

Sumarios

1. Antecedentes del nuevo escenario normativo. - 2. La aplicación de normas y principios del Código Civil al derecho administrativo. - 3. La regulación de la responsabilidad del Estado por el CCCN o por leyes administrativas nacionales y locales. - 4. Sobre el alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización. - 5. Principales críticas a la ley 26.944. - 6. La necesidad de repensar el sistema.

La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado(*)

1

Antecedentes del nuevo escenario normativo

No se puede desconocer que, antes de la recepción de la teoría de la falta de servicio en el caso “Vadell”, fallado por la Corte Suprema en 1984(1), la jurisprudencia del Alto Tribunal, en materia de responsabilidad extracontractual por la actividad estatal ilegítima, había transitado por diferentes andariveles y dictado sentencias contradictorias que afirmaban, en forma indistinta, la naturaleza indirecta en algunos casos y, en otros, la responsabilidad directa del Estado. En esa época tampoco se había perfilado una sistematización moderna en el derecho público argentino y comparado acerca de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad que tuviera en cuenta los elementos diversos que tienen en común la doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo con la del derecho civil.

En el caso “Vadell”, como es sabido(2), la Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del procurador general de la Nación, Juan Octavio Gauna, adoptó, prácticamente al pie de la letra, la sistematización y doctrina que expusimos en dos trabajos publicados en El Derecho(3) acerca de la utilización de la falta de servicio como factor objetivo de atribución de la responsabilidad del Estado, basados en una reinterpretación dinámica del art. 1112 del cód. civil de Vélez Sarsfield y en las notas de Aubry y Rau.

Carece de sentido desempolvar la historia de las interpretaciones que se formularon, tiempo después, sobre los diferentes aspectos de la teoría de la falta de servicio (entre otros, si se trataba de una responsabilidad objetiva o subjetiva), porque si miramos la jurisprudencia de la Corte posterior al caso “Vadell” es advertible que se mantuvo prácticamente sin fisuras. Fue también la concepción que adoptó el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la que ha quedado cristalizada en la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, ley que, no obstante las severas críticas que nos merece en otros aspectos(4) (contrarios a los principios que configuran el Estado de derecho y el sistema de unidad de la legislación de fondo prescripto en la Constitución), ha mantenido idéntica concepción.

Hubiera sido más útil que la doctrina profundizara acerca de los nuevos problemas que fueron surgiendo con la responsabilidad del Estado en el derecho administrativo, en particular sobre la admisibilidad del riesgo como factor objetivo de atribución y el nuevo fundamento constitucional que reafirma la responsabilidad del Estado a la luz de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescriben el derecho a la justa indemnización, particularmente con relación a la responsabilidad por actividad legítima del Estado(5).

Porque lo cierto es que, aparte de superar las incongruencias y contradicciones interpretativas, la concepción de la falta de servicio, por lo común injustamente criticada y no pocas veces incomprendida, representó un avance en la protección de los derechos fundamentales como consecuencia de erigir un nuevo factor de atribución de responsabilidad divorciado de los aspectos subjetivos que configuraban la culpa y centrado en el carácter objetivo que traduce el funcionamiento irregular del servicio, sin necesidad de identificar al autor del daño. Era y es evidente que lejos de cerrar el camino hacia la

reparación del daño -con arreglo a los criterios de justicia conmutativa-(6), la tesis de la falta de servicio se convertía en el centro de la imputación material a los órganos o agentes de la Administración que encarnaban la voluntad estatal, sin necesidad de complicadas probanzas, y aunque pudiera predicarse que se trataba de juzgar conductas humanas, ese juzgamiento estaba prácticamente despojado de elementos subjetivos. Así, la falla(7), y no la culpa, se considera del servicio y no de los agentes públicos, salvo que estos hubieran incurrido en faltas personales(8), casos en los que debe aplicarse el Código Civil, en forma directa y no por analogía.

