

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la restitución del desequilibrio causado por el administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad y de impedir la subsis-

tencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad (25) aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones del mismo, o bien, constituyen principios complementarios.

Se trata, por lo demás, de un principio reconocido por el derecho constitucional argentino, que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional).

Desde luego que uno de los requisitos que deben darse para que juegue la responsabilidad del Estado ha de ser el de la especialidad del daño, pero el mismo no significa otra cosa que una condición del desequilibrio y comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño es soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad.

Las ideas expuestas toman necesario formular un replanteo de las clasificaciones tradicionales sobre la responsabilidad del Estado (administrativa, legislativa y judicial) para centrar la cuestión sobre nuevas bases, pues según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado (y en ambas situaciones es responsable de los daños causados injustamente a los particulares) va a diferir el alcance y la medida de la reparación, habida cuenta que el sacrificio que soporta el administrado por el perjuicio causado por el Estado presenta una diferencia específica importante, pues mientras en la actuación legítima él tiene el deber de aceptar el sacrificio (aun cuando no el de soportar el daño) (26), en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa de la actividad del Estado, no le es impuesta la obligación de soportarla, ni menos aún, de padecer el daño sin indemnización.

(1) En las obras generales sobre derecho administrativo argentino el tema de la responsabilidad del Estado suele abordarse, probablemente por una costumbre doctrinaria, al final del desarrollo de las distintas materias, no obstante que en los albores del derecho administrativo vernáculo esta cuestión aparecía tratada a continuación de las autoridades y personas administrativas (López, Lucio V., *Derecho Administrativo Argentino*, ps. 209 y sigtes., Buenos Aires, 1902).

(1 bi) Son responsables de acuerdo al sentido verdadero de la palabra, que deriva de la lengua romana (donde el responsor era la garantía, y responder significaba la idea de constituirse en garantes en el curso de acontecimientos por venir "todos aquellos que pueden ser convocados ante un tribunal, porque pesa sobre ellos cierta obligación, proceda o no de su deuda de un acta derivado de su voluntad libre" (Villey, Michel, *En tomo al contrato, la propiedad y la obligación*, trad. del francés, p. 80, Buenos Aires, 1981).

(2) Lo cual constituye -según San Agustín- el oficio primario de la justicia, que mantiene en el hombre un orden justo de la naturaleza (La ciudad de Dios, p. 473, Ed. Porrúa, México, 1979).

(3) A dicha concepción que fue la antesala de las nacionalidades, el cristianismo opuso la tesis de la sociedad universal (la cristiandad), idea que se vio reforzada por la tradición del imperio romano, que había unificado al mundo civilizado.

(4) La falta de servicios implica -como se verá más adelante- la alteración de la igualdad al soportar un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa, debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente.

(5) Tal es el origen de las erróneas concepciones que pretendieron sostener la existencia -entre nosotros- de la responsabilidad indirecta del Estado, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1113 del cód. civil.

(6) El Tribunal de Conflictos consolidó ese punto de vista en el conocido caso "Blanco", fallado en el mes de febrero de 1873, donde expresó: "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por acto de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el código civil para las relaciones de particular a particular, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos, del Estado con los intereses privados".

(7) Vedel, Georges, *Droit Administratif*, ps 297-298, París, 1968.

(7 bi) Rivero, Jean, *Droit Administratif*, p. 276, París, 1977.

(8) Vedel, Georges, op. cit., p. 315. En este último caso (falta no desconectada totalmente del servicio) la jurisprudencia del Consejo de Estado francés exige que el agente persiga un fin doloso o malévolo, puramente personal. La desviación de poder que vicia a un acto administrativo no configura, salvo que el agente obre con intención maliciosa, una falta personal. La noción de culpa no es tampoco el verdadero fundamento de la responsabilidad civil, sino la afectación de la igualdad que cuando es imputable a una persona, hecho del dependiente o riesgo de la cosa, obliga a la restitución.

(9) Benoit, Francis Paul, *Droit Administratif*, p. 712, Toulouse, 1968.

(10) Benoit, Francis Paul, op. cit., p. 709. Villey, Michel, op. cit., ps. 81 y sigtes., quien expone una acertada crítica a la teoría de la culpa para fundar la responsabilidad en general. Según este autor la culpa no constituye más que uno de los factores del problema jurídico, debiendo computarse a los efectos de la reparación, los intereses de la víctima, el tipo de daño causado, la naturaleza del asunto y el conjunto del problema (op. cit., ps. 79-80).

(11) Laubadere, Andre de, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, t. I, p. 654, París, 1970.

(11 bi) La responsabilidad contractual del Estado que al principio se regía por el derecho civil fue siempre reconocida, aun cuando haya sólo variado en su fundamentación, por el desarrollo autónomo que adquirió la teoría del contrato administrativo.

(12) Reiriz, María Graciela, Responsabilidad del Estado, ps. 26 y sigtes., Buenos Aires, 1969, hace un estudio bastante completo de las teorías más conocidas.

