

Título: La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 18/11/2009, 1 - LA LEY2009-F, 1226

Cita: TR LALEY AR/DOC/3651/2009

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. II. El distinto enfoque sobre la responsabilidad en el derecho público. III. Los distintos factores de atribución y su papel en la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho administrativo. IV. Balance y perspectivas.

El autor sostiene en el trabajo que postular la unidad del derecho de daños resulta un contrasentido jurídico-constitucional habida cuenta de la incompatibilidad que traduce con respecto a las autonomías provinciales que imperan en el sistema federal adoptado, contrario a todo unitarismo en materia de derecho público. La naturaleza local del derecho administrativo y, por tanto, de la regulación de su responsabilidad por cada Provincia constituye un axioma constitucional que no puede ser controvertido en aras de la simplificación del sistema de responsabilidad.

I. Introducción

1. Un tema de nuestro tiempo

El mundo jurídico actual no puede concebirse sin una de las piezas clave del Estado de Derecho: la responsabilidad del Estado. El desarrollo operado en las teorías y sistemas del derecho comparado podría calificarse como un suceso jurídico extraordinario sino fuera porque, a pesar de su carácter dinámico y fluyente, se ha llevado a cabo a través de un proceso gradual y evolutivo. No se trata, por ende, de una revolución jurídica sino de un fenómeno de asimilación progresiva de instituciones y principios que procuran adaptarse a los cambios que reclama la compleja vida del hombre moderno.

Sin el propósito de contar de antemano el final de la historia, comenzaremos a transitar por los distintos andariveles del derecho comparado con la idea de seguir demostrando la necesidad y conveniencia de que el sistema de responsabilidad del Estado se asiente en principios y reglas propias del derecho público.

Cuando nos referimos a la responsabilidad estatal utilizamos una noción amplia que engloba la reparación debida por daños provenientes de órganos pertenecientes a cualquiera de los poderes clásicos del Estado (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), pues no obstante las peculiaridades que ofrece la responsabilidad por las actividades legislativa y judicial, éstas reposan sobre un fundamento común que no es otro que un conjunto de principios de derecho público. Entre ellos se cuentan el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 C.N.), el principio de no dañar a terceros (art. 19 C.N.) junto a los demás principios que conforman el Estado de Derecho, los cuales se hallan recogidos, fundamentalmente, en nuestra Constitución (vgr. art. 17 C.N.) [\(1\)](#)

En definitiva, si la justicia es una relación de igualdad de tipo conmutativo, distributivo o legal hay diferentes formas de lograrla, lo cual se advierte en materia de responsabilidad del Estado, en la que la reparación debida a un particular traduce siempre la realización efectiva del principio general de igualdad.

Es cierto que los juristas difícilmente vayan a renunciar al oficio de formular concepciones doctrinarias que construyen como productos teóricos del conocimiento especulativo. Precisamente, la responsabilidad del Estado ha sido un campo fértil para el desarrollo de las más encontradas teorías. Lo que suele no advertirse (y ser también fuente de confusiones) es que la teoría que propugna cada autor no siempre es la seguida por el sistema vigente en el respectivo país y hasta existen doctrinas que ignoran o solapan la realidad que han impuesto los cambios legislativos y jurisprudenciales. A veces el fenómeno descripto obedece a una falta de actualización o inadvertencia y, en menor medida, al intento de mantener concepciones superadas que se sostuvieron en alguna ocasión, o bien, a la adhesión a rajatabla a corrientes que sustentan nuevos paradigmas.

Un nuevo paradigma no se impone fácilmente y hasta puede llegar a chocar con la realidad que exhibe un sistema jurídico, tal como funciona en una circunstancia histórica temporalmente determinada. Pero cabe reconocer que, en otros casos, el nuevo paradigma se impone, por el impulso de la doctrina, mediante su recepción por las fuentes del derecho (normas, principios y jurisprudencia) que le otorgan así una imperatividad real.

Por otra parte, en cualquier sistema jurídico conformado por un dualismo en el que el derecho público aparece separado del derecho privado, como es la característica común en los ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos, resulta prácticamente imposible predicar la unidad del derecho de daños, máxime cuando esa unidad se resiente en muchos aspectos internos de las respectivas teorías civilistas o administrativistas que no llegan a ponerse de acuerdo en cuestiones fundamentales que se plantean en las respectivas disciplinas. [\(2\)](#)

Por lo demás, muchas veces no suele advertirse que la unidad del derecho de daños constituye una pretensión basada en un pragmatismo que choca abiertamente con el sistema federal y las consecuentes autonomías provinciales que perfilan el carácter local del derecho administrativo ¿Podrían desconocerse acaso las potestades de las Provincias para legislar sobre los presupuestos y alcances de su responsabilidad?

Este proceso, aun con el excesivo protagonismo que exhiben algunos desarrollos teóricos, no debería sorprender, ya que, en buena medida, muestra la dinámica del fenómeno jurídico. Más todavía, constituye un signo elocuente que indica, en una determinada comunidad y tiempo histórico, que el derecho está vivo.

Ante todo, hay que reconocer que en esta materia no resulta viable acudir a fórmulas arraigadas en los derechos anglo-sajones, debido a su incompatibilidad con los sistemas europeos continentales. Incluso esta afirmación es válida para aquellos ordenamientos que han basado buena parte de sus instituciones principales en el modelo de la Constitución de Filadelfia, como la Constitución argentina.

Esto es así por cuanto el modelo anglo-sajón antes que un ejemplo válido para fundar el sistema de responsabilidad fue, durante mucho tiempo, un modelo opuesto fundado en el principio de la irresponsabilidad y de la inmunidad soberana del Estado, camino que los norteamericanos, recién en los últimos cincuenta años, comenzaron a desandar, (3) aunque sin llegar a reconocer una responsabilidad objetiva ni plena del Estado por los actos de sus agentes públicos. En los Estados Unidos, por ejemplo, nada menos que la extensa zona que abarca la actividad discrecional ha quedado fuera del sistema de responsabilidad estatal. (4)

En cambio, en la mayoría de los estados iberoamericanos ha prevalecido —con diferentes fundamentos y enfoques— la teoría de la responsabilidad directa y objetiva o, al menos, sin culpa de los agentes públicos, (5) la cual después de una larga lucha, ha desplazado a las antiguas concepciones que excluían la responsabilidad extracontractual del Estado y, finalmente, a otros tipos de responsabilidad que regulan el derecho civil, como la llamada responsabilidad indirecta.

Porque si el Estado debe garantizar a los ciudadanos la sujeción a la ley y al derecho (es decir, tanto el sometimiento a la ley positiva como a la Justicia o a los principios generales del derecho), una de las maneras de hacer efectiva esa garantía que surge del ordenamiento constitucional (art. 19 C.N.), (6) consiste en responder por los daños provocados por sus agentes, producidos por hechos u omisiones en ejercicio de sus funciones que tengan como causa la circunstancia "de no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones que le están impuestas...". (7) En tales supuestos, no pesa sobre los particulares el deber de soportar los daños que ocasiona el cumplimiento irregular de las funciones a su cargo y, en consecuencia, el Estado está obligado a responder por falta de servicio.

La responsabilidad estatal es algo que nos concierne a todos. Es un tema de nuestro tiempo íntimamente conectado con el principio general que prescribe el deber de no dañar a otro ("alterum non laedere") (8) enraizado en la dignidad de la persona como ser individual y social, (9) así como con la necesidad de resguardar su patrimonio frente a daños injustos provocados por el Estado. Como se verá más adelante, se presentan dos problemas trascendentes que deben resolverse con arreglo al derecho público: el criterio de atribución y el modo en que deben distribuirse los daños en el campo de la actividad legítima o lícita del Estado.

2. Incompatibilidad del derecho civil para regular la responsabilidad del Estado

Todo sistema supone una relación funcional entre todos los elementos que lo componen, sin concebirse partes aisladas y, menos aún, incompatibles. Al respecto, es clásica la distinción entre elemento real (referido a una entidad, una cosa o un proceso) y elemento conceptual (que gira en torno de conceptos, términos, enunciados etc.) (10)

No obstante, cuando estamos frente a un conjunto de principios y de reglas o normas, el sistema se configura como un compositum de elementos reales y conceptuales. A su vez, el fundamento de la institución, junto a sus presupuestos o requisitos, conforma el sistema de responsabilidad estatal.

Al propio tiempo, el rasgo que confiere estabilidad a cualquier sistema de responsabilidad del Estado radica en su apertura a la adaptación impuesta por los requerimientos de cada circunstancia histórica, política y económica. El sistema jurídico no es atemporal y jamás permanece establecido en una determinada estructura porque el derecho siempre fluye. De este modo, aun cuando el sistema se apoye en principios jurídicos considerados inmutables, ellos no dejan de guardar congruencia con la dinámica que exhibe el fenómeno jurídico y con el nacimiento de nuevos principios generales.

Por cierto que pueden presentarse situaciones de conflicto entre principios de carácter opuesto, o entre un principio más general vis à vis con otro sectorial. La interpretación jurídica nos enseña que, en tales casos, debe prevalecer la interpretación que mejor armonice con los fines del derecho o de la justicia, teniendo en cuenta la dimensión de peso de los respectivos principios en relación al aspecto teleológico y las circunstancias del caso.

En este último aspecto, los objetivos que persigue el sistema público de la responsabilidad estatal difieren, notoriamente, de los fines propios de la responsabilidad privada que, como se ha reconocido en el seno del derecho civil, mira, ante todo, la situación de la víctima del daño [\(11\)](#) y la necesidad de articular técnicas eficaces que aseguren su reparación.

En ese camino, iniciado hace algunos años, el derecho civil ha ampliado el factor atributivo de responsabilidad. En efecto, al desplazar la culpa del lugar que antaño ocupaba como centro del sistema, ha aumentado el campo de la responsabilidad mediante el reconocimiento de factores de atribución objetivos, como son el riesgo creado y la garantía legal (aparte de otros más específicos que postulan algunos sectores de la doctrina civilista) [\(12\)](#)

Pero la responsabilidad del Estado, sin dejar de tener en cuenta la situación de la víctima, tiene que mirar también la del agente público y, ante todo y sobre todo, el interés de la comunidad. [\(13\)](#) Estos intereses son, en definitiva, los del pueblo al que representa el Estado, que adopta la forma de persona jurídica necesaria en el mundo del derecho, sin abdicar de su condición de comunidad perfecta y soberana.

Como los fines de ambas responsabilidades difieren, el equilibrio que procura realizar el sistema estatal de responsabilidad se sustenta en una ecuación distinta a la que rige la responsabilidad en el derecho civil.

Esa ecuación reposa en dos ejes paralelos. De una parte, en la inexigibilidad de la individualización del agente público autor de la conducta dañosa. El principio es que los sujetos afectados por hechos u omisiones de los agentes públicos producidos "en ejercicio de sus funciones", ya sea que actúen en forma irregular (acto ilegítimo) o regular (acto legítimo o lícito), no tienen la carga de individualizarlos ni la de acreditar la culpa de esos funcionarios o empleados.