La otra ventaja que ofrecía la consolidación de la concepción de la falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad, no advertida entonces con suficiente generalidad ni profundidad doctrinaria, tanto en el campo civilista como en el del derecho administrativo, consistía en el hecho de que, al estar legislada en el Código Civil, formaba parte del derecho común, ya sea que se la considerase norma de derecho público (como nosotros sostuvimos) o norma de derecho privado. Es verdad que nuestra tesis y la de los civilistas que postulaban la unidad del derecho de daños contrariaba la corriente publicista mayoritaria que asignaba (y aun continúa haciéndolo) naturaleza local a la materia de la responsabilidad, pero creemos que, además de fundarse en el principio de unidad de la legislación común (art. 75, inc. 12, CN), dicha doctrina sobre la falta de servicio se asentaba en una jurisprudencia firme y constante de la Corte Suprema, que fue, en definitiva, la que recogió el Proyecto de CCCN.

2

La aplicación de normas y principios del Código Civil al derecho administrativo

Dos normas recientes han pretendido fulminar la posibilidad de aplicar las prescripciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria. La primera de ellas se encuentra en el nuevo CCCN, que, contrariando la propuesta en el Proyecto de la Comisión Redactora, prescribe: “Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”(9), y la segunda, inserta en la ley 26.944, con un alcance de mayor amplitud, veda la aplicación de las disposiciones de todo el Código Civil a la responsabilidad del Estado tanto de manera directa como subsidiaria.

Por de pronto, en el CCCN hay normas de derecho público común que se aplican en forma directa (v. gr., en materia de las personas jurídicas públicas y la categorización legal de los bienes del dominio público) (10) que a nadie se le ha ocurrido suponer que no vinculan a las provincias, alegando que estas poseen potestades originarias por tratarse de normas de derecho administrativo que, en principio, sería local. Una interpretación semejante conduciría a un desorden jurídico de proporciones, ya que cada provincia podría legislar esas materias sin límite alguno, rompiendo con el principio de unidad de la legislación común (art. 75, inc. 12, CN).

Va de suyo que tanto una como otra, mayormente la segunda norma, incurren en el vicio de arbitrariedad de la ley, ya que se trata de un mero capricho del legislador opuesto a la naturaleza de las cosas y al principio de razonabilidad. Si el sistema administrativo regula escasamente el campo de las obligaciones, resulta por demás obvio que, cuando surgen lagunas de regulación, habrá que acudir a las normas del CCCN, en forma directa y no por remisión legislativa, aplicando, llegado el caso, la técnica de la analogía(11) cuando la norma del ordenamiento civil y comercial sea opuesta a los principios generales del sistema del derecho administrativo.

Aunque los iuspublicistas, a partir de Bielsa, hemos considerado que, ante una carencia normativa en el ordenamiento administrativo, hay que acudir primero a los principios de derecho público y a las normas análogas de nuestra disciplina, dicho principio nunca fue absoluto y la jurisprudencia ha acudido en numerosas oportunidades a las normas y principios generales que existen en el Código Civil para cubrir las lagunas del ordenamiento administrativo.

Al no haber en el Código Civil norma ni principio alguno que se oponga a la justa indemnización cuando el Estado ocasiona daños por su actuación ilegítima o legítima, el legislador ha errado en la necesaria armonización de los fines que persigue, incurriendo en contradicciones acerca de su valorización(12). Ello conculca, a las claras, el principio de razonabilidad de las leyes, ínsito en el art. 28 de la CN.

3

La regulación de la responsabilidad del Estado

por el CCCN o por leyes administrativas nacionales y locales

Ante todo hay que advertir que no es lo mismo regular la responsabilidad del Estado por el nuevo CCCN que hacerlo in totum por el derecho civil.

Al respecto, el Código de Vélez Sarsfield, salvo casos excepcionales en que se aplicaba en forma subsidiaria (el art. 1502 referido a la locación de bienes públicos)(13), conducía a la aplicación de la técnica de la analogía, la cual, ante la carencia normativa, adapta los preceptos civiles a los fines y principios del derecho administrativo.