(13) Es la tesis de Mayer que ha tenido y aún tiene considerable influencia en el derecho administrativo, véase Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, t. IV, ps. 215 y sigtes., especialmente ps. 224-233, Buenos Aires, 1954. En rigor, la teoría de Mayer, conocida como "del sacrificio especial" se apoya en la idea de equidad (op. cit., t. IV, p. 216) que conlleva la obligación de reparar todo daño injusto causado por la Administración de un modo desigual (op. cit., p. 226). El sacrificio especial juega como una de las condiciones de la responsabilidad (op. cit., p. 228).

(14) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, ps. 698 y sigtes, Buenos Aires, 1973.

(15) Soto Kloss, Eduardo, La idea de reputación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por una víctima, ps. 19 y sigtes., en la publicación titulada Responsabilidad del Estado, Tucumán, 1982, edición de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Católica de Tucumán. La idea de la restitución expuesta en forma embrionaria y sin reconocer la responsabilidad del Estado puede verse en la obra de Orlando (Principios de Derecho Administrativo, p. 286, trad. de la 2ª edición italiana, Madrid, 1978).

(15 bi) García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, t. I, ps. 335 y sigtes., Madrid, 1981.

(16) Si bien hay responsabilidad internacional del Estado, este tema pertenece al derecho internacional público.

(16 bi) No obstante las críticas que nos merece la adopción del sistema civilista en cuanto postula la noción de culpa y el hecho de que coexistan en ese derecho la responsabilidad subjetiva con la objetiva (art. 1113, cód. civil).

(17) Cuando un acto o hecho es voluntariamente ilegítimo "es más grave que la simple injusticia y equivale a un daño mayor". Santo Tomás, Tratado de la Justicia, Capítulo V, art. 4º in fine (II-II. cuestión 67).

(17 bi) Es el criterio establecido en el art. 10 de la ley nacional de expropiaciones 21.499.

(18) La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró recientemente esta tesis en el caso "Cantón Mario Elbio c. Gobierno Nacional" (Fallos, 301-405 y sigtes.). Allí se sostuvo que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial alterado por el accionar ilegítimo de la expropiación. Se trata de una demanda donde se perseguía la reparación de los perjuicios provocados por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2118/71 que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional que afectó contratos concluidos y en vías de ejecución. Luego de admitir que esa actividad lícita del Estado podía ser "la causa eficiente de daños a particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales" (art. 17, Constitución Nacional), la Corte aplicó, por analogía, para establecer la medida de la indemnización, el criterio estatuido en el art. 10 de la ley 21.499 (ED, 69-885). Al respecto, resulta ilustrativo destacar lo expuesto en el consid. 8º de dicho precedente, como una demostración más del carácter justo y novedoso que presenta la evolución de las instituciones administrativas en la realidad de la jurisprudencia. Dijo la Corte que, admitida la procedencia del resarcimiento del particular por los daños provocados por la actividad lícita (nosotros preferimos decir legítima) del Estado, "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16, cód. civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resultan viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedentes las propias del derecho común relativo a la responsabilidad civil" (Fallos, 301-407).

(19) Alessi, Renato, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, ps. 519 y sigtes., Milán, 1958.

(20) Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, t. II, ps. 238 y sigtes., Madrid, 1980.

(21) Garrido Falla, Fernando, op. cit., t. II, p. 241.

(22) García de Enterria, Eduardo, Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, p. 177, Madrid, 1956. En el caso de la actividad legítima, esa antijuridicidad proviene de que si bien hay obligación de soportar el sacrificio, no está obligado a soportar el daño patrimonial.

(23) García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás R., op. cit., t. II, p. 337, Madrid, 1981.

(24) En algunos supuestos, el administrado tiene la obligación de soportar tanto el sacrificio como el daño, a condición de que se respete el principio de la igualdad y no se desnaturalice el derecho de propiedad (v. gr. restricciones administrativas).

(25) Para Soto Kloss, (op. cit. p. 22), la obligación de reparar nace del daño. Aunque compartimos en general el fundamento de su postura nos parece que tal opinión es inaceptable, por las razones que damos en el texto, aparte de que puede haber perjuicios causados por la actividad legítima del Estado que no violan el principio de igualdad (v. gr. restricciones administrativas) y que no generan restitución alguna en tanto no se desnaturalice el derecho da propiedad, porque allí la restricción es indebida o ilegítima, al violar un derecho natural permisivo garantizado por la ley positiva (artículo 17 de la Constitución Nacional). En el primer caso, hay una carga no indemnizable, impuesta por una razón de justicia legal o

general pero en el segundo sería injusto no indemnizar a quien es privado de todo o parte de su propiedad en aras del bien común, ya que ese derecho se ha concedido al hombre para atender, por su intermedio, las necesidades de la comunidad, aparte del fin inmediato de satisfacer sus requerimientos esenciales. En consecuencia, si bien la restitución para reestablecer el desequilibrio causado en el patrimonio individual, tiene una finalidad social mediata, obedece, en cambio, a una finalidad inmediata respecto de la persona afectada.

(26) Para González Pérez "si el sacrificio que se exige del particular propietario de la cosa no obtuviese una justa compensación, se habría roto el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues un ciudadano concreto habría contribuido exclusivamente a las mismas en beneficio de los demás miembros de la comunidad" (González Pérez, Jesús, Administración Pública y Libertad, p. 51, México, 1971). Dicha opinión coincide totalmente con el fundamento unitario que dejamos atribuido a la responsabilidad del Estado en general.