Esta tendencia, que afirma la responsabilidad objetiva y directa del Estado, nació en el derecho administrativo francés y pertenece al derecho público. [\(14\)](#) En nuestro país fue adoptada a través de la creación pretoriana de la Corte Suprema, mientras que en otros ordenamientos comparados el reconocimiento de la responsabilidad estatal con dichos caracteres (directa y objetiva) se apoya en textos constitucionales, tal como acontece en los casos de España, [\(15\)](#) Colombia, [\(16\)](#) Brasil, [\(17\)](#) y Uruguay. [\(18\)](#)

En segundo lugar, como el Estado no puede convertirse en una suerte de caja aseguradora [\(19\)](#) de todos los daños (pues, por más política distributiva que lleve a cabo, su capacidad financiera, por la propia naturaleza de las cosas, es limitada), resulta más conforme con el bien común circunscribir la responsabilidad extracontractual a la falta de servicio por la actividad ilegítima y, excepcionalmente, al riesgo creado, lo cual no impide reparar el sacrificio especial ocasionado por la actividad legítima o lícita (con criterios diferentes al derecho civil en cuanto al alcance de la reparación). A su turno, la responsabilidad contractual precisa orientarse alrededor del interés público, que juega como una válvula que amplía o limita, según sea el caso, la medida en que distribuye la carga económica que debe soportar el Estado. Un ejemplo de la ampliación de la responsabilidad en el ámbito contractual (con respecto al derecho privado) se encuentra en la teoría del hecho del príncipe cuya característica típica traduce la regla del mantenimiento de la ecuación económica del contrato administrativo. Otra diferencia fundamental se halla en materia de extinción o terminación del contrato por razones de oportunidad o interés público, supuesto en el que la indemnización —al igual que la expropiación por utilidad pública— resulta acotada al valor objetivo del bien o derecho sacrificado y a los daños que sean una consecuencia inmediata de la decisión administrativa.

Sin embargo, no se puede ignorar que en los ordenamientos anglosajones, en los que no se adopta el modelo dualista público-privado (al menos en el sentido atribuido por en la cultura jurídica continental europea e hispanoamericana), la responsabilidad estatal se fundamenta en la culpa de los agentes públicos y, principalmente, en la responsabilidad de éstos últimos frente a terceros, [\(20\)](#) al punto que en el Reino Unido no se reconoce la posibilidad de interponer una acción de responsabilidad autónoma contra la Corona. [\(21\)](#) Asimismo, cabe acotar que algunos autores, como Schwartz, han formulado fuertes críticas contra la tendencia del sistema norteamericano a descargar la responsabilidad en los funcionarios públicos y no en el Estado, sosteniendo que ello provoca la parálisis de la actividad administrativa debido al temor que infunde la posibilidad de responder —con su patrimonio— por montos de considerable magnitud. [\(22\)](#)

Pero en el derecho administrativo argentino, [\(23\)](#) colombiano, [\(24\)](#) brasileño, [\(25\)](#) chileno, [\(26\)](#) uruguayo [\(27\)](#) y peruano, [\(28\)](#) ha prevalecido la concepción publicista, directa y objetiva de la responsabilidad estatal, y aunque buena parte de la doctrina no se ocupe de esta tendencia [\(29\)](#) (pese a su adopción por el Alto Tribunal), ella ha terminado por imponerse en los fallos de los jueces. [\(30\)](#)

Esta concepción pública de la responsabilidad no conduce, necesariamente a consagrar la inmunidad del agente público, el cual responde siempre frente a terceros por su culpa o negligencia (falta personal), en forma indistinta o conexas con el Estado, [\(31\)](#) con arreglo al art. 1109 de nuestro Código Civil. [\(32\)](#) A su vez, de

prosperar la demanda, podrá el Estado repetir contra el agente público. (33)

3. Continuación. Principales obstáculos que se oponen a la unificación del derecho privado con el derecho público en materia de derecho de daños

El mundo jurídico moderno tiende a la simplificación de los sistemas para facilitar la realización de la justicia material y de los valores que encarnan la dignidad de las personas. Nadie puede dejar de coincidir con ese loable propósito. Pero de ahí a encajar un sistema peculiar y diferenciado, como el que rige la responsabilidad pública del Estado, en el molde de un derecho —como el civil— que posee una estructura y fines notoriamente distintos, media una distancia tan grande que resulta imposible acortar las diferencias.

No se nos escapa que el derecho civil alberga una serie de principios generales que son comunes a toda la ciencia del derecho, ni la posibilidad de aplicar sus normas a través de la analogía, (34) o de la técnica de la subsidiariedad, de haber un reenvío normativo que establezca esta posibilidad. Además, en aquellos ordenamientos federales en que se estatuye una legislación común para las Provincias o Estados (como acontece en nuestro ordenamiento por imperio del art. 75 inc. 12 de la C.N.), resulta viable que el Código Civil, como legislación común uniforme, regule la naturaleza y alcance de determinadas instituciones fundamentales en cuanto fuere necesario para establecer los límites entre lo privado y lo público. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la regulación de las personas jurídicas (art. 33 C. Civ.) y de las cosas (art. 2340 C. Civ.).

Pero de dichas premisas no puede derivarse que la regulación de la materia de la responsabilidad estatal, provincial o municipal pertenezca "in totum" al derecho civil, (35) como lo pretende un sector de la doctrina en aras de la unidad del derecho de daños. (36)

Una posición semejante choca abiertamente con el reparto de competencias que ha hecho la Constitución al consagrar el sistema federal y, obviamente, con el carácter local del derecho administrativo (art. 121 C.N.) (37).

Esa tendencia unitaria resulta peligrosa pues conduce a calificar como causas civiles —a efectos de la procedencia de la jurisdicción originaria de la Corte— a juicios en los que se debata la responsabilidad de las Provincias por falta de servicio, que necesariamente exigen el análisis de cuestiones que pertenecen al derecho público local que, en nuestro sistema, no es otra cosa que un derecho administrativo provincial o municipal. Felizmente, la Corte ha advertido el problema al resolver que, en tales supuestos, no corresponde radicar la causa en su jurisdicción originaria, (38) confirmando el enfoque publicista sobre la responsabilidad estatal.

En suma, las principales diferencias que se advierten entre el sistema público y el privado de responsabilidad, en nuestro ordenamiento y en otros semejantes, radican en la distinta fisonomía que exhibe cada sistema, la cual se proyecta de modo peculiar en: a) el régimen de responsabilidad contractual; b) la responsabilidad por acto lícito y la técnica de la expropiación por utilidad pública y, c) finalmente, pero no menos importante, el factor de atribución objetivo que genera la responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima o ilícita y el carácter excepcional que asume el riesgo creado.

II. El distinto enfoque sobre la responsabilidad en el derecho público

1. Elementos o presupuestos determinantes de la responsabilidad extracontractual del Estado

Son cuatro los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (39) a saber: a) la producción de un daño o perjuicio; b) la posibilidad de imputar materialmente ese daño a un órgano de la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o relación de causalidad y d) la existencia de un factor de atribución. En el derecho público, hay que señalar, además, que la responsabilidad del Estado es siempre directa, habida cuenta que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica pública Estado. (40)

Ahora bien, como no basta con el daño para que la persona que lo sufre pueda reclamar una reparación patrimonial sino que es necesario que el perjuicio se impute a un sujeto (41) o persona determinada, acreditándose, además, el nexo causal entre la autoría del hecho y la producción del daño, casi todos los sistemas de responsabilidad descansan sobre un factor de atribución. Este factor, al principio de la evolución de la teoría de la responsabilidad, apareció confundido con la imputabilidad fundada en la culpa del agente o incluso, con la antijuridicidad. Pero un análisis más afinado de la cuestión permite reconocer que sí, por una parte, el Estado resulta responsable aunque no se individualice el agente causante del daño (sin perjuicio de su imputación al Estado) ni se pruebe la culpa del funcionario o empleado y sí, además, el Estado también responde por actos jurídicos legítimos, el factor de atribución es peculiar y difiere de la imputabilidad (42) y de la antijuridicidad. (43) En suma, forma parte de un sistema integrado en el cual viene a ser algo así como la "pieza maestra" (44) de toda la teoría de la responsabilidad estatal.

2. En materia contractual

El régimen de responsabilidad del contrato administrativo y aún de cualquier otro contrato celebrado por el

Estado (en aquellos países en los que se reconoce una sola categoría de contratos estatales) [\(45\)](#) se caracteriza por contener un régimen administrativo o exorbitante, que no es otra cosa que un régimen típico de derecho público, susceptible de abastecerse de principios y técnicas provenientes del derecho privado, cuando el derecho público no contemple la solución aplicable al caso y la fórmula privatista fuera compatible.

Tal es la posición mayoritaria adoptada por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país que, no obstante algunas opiniones minoritarias, continúa prevaleciendo. Aunque un sector sostenga que las prerrogativas del poder público que integran el régimen administrativo o exorbitante del contrato pueden hallarse implícitas en el contrato administrativo [\(46\)](#) y otro postule que deben tener como fuente una potestad expresamente asignada por la ley, [\(47\)](#) lo cierto es que en nuestro país se acepta la configuración de una categoría de derecho diferenciada de contrato público (llámese o no administrativo), no obstante diferir en el contenido y alcance del régimen de derecho público aplicable.

Incluso, quienes propugnan aplicar el derecho civil en forma directa a los contratos que celebra la Administración no han podido dejar de reconocer la necesidad de integrar el sistema contractual civil con las normas especiales (nosotros creemos que también con los principios) pertenecientes al derecho administrativo. [\(48\)](#)

Todas las diferencias que presenta la responsabilidad contractual en el derecho administrativo, de cara a la que es propia del derecho civil, revelan la presencia del interés público, el cual exige equilibrar las prerrogativas estatales con las garantías debidas a los particulares, así, como compensar los desequilibrios provocados por el llamado "hecho del príncipe", entre otras instituciones. [\(49\)](#)

Al respecto, nos remitimos al análisis que hicimos con anterioridad. [\(50\)](#) Basta con señalar aquí la nómina de esas diferencias:

- a. el ejercicio de la "potestas variandi";
- b. la prerrogativa de ejecución directa;
- c. el régimen de la "exceptio non adimpleti contractus";
- d. la compensación de los desequilibrios provocados por el álea administrativa (teoría del hecho del príncipe);
- e. la revisión de precios "ex lege"; y,
- f. el régimen de extinción del contrato por razones de interés público: la revocación y el rescate.

III. Los distintos factores de atribución y su papel en la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho administrativo

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. En el derecho civil clásico prevaleció, durante largo tiempo, el sistema atributivo de responsabilidad basado en la culpa o reproche moral de la conducta del autor del daño. La evolución posterior, en algunos sistemas como el francés y actualmente el argentino, ha producido el achicamiento del margen de aplicación de la responsabilidad basada en la culpa sustituyendo dicho factor de atribución por otro de naturaleza objetiva, con apoyo tanto en la teoría del riesgo [\(51\)](#) como en la concepción de la garantía legal.