Pensamos que la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, por faltas de servicio o conectadas a él, pertenece al derecho público, e igualmente también la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, aun así, no hay obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el CCCN, en virtud de una serie de razones que hemos expuesto antes de ahora y que, probablemente, algunos publicistas no vayan a compartir. En algunos casos, se trata de normas de derecho público incluidas en la regulación civil y comercial, técnica ya empleada en el art. 2340 del Código de Vélez Sarsfield, que vuelve ahora a utilizarse en el precepto correspondiente del nuevo CCCN(14).

Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Código Civil y Comercial, como, por ejemplo, la condición jurídica del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios y sus respectivas entidades autárquicas o jurídicamente descentralizadas, que continúan siendo personas jurídicas públicas conforme a la definición legal del art. 146, inc. a), del CCCN.

Se trata de materias que plantean la necesidad y conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

Algo similar acontece con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (v. gr., respecto de la concurrencia de responsabilidad entre la falta de servicio y las faltas personales de los agentes públicos no desconectadas del servicio). En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica de la responsabilidad estatal en el CCCN y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas comunes aplicables al derecho público) como hacerlo a través de leyes nacionales de carácter común. De lo contrario, corre el riesgo de que una regulación local (provincial o incluso municipal) restrinja o suprima la procedencia y el alcance de la responsabilidad.

No hay que ignorar, sin embargo, que la responsabilidad del Estado reposa en fundamentos que emanan de la Constitución y de los tratados internacionales, ni tampoco que el CCCN se aplicará, muchas veces, por analogía. Pero, en el caso de que ocurriera alguna violación constitucional, el sistema jurídico opera como los reactivos en la química, y si la norma o regulación degrada o suprime la responsabilidad estatal, el particular se encuentra habilitado para reaccionar judicialmente en defensa de sus derechos para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional.

Al haberse optado por la regulación administrativa nacional y local, el legislador ha elegido un camino semejante al seguido por el derecho estadounidense, en el que proliferan diferentes ordenamientos estatales básicos, sin perjuicio de las regulaciones especiales ni de la Ley Federal de Reclamos al Estado, denominada Federal Tort Claims(15). El sistema estadounidense exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal(16) que no representa el mejor modelo por seguir y habría que ver, si al replicarlo en nuestro país, no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75, inc. 12, de la CN, bajo la premisa de que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común(17), como las prescripciones del Código Civil y Comercial referidas a la condición jurídica de las personas públicas y al dominio público.

Por otra parte, la regulación por una ley nacional de la responsabilidad del Estado que no sea de derecho público común implica que las provincias que se adhirieran a ella, conservarían poderes no delegados (art. 121, CN) para dictar las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

4

Sobre el alcance de la indemnización:

el principio general de la justa indemnización

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 abordan, optando por ceñirse a la dogmática. Sin embargo, el conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, es una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico(18). 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 de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral(19).

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 cuyos daños no está obligado a soportar, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa(20). Más aún, no solo se plantea en el ámbito de la actividad legítima del Estado, sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima.

La diversidad de las soluciones y los criterios proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización en tales casos nos lleva a replantear la cuestión para encontrar una fundamentación común que permita 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 ella un criterio preciso(21), y así como no se puede sacar jugo bebible de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla o criterio que no resulta del precepto sino de la inferencia de los juristas(22).

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la ley de expropiaciones(23), que circunscribe la indemnización al valor 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 indemnizables el valor empresa en marcha(24), así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (un campo inundado por la decisión del poder público), considerándose que solo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético(25).

Al respecto, 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 (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspaasa al dominio estatal). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado(26), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas(27).

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

En sentido estricto, la reparación nunca puede ser integral, tanto porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (por ejemplo, los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia de que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v. gr., las consecuencias casuales y las remotas)(28).

