


Título: **La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)(\*)**

Autor: Cassagne, Juan C.

País:  Argentina

Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2016, 391

Fecha: 26-04-2016 Cita Digital: ED-DCCLXXV-963

---

## Sumarios

1. Un renovado problema metodológico: la aplicación del derecho civil al derecho administrativo. - 2. Acerca del carácter local del derecho administrativo y la opción constitucional de regular la responsabilidad del Estado por el Código Civil y Comercial o por ley administrativa. - 3. Diferentes técnicas de aplicación de las normas del CCCN al derecho administrativo. 3.1. *Aplicación directa de preceptos del CCCN.* 3.2. *La técnica de la aplicación subsidiaria o supletoria de normas civiles al derecho administrativo.* 3.3. *La técnica de la analogía para integrar las lagunas jurídicas.* - 4. La interdicción de aplicar el CCCN en forma directa y subsidiaria a la responsabilidad del Estado. - 5. Tres sectores emblemáticos de aplicación de las normas del CCCN al derecho administrativo de particular relevancia para determinar la responsabilidad estatal. 5.1. *Los principios generales del derecho que prescribe el CCCN resultan operativos en el ámbito del derecho administrativo en tanto sean compatibles con los principios del derecho público.* 5.2. *La regulación de la responsabilidad de los funcionarios públicos.* 5.3. *Aplicación del CCCN a la responsabilidad contractual del Estado.* - 6. Cuestiones de interpretación vinculadas con los criterios y fundamentos que rigen las indemnizaciones a cargo del Estado. La aplicación de la justicia distributiva en supuestos de excepción y la inaplicabilidad de los principios del derecho civil. - 7. El problema de la medida de la indemnización en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. - 8. Inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones. - 9. Fundamento constitucional del principio de la justa indemnización. - 10. El principio de la justa indemnización y la justicia conmutativa. - 11. La compensación en la justicia distributiva es distinta de la restitución que se realiza en la justicia conmutativa. - 12. Conclusiones sobre la aplicabilidad del principio de la “justa indemnización” a los daños provocados por la actividad legítima del Estado.

### La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)(\*)

1

#### **Un renovado problema metodológico: la aplicación del derecho civil al derecho administrativo**

A raíz de la sanción de la ley 26.994, que regula la responsabilidad del Estado Nacional, y de las correlativas prescripciones del nuevo Código Civil y Comercial (CCCN) (conforme a las modificaciones que le introdujo el PEN al Proyecto de la Comisión Redactora(1)), se ha vuelto a plantear, en nuestro derecho público (aunque sobre nuevas bases) una de las cuestiones de interpretación más trascendentes propias de la metodología de la ciencia jurídica. Esta cuestión, que se proyecta a la práctica del derecho administrativo, se genera con motivo de la prohibición de aplicar las normas del Código Civil y Comercial de la Nación a la materia de la responsabilidad del Estado, normas que, según el precepto respectivo(2), no podrían aplicarse en forma directa ni subsidiaria.

Esta problemática, encarada hacia la mitad del siglo pasado por la doctrina que trató el punto bajo la rúbrica del “caso administrativo no previsto”(3), así como su abordaje en las obras más generales de la disciplina(4), trae aparejadas consecuencias de gran magnitud en el ordenamiento jurídico, que conciernen al contenido y naturaleza del derecho administrativo de fondo.

En efecto, el modo como se resuelvan los problemas interpretativos que se plantean va a marcar, indudablemente, la futura evolución del derecho administrativo argentino, nacional y provincial, y es, por ahora, difícil formular un pronóstico preciso al respecto, en la medida en que las normas del nuevo ordenamiento pueden ser modificadas por el Congreso, o ser declaradas inconstitucionales por la justicia(5).

La cuestión entraña dificultades en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que se plantea la clásica *divisio* (derecho público-derecho privado)(6) sobre la base de distinguir, con notas y principios peculiares, el derecho civil del derecho administrativo, confiriendo a este último una relativa autonomía científica que le permite abastecerse de sus propios paradigmas y formulaciones dogmáticas. En esta línea, si bien el derecho administrativo ha sido modernamente definido como el conjunto de reglas especiales que rigen la actividad administrativa y, consecuentemente, la gestión pública(7), su contenido ha crecido de tal manera que se ha convertido en una especie de derecho común que rige la actividad de la Administración Pública y las relaciones de esta con los particulares.

Por otra parte, la circunstancia de que la Constitución haya adoptado el sistema federal como forma de gobierno, con autonomías provinciales reconocidas, requiere fijar, al menos con razonable certeza, los límites del derecho público local, de cara al principio de unidad de legislación común de inspiración alberdiana que prescribe el modelo constitucional (art. 75, inc. 12), ya que hay materias de derecho público (como la condición jurídica de las personas y de las cosas) que precisan ser reguladas directamente por el Código Civil y Comercial. Así lo prescribió el Código de Vélez Sarsfield(8) y, actualmente, lo prescribe el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación(9).

El solo hecho del planteamiento de los problemas interpretativos demuestra que el ordenamiento positivo dista de ser completo y hermético, como lo postulaba el antiguo positivismo por medio de una suerte de ficción jurídica. Porque es un hecho de la realidad que el ordenamiento presenta vacíos o casos sin regulación positiva que dan lugar a diversos procedimientos para integrarlo, aplicar una norma compatible al caso administrativo no previsto e incluso por medio de su creación heterónoma acudiendo a los principios generales del derecho, en particular aquellos que encuentran su fundamento en la teoría de la justicia.