Es claro que en el derecho civil convivían también, con el sistema de la culpa, algunos elementos objetivos como el enriquecimiento sin causa, junto a diversos factores de adjudicación de responsabilidad de distinta naturaleza, [\(52\)](#) circunstancia que no provocaba mayores problemas en el funcionamiento del sistema. Sin embargo, la lucha entre sistemas tan opuestos, provocada por las distintas ideologías que los animaban, [\(53\)](#) terminó desplazando el sistema basado en la culpa, habida cuenta la mayor posibilidad que tiene teoría del riesgo para que la víctima sea resarcida al no requerir que se acredite, para demandar la reparación, la culpa del autor del daño e invertirse la carga probatoria.

En consecuencia, los factores de atribución determinan la existencia o no de la responsabilidad y, además, tanto en el campo del derecho privado como en el del derecho público, cuando los factores son objetivos, limitan o amplían la medida de la indemnización según que se aplique un factor atributivo basado en el riesgo, en la garantía o en el sacrificio especial producido por una actividad legítima del Estado.

En algunos países, como Francia, España, Argentina y Brasil, el derecho público, ante la incompatibilidad de las normas y principios del derecho civil, se apartó del criterio de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad frente a situaciones en las que el Estado era evidentemente responsable pero resultaba prácticamente imposible o, al menos muy difícil, individualizar al autor del daño y, en caso de que éste pudiera conocerse, probar la culpa del agente público.

Esa incompatibilidad condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva que, básicamente, responde a dos factores de atribución: a) la falta de servicio de la jurisprudencia francesa, el funcionamiento anormal del servicio público en la legislación española o el incumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los agentes públicos en el derecho argentino (art. 1112 CC) y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o —como acontece en el derecho español— derivado del normal funcionamiento de un servicio público. (54)

Los restantes factores de atribución, como la garantía, el enriquecimiento sin causa y el riesgo, son algo así —en el derecho público— como el cajón de sastre del sistema al que van a parar teorías que tienen mayor arraigo y justificación en el ámbito del derecho civil que en el derecho administrativo, sin desconocer que el factor riesgo se ha invocado en algunas decisiones de nuestro Alto Tribunal (55) para fundar la responsabilidad en sectores específicos.

El análisis del tema requiere introducirnos en los diferentes criterios de atribución de los factores objetivos que rigen la responsabilidad del Estado en el derecho comparado según que la actividad dañosa —en el ámbito extracontractual— provenga de su actuación ilegítima o legítima.

Sin embargo, carece de sentido abordar en profundidad la situación que presenta el derecho comunitario europeo en materia de responsabilidad extracontractual por los daños causados por las instituciones y agentes de la Comunidad Europea que actúen en ejercicio de sus funciones. (56) La principal razón de ello es que se trata de un sistema que, si bien tiene base objetiva, no se encuentra suficientemente desarrollado en la medida en que lo están aquellos que rigen en algunos Estados que integran la Unión Europea.

Como el artículo 288 del Tratado de Roma incorpora como patrón del sistema de responsabilidad "los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros" y éstos difieren en punto a los factores de atribución (objetivos y/o subjetivos) y en el reconocimiento estatal de la responsabilidad por la actividad legislativa (57) y judicial de dichos Estados, resulta difícil predecir cómo podrá llevarse a cabo la armonización de sistema tan opuestos.

Hasta ahora, la tendencia hacia la aceptación de la responsabilidad muestra un criterio muy restrictivo en punto a su reconocimiento exigiéndose que se configure "una violación suficientemente caracterizada" (58) del ordenamiento comunitario para responsabilizar a la UE.

El criterio resulta más restrictivo aún en materia del ejercicio de funciones discrecionales en las que se exige una "inobservancia manifiesta y grave" de los límites impuestos a la facultad de apreciación. (59)

Se ha dicho que la principal dificultad radica en que mientras "países como Gran Bretaña, Irlanda, Bélgica y Luxemburgo tienen un régimen de responsabilidad patrimonial basado en la concurrencia de la culpa o del elemento intencional por parte del poder público que genera el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, en otros países como Francia, España, Italia o Grecia no se exige el elemento subjetivo, sino que es suficiente la ilegalidad del comportamiento generador del perjuicio para que surja la responsabilidad de un poder público". (60)

1. El factor de atribución en la responsabilidad estatal derivada de la actividad extracontractual ilegítima
 - a. Breves consideraciones acerca de los factores de atribución en los derechos francés y español
 - i. La falta de servicio en el derecho francés

La historia de la configuración y desarrollo de la falta de servicio en el derecho francés, producto fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado, (61) resulta suficientemente conocida, aunque no siempre captada en su verdadero sentido y alcance. Por de pronto, no se puede ignorar que se trata de una concepción propia del derecho público que se apartó de los criterios de imputación de responsabilidad entonces (62) imperantes en el Código Civil.

El sentido de la falta de servicio entraña la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad, como la innecesidad de individualizar al autor del daño. Apunta al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular u objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos. (63) Como se verá más adelante, este criterio viene a coincidir con el fundamento legal que en la doctrina veníamos propugnando con Linares, (64) y que la Corte recepciona a partir del caso "Vadell". (65)

- ii. El carácter objetivo o subjetivo de la falta

Tanto en Francia (66) como en la Argentina (esto último ocurre a raíz de haberse incorporado el concepto en la doctrina y en la jurisprudencia) se ha discutido acerca de la naturaleza objetiva de la falta de servicio, sosteniéndose que el término francés "falta" significa culpa en el idioma galo, o bien (y ésta es una crítica más

depurada) que lo que se juzga irregular o defectuoso (67) implica una conducta cuyos criterios de valoración no dejan de ser subjetivos, entre los cuales, la culpabilidad sigue siendo esencial.

La primera de las críticas había ya sido advertida por Leguina en su clásica obra, cuando señaló que "es bien sabido que la expresión francesa *faute* tiene un significado mucho más amplio y, en cierto modo, más objetivo que el término "culpa". (68)

Pero la crítica no ha tenido eco mayormente en el país de origen. Como se señaló, la idea que sostenía que no podía haber falta sin culpa se basaba en que "la concepción objetiva de la falta no permite clasificar al sistema de responsabilidad, ya que esto lleva finalmente a quitar a la exigencia de una falta, como condición de la responsabilidad, todo carácter autónomo. La falta se funda entonces en las condiciones relativas a la causalidad y a la imputabilidad o relativas al daño en si mismo". (69)

En definitiva, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria francesa se inclinan por asignar carácter objetivo a la falta de servicio, (70) habiéndose sostenido que "la falta del servicio público es una falta objetiva porque la apreciación de esta falta es una apreciación de elementos objetivos". (71)

En esa línea cabe ubicar también a Benoit quien, en una postura afín a la concepción española y, sobre todo, a la seguida en nuestro país, ha dicho que la falta de servicio se configura por el funcionamiento defectuoso del servicio, el cual se aprecia de acuerdo a las leyes y reglamentos que reglan su funcionamiento. (72)

Ese carácter objetivo que presenta la falta de servicio en Francia, al no requerir que se individualice al agente causante del daño, constituye —según Leguina— el principal motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia no se han ocupado de distinguir entre la responsabilidad directa e indirecta. (73)

iii. El anormal o normal funcionamiento del servicio en el derecho español

Sin pretender describir aquí la historia de la concepción española sobre la responsabilidad, podemos señalar que, tras una lenta evolución, se ha afirmado una concepción objetiva de la responsabilidad estatal que, en el caso de la actuación ilegítima o antijurídica, se basa en "el anormal funcionamiento del servicio". Esta fórmula, que tiene su fuente en el art. 106 de la Constitución Española y que reproduce, entre otros ordenamientos, el 139 de la LRJPAC, constituye el criterio establecido para que se configure la antijuridicidad de la lesión que ha sufrido el particular como consecuencia de la actuación administrativa. La mayoría de la doctrina española ha sostenido que se trata de una responsabilidad directa y objetiva, (74) en un sentido más global y amplio que el establecido por la teoría de la falta de servicio en el derecho francés. (75)

En general, se ha considerado que los daños provocados por el normal funcionamiento del servicio —como lo prescribe la norma— generan también la responsabilidad del Estado de un modo amplio, aunque existe en la actualidad la tendencia a limitar la responsabilidad de la Administración por criterios objetivos o estándares de responsabilidad. (76)

Sin embargo, aparte de que un sector doctrinario, (77) siguiendo la concepción propiciada en Italia por Alessi, (78) sostuvo la necesidad de distinguir entre responsabilidad e indemnización, lo cierto es que parece bastante discutible que el funcionamiento normal del servicio público o de la función administrativa pueda ser concebida como una actuación antijurídica. Lo que acontece es una cosa bien diferente y constituye una derivación de dos principios que se articulan para justificar el fundamento de la obligación de reparar el perjuicio. Mientras, por un lado, se encuentra la regla del mantenimiento de la intangibilidad de los derechos patrimoniales frente a la privación de la propiedad por razones de interés público, por el otro, aparece el principio vinculado a la necesidad de distribuir —en determinadas circunstancias fundadas en la especialidad de los perjuicios sufridos— la carga de los daños, para que ella no sea soportada de un modo desigual y especial por parte de unos ciudadanos respecto de otros. Es decir, que cuando sobre una persona pesa algún sacrificio especial impuesto por razones de interés público, ese sacrificio debe ser compensado por el Estado, el cual viene a representar al resto de la comunidad que no lo soporta. Desde luego que su determinación, además de la configuración de los elementos objetivos que hacen a la especialidad del daño, es una cuestión de grado que la ley debería precisar a fin de que el Estado no se convierta en una suerte de asegurador de todos los daños provenientes de su actuación legítima.

No se trata, pues, de un supuesto de antijuridicidad sino de un factor objetivo de atribución. De lo contrario, la propia figura de la expropiación sería antijurídica, lo cual nadie ha llegado a sostener.

b. Los factores objetivos de atribución en el derecho argentino

a) La responsabilidad por actividad extracontractual ilegítima

i. Fundamentos constitucionales y legales de los factores objetivos de atribución en el derecho argentino

Hemos dicho antes que, en la línea abierta por Marienhoff para explicar el fundamento constitucional de la

responsabilidad del Estado, al cual concebía integrado por el complejo de principios que integran el Estado de Derecho (vgr. garantías de la propiedad, la igualdad, etc.), si se mira la cuestión en sus contornos objetivos, se descubre que, en diferentes circunstancias, aparecen tanto el principio de la igualdad frente a las cargas públicas que proclama el artículo 16 CN en cuanto prescribe que "la igualdad es la base ... de las cargas públicas", como la garantía de la propiedad que obliga a indemnizar sacrificios patrimoniales impuestos por razones de utilidad pública (art. 17 C.N.).