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la reparación o restitución (la clásica restitutio) no puede alegarse como pretexto o argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, así como de otros daños, como la violación de los derechos personalísimos(29), respondiendo tanto por las consecuencias inmediatas como por las mediatas previsibles(30). En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la restitución, 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”(31), mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización”(32). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento del principio de la justa indemnización(33) que algunos asimilan a reparación integral(34) o amplia(35), el cual constituye un nuevo paradigma del derecho público(36).

En consecuencia, la clave para desentrañar este intrincado problema interpretativo se encuentra en la comprensión del concepto “justa indemnización”, el cual exige acudir necesariamente a la teoría de la justicia. Según alguna doctrina jurisprudencial minoritaria(37), 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 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.

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 también 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⁽³⁸⁾ y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾, circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el cardenal Cayetano⁽⁴¹⁾ cuando sostuvo que la justicia distributiva era 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⁽⁴²⁾. En rigor, se trata de conceptos e ideas que corren por andariveles distintos, gestados 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”⁽⁴³⁾.

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⁽⁴⁴⁾, así como interpretar que la pareja justicia distributiva-conmutativa se corresponde con el derecho público y el 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 en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana de 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 reparación o restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional 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 reparación, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante⁽⁴⁶⁾, así como otros daños, como los que se producen por la violación de los derechos personalísimos o el daño moral, ya sean producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, fuera legítima o 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”⁽⁴⁷⁾.

En definitiva, el mismo criterio que ha utilizado alguna jurisprudencia de la Corte para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta válido para la interpretación que efectuamos, ya que, si bien no lo relaciona con la teoría de la justicia, acierta esencialmente, salvando la deficiente terminología, 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”⁽⁴⁸⁾ 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 equivalencia numérica teórica”(49).

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 al conculcar los arts. 21, apart. 2°, y 63, apart. 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No desconocemos que la solución propugnada por un sector de nuestra doctrina(50), en el sentido de que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la actividad ilegítima o ilícita, elimina el problema interpretativo existente. Pero, habida cuenta de las dudas(51) que puedan suscitarse al respecto, nos parece que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparar que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, legislativa o reglamentaria legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar a priori, máxime cuando se trata de daños patrimoniales particularizados y no susceptibles de generalización.

5

Principales críticas a la ley 26.944

La regulación de la responsabilidad del Estado en el Código Civil de Vélez Sarsfield garantizaba la estabilidad de una jurisprudencia que (con pocas excepciones) se había mantenido durante treinta años; se sustituye ahora por una ley que limita y, en algunos casos, suprime la responsabilidad estatal de un modo que cercena los principios del Estado de derecho. Entre las normas objetables(52) cabe señalar el art. 1° de la ley 26.944, que excluye la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado, lo que carece de sentido, toda vez que al no ser completa la regulación de la responsabilidad en dicha ley, hay que acudir necesariamente al Código Civil y Comercial para cubrir los vacíos normativos, mediante el procedimiento de la analogía, al que por razones de especialidad y autonomía corresponde acudir en primer término para pasar luego, una vez verificado el juicio de compatibilidad, a la aplicación directa o subsidiaria. En efecto, la posibilidad de acudir a la analogía para integrar la carencia de normas con el derecho privado es el procedimiento propio del derecho público y es, por ejemplo, el que permite extender la responsabilidad del Estado por la actividad de las entidades descentralizadas(53).

Basta señalar el requisito que prescribe la responsabilidad por omisión solo cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3°, inc. d)], lo que excluye la responsabilidad cuando la omisión(54) transgrede algún principio general del derecho, estén o no regulados en la Constitución o en tratados internacionales; las rigurosas exigencias para acreditar el daño por la actividad legítima (art. 4°, incs. c] y e]) y el carácter excepcional de esta, así como la prohibición de que no proceda el lucro cesante (art. 5°), el intento de excluir la responsabilidad por omisiones legítimas (dado que el inc. b]) del art. 4° no menciona a la inactividad estatal), la diferente regulación del nexo causal en los tipos de responsabilidad (por actividad ilegítima y legítima), entre otras prescripciones, para arribar a la conclusión de que la ley implica un grave retroceso institucional(55).