Sin perjuicio del juego de dichos preceptos constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —a partir del caso "Vadell"— basó el fundamento legal de la responsabilidad del Estado en el art. 1112 CC, [\(79\)](#) norma que consideramos de naturaleza pública y federal. [\(80\)](#) Esta norma prescribe que:

"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

A su vez, el factor de atribución que surge del artículo 1112 CC se encuentra en la misma línea objetiva que el precepto contenido en el art. 1074 CC, el cual establece que:

"Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

Ahora bien, este precepto, que restringe la responsabilidad por omisión a los supuestos en que el ordenamiento le impusiese a una persona la obligación legal de cumplir el hecho omitido constituye, a diferencia del art. 1112 CC, una norma de derecho civil, que resultaría aplicable en el derecho público a través de la técnica de la analogía.

ii. Consideraciones acerca de si el factor objetivo de atribución establecido en el artículo 1112 del Código Civil configura la noción de falta de servicio

Sobre la base de que el art. 1112 CC alude al incumplimiento irregular de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, a partir de la interpretación dinámica que hizo la Corte en el mencionado caso "Vadell", puede afirmarse que se trata de una responsabilidad objetiva, [\(81\)](#) concepto que resulta similar al elaborado por la jurisprudencia y la doctrina francesas para definir la llamada falta de servicio.

En efecto, si por una parte la figura no se atiene a la culpa del agente sino al incumplimiento irregular de una obligación legal y si una de esas obligaciones fundamentales está constituida por el deber de no dañar (que constituye un principio general del derecho) y de cumplir en forma regular (es decir, con arreglo a las leyes y reglamentos) las obligaciones del servicio, va de suyo que aun cuando no pueda individualizarse al autor concreto del incumplimiento que provoca el daño (si éste fuera imputable materialmente a un órgano del Estado) se genera la consiguiente responsabilidad, siempre que concurren los demás requisitos establecidos para que la misma se configure.

Corresponde apuntar que también en la doctrina francesa, para definir la falta de servicio, se ha acudido a la noción de incumplimiento o violación de las obligaciones administrativas [\(82\)](#) o bien, como antes se puntualizó, a la idea de un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio. [\(83\)](#)

Va de suyo asimismo que, aun cuando esta concepción se ubica en la misma corriente que el concepto de "funcionamiento anormal de los servicios públicos" que estatuye la legislación española, nuestra jurisprudencia exige una suerte de antijuridicidad objetiva, representada por la configuración de la falta de servicio, lo cual traduce una fórmula más restrictiva que la solución española, que ha terminado ampliando excesivamente el campo de la responsabilidad estatal. [\(84\)](#)

iii. Generalización de la responsabilidad objetiva por falta de servicio en la doctrina y jurisprudencia de la Corte

La idea objetiva de la falta de servicio se ha generalizado en la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, no faltan autores que propugnen criterios diferentes, pero estas posiciones son minoritarias en la doctrina. Así, se ha propiciado un criterio mixto o ecléctico, sobre la base de sostener que debe completarse el factor objetivo con el subjetivo [\(85\)](#) y, también, se ha invocado el art. 43 del Código Civil para sustentar la responsabilidad indirecta y objetiva del Estado por las acciones y omisiones de sus agentes públicos. [\(86\)](#)

No podemos compartir esas posturas que, en casi todos los casos, arrancan desde puntos de partida privatistas, extraños a los fines y alcance de la teoría de la responsabilidad del Estado que ha elaborado el derecho administrativo.

Creemos que el camino iniciado en 1984 con el caso Vadell hacia el reconocimiento del factor objetivo de la

responsabilidad extracontractual directa del Estado por falta de servicio [\(87\)](#) y, en menor medida, por el riesgo creado, se ha consolidado suficientemente tanto en la doctrina que se ha pronunciado a través de una sobrada mayoría, [\(88\)](#) como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En definitiva, mientras la sanción de la reforma del Código Civil de 1968, al modificar el art. 43, condujo al reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado, [\(89\)](#) la concepción objetiva de la falta de servicio o si se prefiere de una responsabilidad sin culpa, [\(90\)](#) con fundamento en el art. 1112 del Código Civil, terminó por generalizarse en la jurisprudencia de la Corte. [\(91\)](#)

iv. La concepción del riesgo: crítica. Su carácter excepcional

En algunos ordenamientos jurídicos se aplica la concepción del riesgo, como factor objetivo de atribución. Esta concepción, originaria del derecho privado francés, se extendió al derecho público, siendo su aplicación procedente en supuestos excepcionales cuando la actividad de la Administración crea un peligro especial y elevado. [\(92\)](#)

En gran parte de nuestra doctrina civilista y, por cierto, en la jurisprudencia, la regla del derecho civil según la cual el eje de la responsabilidad estaba en la culpa (art. 1109 CC) ha sido prácticamente desplazada por la responsabilidad por el riesgo creado, incorporada al Código Civil a partir de la reforma introducida al art. 1113, por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), [\(93\)](#) mediante interpretaciones que han llegado a extender el riesgo propio del vicio de la cosa al derivado de la propia actividad riesgosa. [\(94\)](#)

El factor de atribución, basado en el riesgo que crea el agente productor del daño, mira sólo un costado de la responsabilidad como es la reparación de la víctima y puede ser justo (en algunos supuestos) o injusto, en el derecho civil (como criterio generalizado). Pero resulta totalmente inaplicable al derecho público que precisa fundar sus soluciones reparatorias en criterios objetivos vinculados al funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato) para no generalizar indebidamente la reparación de los daños a cargo de la comunidad. Existen daños que siendo indemnizables con arreglo a la teoría del riesgo creado en el derecho civil, no lo serían en el derecho administrativo, por la sencilla razón de que el Estado no está en condiciones de asegurar todos los perjuicios que genera su funcionamiento normal. Ha de haber pues un límite (sin perjuicio del alcance de la reparación) para determinar el factor de atribución y éste se encuentra en la falta de servicio, que se configura con independencia de la culpa en que incurra el agente público (falta personal en el derecho francés). Por lo demás, para medir la actuación irregular de los órganos del Estado generadores del daño deben tenerse en cuenta, no sólo las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos, como señalamos, sino también los denominados estándares de responsabilidad que los jueces tienen que tener en cuenta para establecer la responsabilidad, en cada caso, sobre la base de las circunstancias inherentes a la naturaleza de los deberes de la Administración y a las posibilidades concretas que hacen al incumplimiento irregular de las obligaciones que las normas legales y reglamentarias y, en su caso, los preceptos constitucionales imponen a los agentes públicos.

Debe tenerse en cuenta que el Estado no es igual a cualquiera persona jurídica privada. Al ser persona jurídica, constituye una entidad de existencia necesaria para la promoción del bien común (aunque el nuevo artículo 33 del Código civil no lo reconozca expresamente) que se encuentra regida por el principio de obligatoriedad y especialidad de la competencia que la atribuyen la Constitución y las leyes para alcanzar los fines públicos.

Mientras el riesgo que crean los particulares depende de la autonomía de la voluntad, pues cada persona privada es libre para adoptar la decisión de asumirlo, el Estado se encuentra en una posición distinta al hallarse obligado por el principio de la competencia, a asumir el conjunto de riesgos, prácticamente infinitos, que provoca su actuación normal en la esfera de los ciudadanos.

Así, cuando el Estado construye un puente o planta un árbol no está realizando emprendimiento empresario alguno sino que lo hace, en ejercicio de su competencia, para satisfacer necesidades públicas que es el objetivo central de la Administración.

Por esas razones, la concepción de la falta de servicio ha desplazado en el campo de la responsabilidad estatal tanto a la teoría del riesgo creado como a la más extrema del riesgo provecho, porque no resulta justo —en el ámbito de la justicia distributiva— que para salvar del naufragio económico a unos se hundan todos los ciudadanos.

De ahí, el carácter excepcional que la jurisprudencia de muchos países sobre el responder estatal le asigne a la teoría del riesgo creado mediante la limitación de la teoría a supuestos muy particularizados (como las actividades peligrosas) con fundamento en la equidad y en el sacrificio especial.

En ese escenario, la teoría del riesgo que —como se ha visto— ha tenido recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta excepcional en el campo del derecho administrativo, aplicándose el art. 1113 del Código Civil no en forma directa sino por analogía, por lo cual precisa adaptarse a los fines y características propias de la responsabilidad administrativa. [\(95\)](#)

b) La responsabilidad por acto legítimo o lícito: el factor de atribución

Si bien, el derecho civil contempla excepcionalmente la responsabilidad por acto lícito [\(96\)](#) de esa circunstancia no se deduce que ambos sistemas sean semejantes.

En primer lugar, en cuanto al fundamento, que en el derecho público se funda en la garantía de la igualdad ante las cargas públicas, consagrada en el art. 16 de la C.N. (por la cual nadie está obligado a soportar en forma desigual la carga económica que generan los daños provocados por la actuación legítima o lícita del Estado, ya fuese la Administración el juez o el legislador). Sin embargo, no siempre es así. En efecto, el principio de igualdad ante las cargas públicas no rige en aquellos supuestos en que los sacrificios especiales, por existir una carga general de soportarlos (vgr. la carga de ser testigo en un pleito que genera gastos de traslado) no dan nacimiento a la obligación de reparar por parte del Estado.

Si se analiza la cuestión con cierto rigor lógico, también habrá de coincidirse en que la responsabilidad no deriva del daño o lesión pues, de ser así, no podría explicarse la razón por la cual se exige la configuración de un perjuicio especial [\(97\)](#) para dar lugar a la indemnización. Tampoco encontraría explicación el hecho de que, en una institución análoga como es la expropiación por utilidad pública, el lucro cesante (excepto el que se encuentra integrado al valor objetivo del bien) no constituya un rubro indemnizable. [\(98\)](#)

Es que, en rigor, el factor de atribución, aunque no deja de ser objetivo, en cuanto no depende de la conducta y menos de la culpa del agente estatal autor del acto dañoso, se encuentra configurado por la ausencia del deber de soportar el daño, deber que siempre existe cuando los daños sean generalizados y la ley no prescriba indemnizaciones especiales a título de garantía. Al no existir dicho deber (situación que, como regla general, acontece cuando la actuación del Estado provoca un sacrificio especial) nace en cabeza del damnificado el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios provocados en su patrimonio, los cuales, en principio, deberían limitarse —por aplicación analógica del instituto de la expropiación— [\(99\)](#) a los que afectan el valor objetivo del bien, con exclusión del lucro cesante que no se hubiera incorporado a dicho valor.

La otra gran diferencia —pues los otros presupuestos tienen carácter neutro (la atribución o imputabilidad material del daño al Estado [\(100\)](#) y la relación de causalidad entre la actuación estatal y el daño— estriba en la limitación del daño resarcible. En efecto, aunque no sea una solución compartida por otros ordenamientos comparados, en el derecho argentino un sector de la doctrina inspiradora de una parte de la jurisprudencia, [\(101\)](#) limita el alcance de la reparación al daño emergente, con exclusión del lucro cesante (salvo que éste integre el valor objetivo del bien, como sería, en una expropiación el llamado valor "empresa en marcha"), por aplicación analógica del art. 10 de la ley de expropiaciones. [\(102\)](#)

IV. Balance y perspectivas

1. La idea de fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado en los textos del Código Civil es bastante antigua. Si bien antes se pretendía responsabilizar al Estado como si fuera un patrón por los actos de los dependientes (art. 1113 Cód. Civil del texto anterior a la reforma) y, en la actualidad, se procura endosarle la responsabilidad por riesgo creado, lo cierto es que las fórmulas civilistas no encajan en el derecho administrativo que, por diferentes atajos, ha construido un sistema peculiar y diferenciado, con técnicas típicas del derecho público.

A su vez, en materia de responsabilidad contractual del Estado prevalecen los criterios publicistas y si bien la aplicación del derecho civil resulta procedente para cubrir la falta de regulación por el derecho administrativo, esa aplicación se lleva a cabo por vía de la analogía, compatibilizando las soluciones privatísticas con los fines y principios del derecho público.

2. La construcción de ese sistema, que parece no encontrar serias fisuras, se ha montado sobre tres figuras básicas: a) la falta de servicio como factor de atribución en la responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima o ilícita; b) el sacrificio especial como requisito "sine qua non" para atribuir responsabilidad al Estado por su actividad legítima o lícita; y por último, c) la aplicabilidad de la teoría del riesgo creado, en forma excepcional, con fundamento en razones de equidad.

3. A las soluciones que corresponde aplicar en cada supuesto se llega por diferentes vías partiendo del reconocimiento de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad estatal (arts. 16 y 17 de la C.N., especialmente) y de los principios generales del Estado de Derecho (fundamentalmente el "alterum non laedere") para pasar luego a la aplicación directa o analógica, en cada caso, de los textos del Código Civil

(según correspondiera) en materia de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima. En cambio, en el sistema de responsabilidad por actividad legítima o lícita del Estado, se ha venido acudiendo, sin desmedro de los principios constitucionales, a las fórmulas compensatorias que contempla la ley de expropiaciones para establecer la medida de la indemnización debida por el Estado, si bien en los últimos precedentes de la Corte ("Jacarandá" y "Zonas Francas de Santa Cruz S.A.") ha prevalecido la tendencia favorable al reconocimiento del lucro cesante como rubro indemnizable aunque, en el respectivo proceso, no se hizo lugar a las pretensiones de los actores.

Por último, se ha extendido la frontera de la responsabilidad estatal desde la órbita administrativa hasta el campo de la actividad del legislador y del juez, y aun cuando esta última se considera más restringida lo cierto es que ambas se rigen tanto por principios propios como por otros que resultan comunes.

4. La insuficiencia del enfoque jurídico civilista para regir la responsabilidad del Estado, en el ámbito extracontractual, llevó a la Corte en el año 1984 a introducir un nuevo paradigma en la materia: la responsabilidad directa y objetiva basada en la teoría de la falta de servicio, (103) por aplicación de una formulación de derecho público extraída del propio Código Civil (art. 1112). También la condujo al reconocimiento de la responsabilidad por actividad legítima, con una compensación razonable y adecuada a las exigencias de la justicia distributiva. Excepcionalmente cabe admitir, con las salvedades señaladas, que se acuda a la teoría del riesgo creado para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado por razones de equidad.

5. Postular la unidad del derecho de daños resulta un contrasentido jurídico-constitucional habida cuenta la incompatibilidad que traduce con respecto a las autonomías provinciales que imperan en el sistema federal adoptado, contrario a todo unitarismo en materia de derecho público. (104) La naturaleza local del derecho administrativo y, por tanto, de la regulación de su responsabilidad por cada Provincia (art. 121 y 122 C.N.) constituye un axioma constitucional que no puede ser controvertido en aras de la simplificación del sistema de responsabilidad.

6. Han pasado veinticinco años desde el caso "Vadell" y la jurisprudencia de la Corte —en materia de responsabilidad extracontractual— sigue manteniéndose en forma constante y creemos que, con las adaptaciones que impone siempre la realidad, sus líneas centrales seguirán prevaleciendo en el futuro. Porque el sistema estatal que se ha descripto no está cerrado sino abierto a distintas posibilidades científicas e interpretativas para que los jueces puedan cumplir con el mandato constitucional de afianzar la justicia. (105)

En definitiva, el balance sobre la institución resulta actualmente favorable y si bien no es tarea fácil formular predicciones acerca de su evolución en el tiempo, todo indica que las bases establecidas abren perspectivas promisorias para los derechos de las personas, en el marco de la justicia y de la equidad, sin salirse del marco del derecho público, es decir, aceptándose el recurso a la analogía para aplicar las soluciones que brinda el derecho privado frente a la configuración de lagunas (106) o carencias normativas en el derecho administrativo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado nos remitimos a nuestro "Derecho Administrativo", t. I, Abeledo-Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 470 y ss.

(2) Entre otras, si el factor de atribución "culpa" continúa siendo el eje del sistema de responsabilidad, civil o lo que es más trascendente, la actualidad y el futuro de la responsabilidad civil; ver al respecto: LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (Análisis de las jurisprudencias francesas, española y argentina actual)", en Reda Nos. 27-29, Año 10, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 435 y ss.

(3) TAWIL, Guido Santiago, La responsabilidad extracontractual del Estado y de los funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano, LA LEY, 1988-C, 651 y ss. y BIANCHI, Alberto B., Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado, LA LEY, 1996-A, 922 y ss.

(4) Conforme con lo prescripto en la Sección 2680 (a) Título 28 USC que excluye las acciones planteadas ante la justicia contra actos que se dicten en ejercicio de facultades discrecionales, véase: BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual..." cit., p. 949, nota 205.

(5) BREWER CARIAS, Allan R., "Estudios de Derecho Administrativo", 2005-2007, Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 61-63, al comentar el art. 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que prescribe la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por el funcionamiento (normal o anormal) de la misma. Para eximirse de responsabilidad la Administración sólo puede invocar la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o bien, caso fortuito o fuerza mayor (p. 62).

(6) Ampliar en nuestro libro "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, p. 197 y ss.

(7) Es la fórmula que contempla el art. 1112 del Código Civil Argentino.

- (8) Este principio se encuentra implícito en el art. 19 de la C.N. (ver fallos 320:1996 y 327:3753).
- (9) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La dignidad de las personas", Civitas, Madrid, 1986, p. 23 y ss.
- (10) Véase: FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", t. Q-Z, ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 3305 y ss.
- (11) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La doctrina del riesgo creado...", cit., p. 442.
- (12) Véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 461 y ss., quien considera entre otros factores atributivos de responsabilidad a la equidad, el abuso del derecho y exceso de la normal tolerancia entre vecinos.
- (13) En cambio, en el derecho civil, la función del sistema del responder consiste en distribuir la carga económica del daño entre dos protagonistas: el autor o responsable del daño y la víctima; véase: LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", en Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones N° 64, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 941 y ss. Interesa puntualizar que si bien el ilustre jurista postula una corriente a fin a la unidad del responder-distribución teniendo como centro el acto dañoso y la repartición de los daños, en parte alguna de su trabajo se refiere a la responsabilidad del Estado, y menos aún a que ésta se encuentre regida por principios civilistas.
- (14) En Francia, a partir del "arrêt Blanco" dictado por el Tribunal de Conflictos, el 08 de Febrero de 1873.
- (15) Art. 106 de la C.E.; ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", 6ª ed., t. II, Thomson-Civitas, Madrid, 1999, p. 369 y ss.
- (16) Art. 90 de la Constitución Política de 1991 que prescribe: El estado responderá patrimonialmente por los daños jurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.
- (17) Art. 37, ap. 6° de la Constitución Federal, véase: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, "Direito Administrativo o novo Código Civil", Forum, Belo Horizonte, 2007, pp. 222-233, sostiene que la responsabilidad es objetiva en relación a la persona jurídica Estado "lato sensu" (se entiende que al igual que las distintas entidades que lo componen) y subjetiva en relación al agente causante del daño.
- (18) El art. 24 de la Constitución prescribe "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección". La interpretación de este precepto constitucional, conjuntamente con el que le sigue (art. 25) conduce a la doctrina a sostener que, en principio, la responsabilidad recae sobre las entidades estatales y recién se puede responsabilizar a los funcionarios si el Estado "lato sensu" promoviera una acción contra los funcionarios para repetir lo pagado por los daños ocasionados por éstos últimos cuando hubieran obrado con culpa o dolo (Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Sobre Derecho Administrativo", t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 578).
- (19) Cfr. Fallos 329:2088 ("Cohen, Eleazar c. Provincia de Río Negro y otros s/daños y perjuicios") (30/05/06).
- (20) TAWIL, Guido Santiago, "La responsabilidad extracontractual...", cit. p. 651 y ss.
- (21) BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual ...", cit., p. 941.
- (22) SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law", 3ª ed., Little Brown and Co., Boston, 1991, p. 605 y ss.
- (23) Abordamos la tendencia jurisprudencial en nuestro trabajo Las grandes líneas de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 29 y ss.
- (24) VIDAL PERDOMO, Jaime, "Derecho Administrativo", 8ª ed., Temis, Bogotá, 1985, p. 372 y ss; RODRÍGUEZ R., Libardo, "Derecho Administrativo General y Colombiano", 15ª ed., Temis, Bogotá, 2007, p. 497, sostiene que la responsabilidad directa de derecho público que establece el art. 90 de la Constitución Política de 1991, sobre la base del concepto de daño antijurídico se fundamenta en el art. 106 de la Constitución española de 1978; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 172, anota que la jurisprudencia colombiana acude a conceptos de responsabilidad provenientes de un sector de la doctrina española representado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (en su conocida obra "Curso de Derecho Administrativo"), ver también: BARRERA MUÑOZ, William, "La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano", en REDA N° 70, Buenos Aires, 2009 (en prensa), Cap. III.
- (25) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "Curso de Direito Administrativo", 24 ed., Malheiros Editores, San Pablo, 2007, p. 972; sin embargo, para la responsabilidad estatal por omisión considera que la responsabilidad es subjetiva (op. cit. p. 1006) fundada en falta del servicio; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, "Curso de Direito Administrativo", 14ª ed., Editores Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 588, pone énfasis en las teorías del riesgo administrativo y del riesgo integral; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, "Direito Administrativo e o novo Código Civil", Forum, Belo Horizonte, 2007, p. 212, afirma que la Constitución vigente prescribe la responsabilidad objetiva del Estado.