Con referencia a la relación de causalidad, cabe advertir que la regulación estatal es sumamente restrictiva por cuanto, sin razón que justifique el cambio, modifica el requisito de la causalidad al exigir, en vez de la causalidad adecuada (como en los casos en que la responsabilidad proviene de la actividad ilegítima), que ella sea directa, inmediata y exclusiva, lo cual, como es obvio, limita sobremanera y en forma injusta la reparación de los daños provocados por el accionar estatal. En especial, la exigencia de exclusividad hace que baste que un tercero interfiera en el suceso dañoso para excluir la responsabilidad del Estado, lo que viola el principio de razonabilidad de las leyes (art. 28, CN) alterando el contenido de un derecho considerado esencial, como es el de propiedad (art. 17, CN).

6

La necesidad de repensar el sistema

Como consecuencia de las reformas legislativas que hemos criticado, el ordenamiento que rige la responsabilidad del Estado se encuentra en un punto muerto del que será muy difícil sacarlo si no se producen consensos básicos que permitan arribar a un sistema coherente y garantístico de los derechos patrimoniales de los ciudadanos.

Esos consensos básicos pasan por una combinación de elementos teóricos y prácticos que respeten la tradición argentina en la materia y permitan, al propio tiempo, introducir los cambios que demanda la evolución de nuestra realidad social en el marco de la justicia, sin alterar las grandes líneas de la

jurisprudencia de la Corte que proporcionan la base indispensable para la seguridad jurídica y estabilidad de los derechos.

Tenemos que resolver, en el campo doctrinario (que incluye, por cierto, tanto a civilistas como administrativistas), sin mezquindades, una serie de dilemas que hacen desde el alcance de la reparación por la actividad legítima hasta la medida y los supuestos en que cabe admitir la introducción del riesgo como factor atributivo de responsabilidad, para dar coherencia y armonía al sistema legal de responsabilidad.

Un asunto no menor es la elección del camino. A nuestro juicio, la vuelta al Código Civil resulta el más conveniente, y si bien es cierto que parece conducir a interpretaciones exageradas, ello puede cubrirse con normas justas y razonables de modo de evitar los desvíos interpretativos, algo que nunca se puede garantizar del todo.

La otra posibilidad pasa por modificar la actual ley 26.944 corrigiendo sus defectos y errores y atribuyéndole carácter de norma nacional común de derecho público para impedir la anarquía legislativa a la que nos conducirá la diversidad y colisión con normas provinciales⁽⁵⁶⁾ que, según pensamos, altera el principio de unidad de legislación de fondo o común, ínsito en el art. 75, inc. 12, de la CN.

De ese modo, el ordenamiento argentino habrá cumplido con el mandato derivado del principio de justa indemnización que surge del juego tanto de prescripciones constitucionales (arts. 17 y 19, CN) como de dos cláusulas específicas de la CADH (arts. 21, apart. 2º, y 63, apart. 1º), principio que vincula a todos los poderes públicos de la República.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LEY - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ESTADO - DAÑOS Y PERJUICIOS

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, por Lucas A. Piaggio, ED, 249-602; Reformas al derecho privado patrimonial. En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil, por Mauricio Boretto, ED, 249-692; La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos es un tema constitucional, por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, 2013-563; La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el proyecto de unificación. La redefinición de la competencia para demandar, por Mariano Lino Churruarín y Ángel Luis Moia, ED, 257-650; El alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado. A propósito del proyecto de Código Civil y Comercial, y del proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado, por Juan Santiago Ylarri, EDA, 2014-499; La responsabilidad del Estado y los funcionarios corresponde al derecho común y es inconstitucional toda norma que disponga lo contrario, por Roberto Antonio Puente, EDCO, 2014-466; La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado), por Juan Carlos Cassagne, EDA, diario n° 13.943 del 26-4-16. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Fallos: 306:2030 publicado en ED, 114-215, con nota del autor de este trabajo.

(2) Aunque fueron pocos los autores que pusieron de manifiesto esta influencia, incluso la que tuvo Linares en la elaboración de la parte medular de nuestra postura doctrinaria. No obstante las críticas recibidas, creemos que nuestra doctrina contribuyó al afianzamiento de la seguridad jurídica, ya que hubo numerosas aplicaciones en variados supuestos: véase Pizarro, Ramón D., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, 2ª ed., Astrea, 2016, t. 1, págs. 405/411, ha sistematizado las principales aplicaciones de la doctrina de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

(3) Los trabajos a que nos referimos en el texto fueron: En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado (ED, 99-937) y La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo de derecho administrativo (ED, 100-986).

(4) Véase nuestro libro Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo), Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 417 y sigs.

(5) Posición sostenida por quien ha sido considerado el fundador del derecho administrativo argentino: Bielsa, Rafael, Reflexiones del Código Civil con el derecho administrativo, Buenos Aires, Lajouane, 1923, pág. 53 (con respecto a la revocación de una concesión por razones de interés público). También menciona como fundamento de la indemnización el criterio que emerge del art. 2511 del cód. civil de Vélez, según el cual la justa indemnización comprende no solo el valor real de la cosa, sino también el perjuicio directo que sufra el expropiado. Este principio ha sido, por lo común, ignorado u olvidado por los administrativistas que limitan la indemnización por daños ocasionados por actos legítimos del Estado al daño emergente, excluyendo el lucro cesante.

(6) Pizarro, Ramón D., Responsabilidad del Estado..., cit., pág. 360, parece atribuirnos la opinión contraria, que no sostenemos en nuestros diferentes estudios ni en los libros generales en que nos hemos ocupado con cierto detalle de este tema; véase por ejemplo Los grandes principios..., cit., págs. 418/425. El error

de sostener que el derecho público está saturado de justicia distributiva se advierte tempranamente en un trabajo de André Hauriou, publicado en La Ley en el año 1936 y reproducido en el Suplemento Páginas de Ayer, año 1º, Nº 5, octubre de 2000.

(7) En la lengua francesa el término *faut* puede implicar tanto culpa como falla o defecto. Por ese motivo algunos textos de libros franceses traducidos al español utilizan el término *falla* del servicio en vez de *culpa* del servicio; ver Morand-Duviller, Jacqueline, Curso de derecho administrativo, trad. de la 10ª ed. francesa, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2010, pág. 825 y sigs.

(8) Sobre la distinción entre falta personal y falta de servicio, aparte de la doctrina francesa que hemos mencionado en nuestro Curso de derecho administrativo, 11ª ed., Buenos Aires, 2016, t. I, puede verse el excelente análisis que hace Pedro Aberastury en el libro publicado bajo su dirección Responsabilidad extracontractual del Estado, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2014, págs. 9/10 y 25/29.

(9) Art. 1765 del CCCN.

(10) Aberastury, Pedro, El Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad del Estado, en Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Alberto Ricardo Dalla Vía y Manuel García Lema (dirs.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, págs. 311/312, apunta que la marcada separación entre derecho público y privado en materia de responsabilidad no proviene de la Comisión Redactora del CCCN sino del proyecto del Poder Ejecutivo que, en sus arts. 1764 a 1766, prescribe la inaplicabilidad del título correspondiente del CCCN a la responsabilidad, lo que contradice la regulación en dicho código sobre materias administrativas.

(11) Ver Galli Basualdo, Martín, La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación, en Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Alberto J. Bueres (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, págs. 109/110.

(12) Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, trad. del alemán, Barcelona, Ariel, 1966, pág. 271. La obra de Larenz, traducida por el profesor Enrique Gimbernát Ordeig fue publicada por Springer Verlag OHC, Berlín, 1960.

(13) Principio que mantiene el art. 1193 del nuevo CCCN con una técnica más depurada.

(14) Art. 235 del CCCN.