(26) SOTO KLOSS, Eduardo, La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva, en la obra "Derecho Administrativo". 120 años de cátedra, (Coord. Rolando PANTOJA BAUZA), Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 399 y ss., considera que la falta de servicio en materia de los servicios estatales se configura por la omisión del obrar debido (mala praxis, transgresión de las normas que regulan los procedimientos hospitalarios), y que la responsabilidad estatal por el daño-lesión gira sobre la base de la causalidad material (op. cit. p. 414); en materia municipal también se ha acogido la teoría objetiva de la responsabilidad basada en la falta de servicio; véase: HUIDOBRO SALAS, Ramón, Aproximación a la responsabilidad contractual en el ámbito municipal, en el libro Derecho Administrativo, cit., p. 393 y ss.; FIAMMA OLIVARES, Gustavo, La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio, en Revista chilena de Derecho PUC, Vol. 16, N° 2, Julio-Agosto, Santiago de Chile, 1998, p. 489 y ss.

(27) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1963, recordaba que la jurisprudencia se había orientado hacia las soluciones de derecho público aunque con ciertas vacilaciones en punto a los lineamientos generales del sistema (pp. 648-650). Para SAYAGUÉS LASO la solución interpretativa técnicamente recomendable era acudir al concepto de "falta de servicio" como idea básica del sistema de responsabilidad por acto o hecho administrativo (p. 651). Una opinión opuesta es la de MARTINS, Daniel Hugo en "La responsabilidad del Estado por acto o hecho administrativo", Revista de Derecho Público y Privado, t. 30, p. 277 y ss.; véase además: PRAT, Julio A., "Derecho Administrativo", t. 4, vol. 2, Acalí Editorial, Montevideo, 1978, sostiene que la determinación constitucional no es precisa y que debe ser completada por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo sentó en 1988 el carácter objetivo de la responsabilidad con fundamento en el art. 24 de la Constitución (TCA 3er Turno Sentencia N° 182 de 16-VI-1988), cuya reseña figura en Anuario de Derecho Administrativo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990 (Dir. Mariano R. Brito), p. 158, junto a otros precedentes del JLCA.

(28) Art. 238 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27.444); véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos General", Gaceta Jurídica, 5ª ed., Lima, 2006, p. 658 y ss. No obstante, la jurisprudencia peruana no ha desarrollado la teoría de la responsabilidad estatal.

(29) Sin embargo, destacados civilistas utilizan la falta de servicio como factor de atribución para determinar la responsabilidad del Estado; entre ellos, véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad del Estado por error judicial, (El auto de prisión preventiva y la absolución)", LA LEY, 1996-B, 311, al adaptar y ampliar la interpretación que hiciera sobre el art. 1112 del Código Civil sostiene que aunque este precepto continúa rigiendo la responsabilidad de los funcionarios públicos "ello no significa que no se induzca también de allí un principio general de derecho público, que impone la responsabilidad objetiva del Estado por la falta de servicio que implica la irregular prestación de la administración de justicia..." y más adelante afirma rotundamente que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; ídem, en Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta, LA LEY, 1996-C, 584, cabe apuntar que en este trabajo Bustamante Alsina se adhiere expresamente a nuestra tesis sobre la responsabilidad estatal (cit., p. 586, nota 1); TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces y Estado juzgados por daños derivados de errónea actividad judicial", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, Junio, 2008, p. 2 y ss., especialmente pp. 21-22; ver también del mismo autor, en colaboración con Marcelo J. LÓPEZ MESA, el "Tratado de la responsabilidad civil", t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2004, Cap. 14 (redactado por López Mesa con la colaboración de Stella Maris Bambino), p. 12 y ss; señala que "los criterios adoptados por la Corte Suprema siguen, sin citarlos, dos trabajos de CASSAGNE publicados en la Revista El Derecho durante los años 1982 y 1983, bajo el título de En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado (en ED, 99-937) y del mismo autor La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo (ED, 100-985), así como —aunque en menor medida— un opúsculo de Juan Francisco LINARES, titulado En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público, (publicado en LA LEY, 153-160). Cabe señalar que, con bastante anterioridad al cambio jurisprudencial de la Corte Suprema, Leonardo A. COLOMBO, en su obra "Culpa aquiliana (cuasidelitos)", 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1944, p. 459 y ss. había reconocido la posibilidad de responsabilizar al Estado por la aplicación del art. 1112 del Código Civil, con cita del conocido precedente de la Corte de Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires (LA LEY, 12-122), p. 459, nota 641; véase también MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. X, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 162, texto y nota 43. En el derecho procesal, vid: BERIZONCE, Roberto O., "El contralor de la labor jurisdiccional del Poder Judicial", en "Anales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, t. 30, 1987, pp. 14 y 18, admite la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional que implique faltas de servicio, con sustento en el art. 1112 del Código Civil.

(30) Cabe advertir que los fallos de la Corte en los que se interpretó el art. 1112 desde el caso "Vadell" (1984) y

posteriores fueron suscriptos por el Dr. César Augusto Belluscio, con la disidencia que reiteradamente sentó el Dr. Adolfo Vázquez sosteniendo la tesis de la responsabilidad indirecta del Estado (por aplicación del art. 1113, primera parte, del Código Civil).

(31) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", (Dir. Augusto C. Belluscio y Coord. Eduardo A. Zannoni), t. 5, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 420.

(32) Vid nuestro Derecho Administrativo, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 521-522.

(33) Un sistema similar rige en Colombia, en el que independientemente de la responsabilidad personal del funcionario existe la responsabilidad financiera frente a la Administración; un buen desarrollo de esta última especie de responsabilidad puede verse en: IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, "Estudios de Derecho Constitucional Económico", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 1010 y ss.

(34) La recurrencia a la aplicación analógica de las normas civiles al derecho administrativo ha sido objeto de la crítica de Jorge A. SÁENZ en el excelente trabajo publicado, como parte del Homenaje que hicimos los Profesores de la UBA a la Dra. REIRIZ, María Graciela bajo el título "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 79. Al respecto, la conclusión a la que llega el distinguido colega nos parece excesivamente dogmática, por cuanto, salvo supuestos establecidos por la ley o la naturaleza de la norma, la aplicación del Código Civil se lleva a cabo mediante la adaptación a los principios que constituyen la sustancia del derecho administrativo, como dijo la Corte en el conocido caso "Los Lagos". Por lo demás, la no aceptación de casos o supuestos no previstos responde a la concepción que sustentaba LINARES acerca del carácter pleno o hermético del sistema jurídico, lo que hoy día se ha demostrado como un dogma imposible de seguir sosteniendo en el campo de la interpretación jurídica.

(35) PERRINO, Pablo E., "Crítica al enfoque ius privatista de la responsabilidad del Estado", obra colectiva Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 79 y ss.

(36) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. X, cit. pp. 66-67, se queja de la soberbia de los administrativistas al no aceptar la tesis unitaria sobre el derecho de daños (p. 144, nota 90) y dice que se pretende duplicar la responsabilidad estatal por parte del derecho público cuando ella se encuentra regulada en el Código Civil. Al respecto, el hecho de disentir con la tesis civilista, antes que traducir una postura soberbia, revela la firme convicción que existe, prácticamente, en todo el derecho administrativo argentino (por cierto que con diferentes matices) al sostener que la responsabilidad estatal pertenece al derecho público. Por lo demás, no se trata de duplicar el sistema de responsabilidad sino de armonizarlo con la Constitución. El afán de unificar para simplificar el sistema conduce al distinguido jurista a sostener un unitarismo contrario a la Constitución y pasado de moda, repudiado claramente por la Corte, en particular a partir del caso "Barreto" (Fallos 329:759) (2006).

(37) GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA, 1996-IV-793.

(38) In re "Barreto Alberto Damián y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", CSJN, 21/03/2006, publicado en RAP, N° 334, p. 172 y ss. (Fallos 329:759); sobre la cuestión que tratamos en el texto nos remitimos a nuestro trabajo "Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte", La LEY, 2007-B, 1293.

(39) Véase nuestro Derecho Administrativo, 8ª ed., t. I, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 488-490.

(40) En el mismo sentido: GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. XIX-33.

(41) ALTERINI, Atilio Anfbal, "La responsabilidad civil", 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, apunta que "imputar una acción es declarar la autoría de alguien" y que "la acción es imputable cuando puede referirse a la actividad de una persona, pero tal imputación no adelanta criterio acerca de la responsabilidad del sujeto" (pp. 16-17).

(42) La noción de imputabilidad, que implica atribuir la autoría de un hecho a una persona, puede emplearse en sentidos diversos, no necesariamente opuestos. La imputación, dentro del sistema de responsabilidad estatal puede ser concebida como la causalidad material que explica la génesis del hecho. En cambio, a través de la conexión causal se procura encontrar una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño. A su vez, la imputación, en un sentido más amplio, se descompone en dos fases: una que hemos denominado imputabilidad material y otra que representa el factor atributivo de responsabilidad. La primera responde al interrogante respecto de a quien se atribuye el hecho dañoso, mientras la segunda se refiere a por qué se responde. En la responsabilidad del Estado tanto la imputabilidad material como el factor de atribución tienen naturaleza objetiva toda vez que no es necesario individualizar al autor del daño. En el derecho penal puede consultarse la obra de FIERRO, Guillermo Julio, "Causalidad e imputación", Astrea, 2ª ed., reimpresión, Buenos Aires, 1008, p. 419 y ss.

(43) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños. Parte general", t. I, Ediar, Buenos Aires, 1982,

enuncia un concepto muy claro sobre la antijuridicidad en los siguientes términos: "la acción será antijurídica ... cuando infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico; cuando viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses", (op. cit. p. 37).

(44) Así lo define BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 125.

(45) Como en el caso de Colombia, de acuerdo a la regulación establecida por la ley 80 de 1993; véase: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Tratado...", cit., t. III, p. 108 y ss. y t. IV, p. 48 y ss.; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo colombiano", Porrúa y Universidad Autónoma de México, Colección Internacional de Derecho Administrativo, coordinado por el Profesor Jorge FERNANDEZ RUIZ, México, 2004, p. 347 y ss.; BENAVIDEZ, José Luis, "El Contrato Estatal (entre el Derecho Público y el Derecho Privado)", Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 27 y ss.; Perú adopta un sistema similar, ver LINARES, Mario, El contrato estatal, con prólogo de Jorge Danós Ordoñez, Girjley, Lima, 2002, p. 16 y ss.: postura que se apoya en la legislación y en un sector de la doctrina (ZEGARRA VALDIVIA, Diego, El contrato ley. Los contratos de estabilidad jurídica, ed. Gaceta Jurídica, con prólogo de Jorge DANÓS ORDOÑEZ, quien comparte la posición unitaria). En México, se sigue, en cambio, la tendencia dualista sobre los contratos que celebra la Administración en forma similar a la corriente que prevalece en Argentina, véase: BEJAR RIVERA, José Luis, "Curso de Derecho Administrativo", Oxford University Press, México, 2007, p. 240 y ss.