(15) En 1950 uno de nuestros grandes maestros, Jorge Tristán Bosch, publicó un trabajo notable de investigación sobre la responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América (la Crown Proceedings Act, 1947 y la Federal Tort Claims Act, 1946), La Ley -sección doctrina-, t. 57, pág. 895 y sigs.

(16) Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos de América, la inmunidad soberana protegió al Gobierno federal, a los gobiernos estatales y a sus empleados de ser demandados sin su consentimiento. A partir de mediados de la década de 1900, sin embargo, comenzó a morigerarse el principio de la inmunidad soberana. En 1946, el Gobierno federal aprobó la Federal Tort Claims Act (FTCA, 28 USC § 2674), renunciando, para el caso de algunas acciones, a la inmunidad para ser demandado y responsabilizado. Por efecto de imitación, muchas legislaturas estatales promulgaron también leyes para definir los límites de la inmunidad para los organismos y empleados gubernamentales estatales. Hoy en día, las leyes de reclamos a los estados por responsabilidad civil (State Tort Claims Acts) siguen mayormente el modelo de la FTCA, sustituyen la venia legislativa como requisito para promover demandas por daños contra los estados de la Unión. Salvo el caso de Alabama (cuya Constitución prohíbe, en el art. 1º, § 14, que el estado sea demandado en juicio), la mayor parte de estas leyes o bien proporcionan una renuncia general de inmunidad con ciertas excepciones, o bien legalizan la inmunidad con exenciones limitadas que solo se aplican a ciertos tipos de demandas. Por otra parte, existen las leyes de reclamos contra los estados (State Claims Acts), que son otro tipo de leyes -distintas de las State Tort Claims Acts- que, si bien también sirven a la limitación de la inmunidad para las demandas contra los estados, establecen tribunales especiales de reclamaciones, juntas o comisiones (mayormente dependientes del Poder Ejecutivo) para resolver reclamos contra el Estado (generalmente, por fuera del régimen de la responsabilidad civil, pero no necesariamente), y también pueden limitar los daños o establecer determinadas excepciones a la responsabilidad. Connecticut, Illinois, Kentucky, Carolina del Norte y Ohio cuentan con este tipo de leyes. Al menos 33 estados limitan o ponen tope a las sumas dinerarias por los daños que pueden ser reclamados en juicios contra el Estado o funcionarios, y por lo menos 29 estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares. Por ejemplo, Wisconsin establece un tope de USD250.000 para los casos de responsabilidad de funcionarios estatales, pero no para las condenas contra el Estado o sus organismos (Wis. Stat. Ann. § 895.46.6). Asimismo, existe en los Estados Unidos la diferenciación entre "actos de gestión" (proprietary actions) y "actos de gobierno" (government actions). Estos últimos excluyen la responsabilidad de los estados. Sin embargo, la determinación de cuáles actos son de gestión y cuáles de gobierno es materia de opiniones diversas aun en la jurisprudencia. Algunos estados han abolido esta distinción (por ejemplo, Wyoming; Wyo. Stat. §1-39-101.b; y Nuevo México, N.M. Stat. Ann. §41.4.2). La Conferencia Nacional de Legislaturas Estadales (National Council of State Legislatures o NCSL) enumera las leyes y las disposiciones constitucionales de los estados y del Distrito de Columbia relativas a la inmunidad de responsabilidad civil y las demandas contra el Estado (disponible en <http://www.ncsl.org/research/transportation/state-sovereign-immunity-and-tort-liability.aspx>).

(17) Véase Ibarlucía, Emilio A., Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o

Ley Provincial?, en Estudios Constitucionales..., cit., t. I, págs. 280/291, analiza con rigor histórico la interpretación de la "Cláusula de los códigos" (ex art. 67, inc. 11, y art. 24 de la CN) haciendo una interpretación armónica con otras disposiciones constitucionales.

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

(19) 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 en contra del enfoque sistémico que debería haber conducido a esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.

(20) En Francia se la denomina "responsabilidad sin falta", véase Morand-Deville, Jacqueline, Curso de derecho administrativo, cit., pág. 725 y sigs.

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

(22) Laplacette, Carlos J., Derecho constitucional a la reparación de daños, LL, 2012-E-1045.

(23) El art. 10 de la ley 21.499 preceptúa: "La indemnización solo 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".

(24) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, t. IV, págs. 253/254.

(25) Cfr. nuestro Curso de derecho administrativo, cit., págs. 286/287.

(26) CS, Fallos: 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., págs. 241/242; Maiorano, Jorge L., La expropiación en la ley 21.499, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1987, pág. 62 y nuestro Curso de derecho administrativo, cit., t. II, pág. 285.

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

(28) Art. 901 del cód. de Vélez Sarsfield; art. 1727 del CCCN.

(29) Art. 1738 del CCCN.

(30) Art. 1726 del CCCN.

(31) Art. 21, apart. 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(32) Art. 63, apart. 1º.

(33) 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, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. 2, págs. 1128/1129; Laplacette, Carlos J., Derecho constitucional..., cit.; Cardaci Méndez, Ariel, Revocación del contrato..., cit., pág. 154 y sigs. e Ibarlucía, Emilio A., El derecho constitucional a la reparación, Buenos Aires, Ábaco, 2013, pág. 50 y sigs.

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

(35) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación del contrato..., cit., pág. 172 y sigs.

(36) Sobre la función de los paradigmas e incluso de los llamados epistemes véase Alli Aranguren, Juan C., El principio de legalidad y la justicia social en el derecho administrativo francés, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2008, pág. 33 y sigs.

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

(38) Aquino, Tomás de, Tratado de la Justicia, en Suma Teológica, Madrid, BAC, 1956, S.T. II-II, t. VIII, q. 58 a.7.

(39) Finnis, John, Ley natural y derechos naturales, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 208.

(40) Aquino, Tomás de, Suma Teológica, cit., q. 62 a.1.

(41) 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., págs. 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., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. 1, p. 123 y sigs., especialmente pág. 155 y sigs.).

(42) Véase Rossi, Abelardo F., Aproximación a la justicia y a la equidad, Buenos Aires, Educa, 2000, pág. 21 y sigs., especialmente pág. 22, afirma que el todo no es el Estado; Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, págs. 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, cit., t. I, pág. 21 y sigs.

- (43) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., págs. 209/210.
- (44) *Ibidem*, pág. 207.
- (45) El principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75, inc. 22, CN), así como la interpretación que hace de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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) Cardaci Méndez, Ariel, *Revocación del contrato...*, cit., pág. 174, afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.
- (47) CIDH, 17-8-90, in re "Velázquez Rodríguez", interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67, Convención Americana de Derechos Humanos), serie C 9, párrs. 27 y 28.
- (48) CS, Fallos: 250:135.
- (49) CS, Fallos: 295:973.
- (50) 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*, Mendoza, IEDA - Diké, 2004, págs. 385/391.
- (51) Bustelo, Ernesto, *Responsabilidad del Estado...*, cit., pág. 391.
- (52) Una crítica muy completa a la nueva ley se encuentra en el libro de Perrino, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 41 y sigs.
- (53) Véase Halperin, David A., *La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas*, en *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, nº 1, pág. 294 y sigs.
- (54) Galli Basualdo, Martín, *La Ley 26.944...*, cit., págs. 145/147, anota que la norma no sigue la jurisprudencia del Alto Tribunal.
- (55) Ampliar en Perrino, Pablo E., *Responsabilidad por actividad...*, cit.
- (56) Este aspecto y otras paradojas han sido objeto de críticas: véase Rosatti, Horacio en el libro *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y escéptico*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 522, quien señala, entre otras cosas: a) que se trata de una norma del Congreso que dice que no se aplica otra norma del propio Parlamento a la que, sin embargo, no deroga; b) que, no obstante pretende unificar criterios legislativos comunes, "abre la puerta a una multiplicidad de regulaciones", con la posibilidad de colisionar con normas de las Constituciones provinciales que contemplan la aplicación del CCCN.