(46) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, 4ª ed. Actualizada, Buenos Aires, 1994, p. 74 y ss.; hay que tener en cuenta que, en su opinión, las cláusulas exorbitantes virtuales constituyen expresiones de las potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración, las cuales, por cierto, no son absolutas ni ilimitadas, y que nuestro querido maestro entiende que la competencia debe ser expresa y en caso de duda, regida por el principio de la especialidad (op. cit. t. I, 4ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 573).

(47) JEANNERET de PEREZ CORTES, María en "Acto administrativo y contrato administrativo", en "Contratos Administrativos", Jornadas de la Universidad Austral, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 145-146; véase también nuestro "El Contrato Administrativo", Abeledo-Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 2009, pp. 12-13 y 48-50. Sobre el contenido del régimen exorbitante o administrativo ver: BARRA, Rodolfo Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, p. 266 y ss., concibe a dicho régimen como un modelo al servicio del bien común realizado a través de la justicia distributiva (p. 270). Al respecto, consideramos que las prerrogativas traducen la realización de la justicia legal o general, aparte de que el concepto empleado por Barra sobre la justicia distributiva (que comparten otros autores) difiere del clásico utilizado en nuestros trabajos.

(48) SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual...", cit. p. 98 y ss.

(49) RODRÍGUEZ, Libardo, "El equilibrio económico de los contratos administrativos", Temis, Bogotá, 2009, p. 10 y ss.

(50) El análisis al que nos remitimos puede verse en El Contrato Administrativo, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 93 y ss.

(51) Vid: GALDÓS, Jorge Mario, "¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código de Vélez Sarsfield?", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. II, Córdoba, 2000, p. 428 y ss. Cabe apuntar que en la doctrina del derecho privado se ha dicho que "la aplicación desmesurada del artículo 1113 del Código Civil a supuestos que ontológicamente le son ajenos ha extendido ad infinitum el ámbito de la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares" (Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (Análisis de la jurisprudencia francesa, española y argentina actual)", REDA n° 27/29, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 435).

(52) Así los denomina un sector de la doctrina (LÓPEZ OLACIREGUI, José María, op. cit., pp. 950-951).

(53) Como es sabido, la teoría del riesgo encuentra sustento en la doctrina de DUGUIT.

(54) La expresión "servicio público" se emplea en España con sentido amplio, comprensivo, en este caso, de toda la actividad administrativa.

(55) Fallos, 317:728, en el que se resolvió responsabilizar al Estado por los daños provocados por agentes de las fuerzas armadas y de seguridad mediante la utilización de armas suministradas por la repartición estatal; sobre otros casos, algunos de los cuales han aplicado incorrectamente la teoría del riesgo (pues se trataba de faltas de servicio), véase: PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita" en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 72 y ss. Entre los supuestos en que se invocó la teoría del riesgo cabe citar los daños ocasionados por: a) la caída de árboles; b) el mal estado de aceras, calles y rutas; c) el desprendimiento de partes de un monumento público; d) la demolición de un inmueble; e) mal funcionamiento de ascensores; f) explosivos; g) el uso de armas de fuego; h) automotores oficiales (PERRINO, Pablo Esteban,

op. cit. p. 131 y ss.). Salvo el caso de los daños provocados por explosivos, en los que existe una extrema peligrosidad susceptible de justificar la aplicación de la teoría del riesgo, los demás supuestos podrían haberse encuadrado en la concepción de la falta de servicio para declarar responsable al Estado.

(56) El Art. 288 —párrafo segundo— del Tratado de la UE prescribe: "En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros".

(57) Vid: SENKOVIC, Petra, "L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire", Bruyant, Bruselas, 2000, p. 5 y ss.

(58) Véase: GARCÍA PULLES, Fernando R., "Algunas ideas sobre los procesos de integración y sus efectos en materia de responsabilidad del Estado", en Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 123 y ss.

(59) COBREROS MENDAZONA, E., "El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad de la Comunidad por actuaciones del Defensor del Pueblo Europeo", RAP, Madrid, Mayo-Agosto, 2004, p. 195.

(60) JANER TORRES, Joan David, "La influencia del derecho comunitario en la creación de un "ius commune" de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales", en RAP, Madrid, Enero-Abril, 2002, p. 185.

(61) El origen de dicha construcción se debe a la labor del Tribunal de Conflictos: ver "arrêt Blanco".

(62) LAUBADERE, André de, "Traité de Droit Administratif, actualizado por Venezia y Gaudemet", t. I, LGDJ, París, 1984, p. 747.

(63) Ampliar en: PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución...", cit., p. 64 y ss. En el derecho comunitario se sanciona especialmente el incumplimiento de las normas comunitarias por un Estado miembro de la Unión Europea, véase: BARRA, Rodolfo Carlos, Responsabilidad del Estado en el derecho de integración, en "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", cit. pp. 378-379 y las respectivas citas de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(64) LINARES, Juan Francisco, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", LA LEY, 153-601 y nuestro "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", ED, 100-986 (1982).

(65) Fallos, 306:2030 (1984).

(66) Vid por todos: PAILLET, Michel, La faute du service public en "Droit Administratif Français", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, p. 301 y ss.

(67) REIRIZ, María Graciela, Responsabilidad del Estado, en "El Derecho Administrativo, Hoy", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226 y HUTCHINSON, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", Revista Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, n° 36, Librería Editora Platense, La Plata, 1984, pp. 51-74; SÁENZ, Juan Ignacio, "Bases de la responsabilidad del Estado en Argentina: teorías, fundamentos y procedencia en Responsabilidad del Estado" (Dir. Pedro Aberastury), LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 83 y ss.

(68) LEGUINA VILLA, Jesús, "La responsabilidad de la Administración Pública", 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 155 con cita de un trabajo de ALTIERI, "Aspetti della responsabilità degli ente pubbliche nel vigente ordinamento francese", en Rivista Trimestrale di Diritto pubblico, 1966.

(69) BRARD, Yves, "La responsabilidad administrativa de las personas privadas", Tesis, Caen, 1975, p. 177, cit. por PAILLET, Michel, op. cit., p. 301.

(70) Entre otros: MOREAU, Jacques, "La responsabilité administrative", 3º ed., PUF, París, 1996, p. 61; CHAPUIS, René, "Droit administratif général", t. I, Montchrestien, París, 1996, p. 1178; en la clásica obra de BONNARD se alude al concepto de falta del servicio público para concluir que el funcionamiento defectuoso que origina la responsabilidad, se refiere al aspecto objetivo de la falta (Cfr. BONNARD, Roger, "Précis de Droit Administratif", Sirey, París, 1935, p. 92).

(71) DUPEYROUX, Henri, "Faute personnelle et faute du service public", Tesis, París, 1922, cit. por PAILLET, Michel, op. cit., p. 302.

(72) BENOIT, Francis Paul, "Le droit administratif français", Dalloz, París, 1968, p. 709.

(73) Así lo ha destacado LEGUINA VILLA, Jesús, op. cit., pp. 87-88.

(74) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", 6º ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 369 y ss.

(75) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema", Civitas, Madrid, 2002, p. 181 y ss.

(76) MARTÍN REBOLLO, Luis, Los fundamentos de la responsabilidad del Estado, en "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", cit., p. 15 y ss.

- (77) GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 9º ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 226 y ss.
- (78) ALESSI, Renato, "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", Giuffrè, Milán, 1958, p. 519 y ss.
- (79) Fallos, 306:2030.
- (80) Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza", en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, cit., pp. 384-385 y PERRINO, Pablo E., op. cit., p. 68.
- (81) Cfr. MATA, Ismael, Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía, en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, cit., pp. 173 y 182, punto 4).
- (82) PAILLET, Michel, op. cit., pp. 302-305.
- (83) BENOIT, Francis Paul, op. cit., p. 709.
- (84) Al respecto, una de las críticas más fuertes en la doctrina española es la de Oriol MIR PUIGPELAT (op. cit., p. 196 y ss.).
- (85) BALBÍN, Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 331 y ss., especialmente, pp. 394-405. Vale la pena puntualizar que el distinguido autor no rechaza de plano la aplicación del art. 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado pues sostiene que debe aplicarse por vía analógica de primer grado (op. cit. 395). En síntesis, utiliza la culpa como factor de atribución en ciertos casos (cuando el deber jurídico del Estado es inespecífico) y el factor objetivo que considera procedente aplicar en aquellos supuestos en que el deber de cumplir las obligaciones se encuentra establecido de modo claro y preciso (op. cit. p. 404). Debemos señalar también que el propio BALBÍN reconoce que la jurisprudencia de la Corte continúa en línea con la tesis objetiva de la responsabilidad del Estado y cita tres precedentes, entre otros, que así lo confirman ("Ramos", Fallos 328:2546; "Mosca", Fallos 330:563 y "Serradilla", Fallos 330:2748) lo cual resulta encomiable pues evita confundir al lector acerca de la realidad jurisprudencial argentina.
- (86) CUADROS, Oscar Alvaro, "Responsabilidad del Estado. Fundamentos, Aplicaciones, Evolución Jurisprudencial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 143 y ss.
- (87) Vid GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", Rev. El Derecho, t. 2008-653; ver también FARRANDO, Ismael, El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado, en Cuestiones de responsabilidad... cit., p. 61; aunque señala contradicciones en la tendencia jurisprudencial de la Corte ya que, en algunos precedentes, se hizo aplicación del art. 1113 del Código civil, como en su momento apuntó MERTEHIKIAN (op. cit. p. 66). Al respecto, debe tenerse en cuenta que: a) las contradicciones señaladas por MERTEHIKIAN se hicieron en un tiempo cercano a tales precedentes pues su libro se publicó en 1998; b) que, según la revisión que hemos efectuado, en los últimos catorce años no se volvió a invocar el art. 1113 —primera parte— del Código Civil (responsabilidad indirecta). En definitiva, ha prevalecido en la jurisprudencia de la Corte —en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima— la tendencia a su configuración directa y objetiva.
- (88) LINARES, Juan Francisco, En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público, LA LEY, 153-601; GAUNA, Juan Octavio, Responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil en Responsabilidad del Estado, ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 327-329, interesa destacar que GAUNA, como Procurador General de la Nación, al dictaminar en la causa "Ruth Sedero de Carmona c. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 310:1074) hizo referencia a la nueva interpretación de la Corte sobre el art. 1112 del Código Civil realizada en el caso "Vadell" (Fallos 306:2030); SESÍN, Domingo J., Responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba en "Responsabilidad del Estado", XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Rap, Buenos Aires, 2005, p. 537 y ss; COMADIRA, Julio Rodolfo, La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, EDA 2001-2002, p. 756 y ss., especialmente, pp. 761-762; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Jornadas de la Universidad Austral, cit., pp. 384-385; BARRA, Rodolfo Carlos, Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado, ED, 117-927; y Responsabilidad del Estado de sus actos y contratos, ED, 122-864, especialmente 865, nota 11; JEANNERET de PÉREZ Cortes, María, El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la causa "Friar S.A." en "Cuestiones de Responsabilidad..." cit. p. 57; y en "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública", XXX Jornadas cit., p. 313; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la condena judicial en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario", Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2008, pp. 355-357; USLENGHI, Alejandro Juan, "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, en Responsabilidad del Estado y del Funcionario..." cit., pp. 56-57; BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad de los entes reguladores en Responsabilidad..." cit., pp. 164.165; PERRINO, Pablo Esteban,

"Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", cit., p. 59 y ss.; MERTHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema", con prólogo de Julio César Cueto Rua, Abaco, Buenos Aires, 1998, pp. 63-73 y 97-99; PITHOD, Eduardo L., "Responsabilidad del Estado por acto lícito en Estudios de Derecho Administrativo", t. XII, Ieda, ediciones Dike, Mendoza, 2005, pp. 153-154; BARRAZA, Javier Indalecio, "Responsabilidad extracontractual del Estado", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 83; BOTASSI, Carlos Alfredo, "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisprudencial en Responsabilidad..." cit., p. 101, texto y nota 22; CANOSA, Armando N., "Nuevamente el art. 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado", ED, 157-84; ANDREUCCI, Carlos Alberto, "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires en Responsabilidad..." cit., pp. 264-265; GAMBIER, Beltrán, Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia, LA LEY, 1190-E, 617; GALLI BASUALDO, Martín, "Responsabilidad del Estado por su actividad judicial", Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 75-77 y ss.; AMENÁBAR, María del Pilar, "Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 391-392; SALOMONI, Jorge Luis, "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)". ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/03/00, p. 7 y ss.; BONPLAND, Viviana M.C., Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil, LA LEY, 1987-A, 779; con reservas en punto a la necesidad de regular el instituto en el futuro, véase: BUSTELO, Ernesto, "Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio en Estudios de Derecho Administrativo", IEDA N° XII, Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, 2005, p. 32 y ss.; CALONGE, Diego Andrés, "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Responsabilidad del Estado..." cit. (Dir. Pedro Aberastury), p. 471 y ss.; CAPUTI, María Claudia, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales. El caso Amiano", LA LEY, 2000-C, 763; CANDA, Fabián O., La responsabilidad del Estado por omisión (Estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN) en "Cuestiones de Responsabilidad..." cit., pp. 158-161; SAMMARTINO, Patricio M. E., La imputabilidad en la responsabilidad del Estado en "Cuestiones de responsabilidad..." cit., pp. 432 y 456; FRANCAVILLA, Ricardo H., La imputabilidad en la Responsabilidad del Estado en "Cuestiones de Responsabilidad..." cit., pp. 228-229; VILLARRUEL, María Susana, Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado en "Cuestiones de Responsabilidad..." cit. p. 516; entre los trabajos más recientes, aparte del estudio específico de GALLI BASUALDO antes citado cabe mencionar: ABERASTURY, Pedro, Principios de la responsabilidad del Estado en "Responsabilidad del Estado", LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 6 y ss.; GAUNA, Juan Octavio (h.), "Responsabilidad del Estado en materia de salud, urbanística y ambiental en Responsabilidad del Estado..." cit., p. 244 y ss, con especial comentario de los casos "Brescia" y "Schauman de Scasola"; ZILLI de MIRANDA, Martha, La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima. Su incidencia en la tutela del derecho fundamental a la salud, en "Derecho Administrativo", libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira (Coord. Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 1286-1287; y MELAZZI, Luis A., "Responsabilidad del Estado en casos de error judicial y anormal funcionamiento del servicio de justicia en Derecho Administrativo", libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA... cit., p. 1261; BUTELER, Alfonso, La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema, LA LEY, 2007-D, 319; y RITTO, Graciela B., "Responsabilidad del Estado por omisión", LA LEY, 2006-F, 615.

(89) Solución anticipada, en 1969 por REIRIZ, op. cit. p. 171.

(90) REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", ed. Ciencias de la Administración, en el libro "El Derecho Administrativo argentino, hoy", Buenos Aires 1996, p. 226.

(91) Véase, entre otros fallos: "Vadell" (Fallos 306:2030, 1984); "Hotelera Río de La Plata S.A. (Fallos: 307:821, 1985); "Etcheberry", (Fallos: 307:1507, 1985); "Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada"; (Fallos: 307:1942, 1986); "Cadesa S.A." (Fallos: 312:343, 1989); "Tejedurías Magallanes S.A." (Fallos 312:1656, 1989); "López de González, Trina" (Fallos: 314:871, 1991); "Morales" (Fallos: 315:1902, 1992); "Agencia Marítima Rioplat S.A." (Fallos: 315:2865, 1992); "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A." (Fallos 316:2136, 1993); "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L." (Fallos: 320:266, 1997); "Meza Araujo" (Fallos 326:1663, 2003); "Ramos" (Fallos 328:2546, 2005); "Mosca" (Fallos 330:563, 2007); "Serradilla" (Fallos 330:2748, 2007); Causa S. 366. XXXVII, "Securfin S.A. c. Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios", sentencia del 17 de julio de 2007; Causa R. 2190.XXXVIII "Reynot Blanco, Salvador Carlos c. Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios", sentencia del 12 de agosto de 2008.

(92) Entre los supuestos reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentran la responsabilidad por el uso de explosivos y por obras peligrosas como la conducción de agua y de electricidad; véase, MOREAU, Jacques, op. cit., p. 106 y ss.

- (93) Que prescribe: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".
- (94) Véase: LORENZETTI, Ricardo Luis, "Estudio sobre la nueva concepción del riesgo creado en el derecho argentino", en la obra colectiva dirigida por nuestra colega, la académica KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (dir.), Derecho de Daños, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 347 y ss.
- (95) Cfr. PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas", en Estudios de Derecho Administrativo XII, Diké, Mendoza, 2005, pp. 183-185.
- (96) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado, en "Responsabilidad del Estado", UNSTA, Tucumán, 1982, N° III-A-1, p. 61.
- (97) En algunos fallos ("García"), se acudió a la noción de la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad, cfr. Fallos, 315:1892.
- (98) Art. 10, ley 21.499 (Adla, XXXIII-A, 84).
- (99) Fallos, 306:1420; 312:2269.
- (100) LÓPEZ MESA, Marcelo J., Responsabilidad del Estado en "Tratado de la responsabilidad..." cit., t. IV, p. 50 tiene a bien criticar el concepto de imputabilidad material sobre la base de sostener que resulta más correcto hablar de factor de atribución. Lo que sucede es que nos referimos a presupuestos diferentes. Por de pronto, la expresión imputar significa atribuir pero al hablar del factor de atribución nos referimos a un factor atributivo de responsabilidad que comprende los elementos jurídicos objetivos necesarios para el responder estatal sea antijurídico (la falta de servicio y el riesgo). En cambio, la imputación material (que no es, por cierto subjetiva), implica la atribución presunta o real del hecho o acto dañoso a un órgano estatal determinado, aun cuando no sea necesario individualizar al autor del daño.
- (101) Vid MARIENHOFF, Miguel S., El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado, ED, 114-949; ESTRADA, Juan Ramón de, "Responsabilidad del Estado por sus actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la actividad estatal conforme a derecho)", ED, 102-839; y nuestro "Derecho Administrativo", t. I, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 497 y ss; asimismo véase en la doctrina más reciente COVIELLO, Pedro J. J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita" en ED Serie Especial de Derecho Administrativo del 29/08/2000, y LÓPEZ MESA, Marcel J., Responsabilidad del Estado en "Tratado de la responsabilidad..." cit., t. IV, p. 117; en contra: BIANCHI, Alberto B., Responsabilidad del Estado por actividad legislativa. Estudio sobre los efectos patrimoniales de los actos normativos lícitos, Abaco, Buenos Aires 1999, p. 151 y ss. Un análisis de las diferentes posiciones doctrinarias acerca del alcance de la reparación que ha hecho PALAZZO, José Luis, "Responsabilidad extracontractual del Estado", Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 61 y ss.
- (102) La jurisprudencia de la Corte ha seguido en muchos casos la línea que esbozamos en el texto en los casos "Laplacette", Fallos 195:66 (1943); Corporación Inversora Los Pinos, Fallos 293:617 (1975) y "Motor Once", Fallos 312:659 (1989), entre otros, aunque en otros precedentes ha reconocido una reparación integral, comprensiva del lucro cesante (Fernández Badie c. Provincia de Buenos Aires, Fallos 317:816 del 28/07/94). Con posterioridad, la Corte ha reconocido que, como principio, debe reconocerse el lucro cesante en la indemnización debida por la responsabilidad estatal proveniente de la actividad legítima o lícita (In re "Jacarandá", Fallos 328:2654 y "Zonas Francas de Santa Cruz S.A." del 09/06/08) con la disidencia de la Dra. Elena HIGHTON. Al respecto, debemos reiterar que la solución prevista en el art. 10 de Ley Nacional de Expropiaciones no excluye aquel lucro cesante que integra el valor objetivo del bien o respectivo derecho que es objeto de la expropiación. Como esta última interpretación no recibió acogida en la jurisprudencia, el cambio operado en la doctrina de la Corte entraña, de consolidarse, un giro radical garantístico que supera la teoría más restrictiva existente en el derecho administrativo con la que no estamos de acuerdo.
- (103) BIELSA, Rafael, "Responsabilidad del Estado Administrador", JA, sept. 1933-416 y ss. (nota al fallo "Tomás Devoto"); aun cuando incurre en el error de traducir la palabra "faute" por culpa (como mucho más tarde hicieron otros) apunta que la falta del servicio en Francia es una noción administrativa que no está contemplada en los arts. 1382 y 1384 del Código Napoleón (equivalentes a los arts. 1109 y 1113 (primera parte en la versión actual) de nuestro Código Civil y agrega que ello supone un cierto funcionamiento defectuoso del servicio no siendo necesario que se acredite la culpa de los agentes, pues "basta un mal funcionamiento general, en cierto modo anónimo del servicio" (op. cit. p. 413). Sin embargo, como dijo con su habitual sencillez el maestro LÓPEZ OLACIREGUI, la culpa o es algo real (negligencia, imprudencia, impericia) o no es nada. (Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964, I-IV p. 82).

(104) Véase: NALLAR, Daniel M., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público bajo un sistema federal de gobierno", en REDA Nos. 33-34, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 241 y ss., aunque rechaza de plano la aplicación de los textos del Código Civil su opinión, en este punto, resulta afín a la nuestra.

(105) PEYRANO, Jorge W., Sobre el activismo judicial, en el libro "Activismo y garantismo procesal", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 11 y ss, especialmente pp. 13-17.

(106) Véase: LÓPEZ CALDERÓN, Javier H., "Responsabilidad del Estado por infortunios en el ámbito militar de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Derecho Administrativo, 2001, LexisNexis-Depalma, (recopilación de la REDA), Buenos Aires, 2002, p. 411 y ss.