Pero esta labor hermenéutica, que conduce a la adopción de métodos interpretativos basados en la ponderación y aplicación de las reglas de la razonabilidad práctica(10), no implica relegar la importancia del derecho positivo como la primera fuente a la que debe acudir el intérprete, principalmente el juez(11), en la medida en que su contenido no contradiga los principios generales del derecho(12) ni los de la moral objetiva que, en cualquier caso, deben prevalecer sobre las normas positivas(13).

Lo que viene a complicar la sanción de las nuevas normas sobre responsabilidad del Estado es algo ajeno a la teoría de la interpretación y es parte de un fenómeno global que afecta a buena parte de los países civilizados, como bien ha sido explicado por la doctrina española. No se trata ya de la inflación legislativa, de leyes desbocadas o de la legislación motorizada a que aludía Karl Schmidt sino de algo más grave como es la degradación de las normas mediante la proliferación de leyes oportunistas y hasta banales que conculcan la seguridad jurídica creando confusión e incertidumbre en los órganos de aplicación al generarse “una hipertrofia legislativa desordenada”(14).

En ese aspecto, la exclusión de la aplicación directa y subsidiaria de las normas del Código Civil y Comercial aparece como una pauta interpretativa irrazonable(15) y arbitraria por las razones que se exponen más adelante, circunstancia que no quita mérito a otras prescripciones de la ley 26.944 como la caracterización de la responsabilidad extracontractual por su actividad ilegítima, como una responsabilidad objetiva y directa que excluye la culpa como factor de atribución, acierto que no alcanza a compensar las graves objeciones que ha hecho la doctrina especializada(16) sobre el conjunto de la citada ley.

2

## **Acerca del carácter local del derecho administrativo y la opción constitucional de regular la responsabilidad del Estado por el Código Civil**

### **y Comercial o por ley administrativa**

Ante todo, hay que advertir que tanto en la doctrina(17) como en la jurisprudencia(18) existe un consenso generalizado en el sentido de que la materia de la responsabilidad del Estado pertenece al derecho público. Sin embargo, para determinar en qué ordenamiento cabe alojar las respectivas normas sobre la responsabilidad estatal consideramos que no hay obstáculos para que la regulación se lleve a cabo en el Código Civil y Comercial.

El argumento principal en que se basa la doctrina mayoritaria repara en el carácter local que se atribuye el derecho administrativo. Pero, si bien este carácter resulta del art. 121 de la CN como una suerte de poder reservado a las Provincias (por la Constitución y no por ellas mismas), la realidad tanto histórica como actual demuestra la necesidad de matizar el principio, habida cuenta de la existencia de un núcleo de instituciones de derecho público de naturaleza nacional o federal. En definitiva, el derecho administrativo se caracteriza por una composición mixta y compleja, producto de ordenamientos tanto

nacionales como provinciales, que se integra también con las normas o principios de derecho público común(19), que se encuentran en el CCCN.

En tal sentido, hay instituciones troncales del sistema jurídico que deben necesariamente ser reguladas por el Código Civil, como, por ejemplo, la condición jurídica del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Municipios y sus respectivas entidades autárquicas o jurídicamente descentralizadas, las que configuran la categoría de personas jurídicas públicas, de acuerdo a la definición legal del art. 146, inc. a), del CCCN. Se trata de materias que plantean la necesidad de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y unidad del sistema jurídico.

Al propio tiempo, median razones de conveniencia para establecer una legislación unitaria sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y públicos, ya que suele producirse en los hechos la concurrencia de ambos tipos de responsabilidad (faltas de servicio y faltas personales). En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica y los criterios generales que determinan la responsabilidad del Estado en el CCCN como hacerlo por medio de leyes nacionales que unifiquen el sistema de la responsabilidad pública en todo el país, siempre que la regulación respete el principio de la “justa indemnización” que consagra la CADH, el cual impide suprimir o restringir la procedencia y el alcance de la responsabilidad.

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

En la ley 26.944, al haberse optado por una regulación administrativa promiscua (nacional y local) que solo podría unificar el ordenamiento de adherirse las Provincias a la ley nacional, el legislador ha tomado un camino semejante al seguido por el derecho norteamericano, en el cual proliferan diferentes ordenamientos estatales básicos, sin perjuicio de las regulaciones especiales y de la Ley Federal de Reclamos al Estado (*Federal Tort Claims*)(20). Es así que el sistema norteamericano exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal(21) que no representa el mejor modelo a seguir, y habría que ver si al replicarlo en nuestro país no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75, inc. 12, de la CN, bajo la premisa de que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común, como las prescripciones del Código Civil referidas a la condición jurídica de las personas públicas y la del dominio público.

En cualquier caso, la regulación de la responsabilidad del Estado por una ley nacional implica que las provincias siempre tendrán los poderes para dictar las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio (argumento basado en el art. 121, CN).

3

### **Diferentes técnicas de aplicación de las normas del CCCN al derecho administrativo**

La metodología de la ciencia jurídica, elaborada principalmente por los filósofos del derecho y los juristas de la dogmática -en particular los que cultivan el derecho civil-, proporciona los elementos indispensables para regular la aplicación de este último derecho al administrativo. Esta aplicación exhibe tres especies básicas para resolver aquellos casos no previstos que se caracterizan por: a) la ausencia de normas; b) su regulación incompleta; y c) su individuación estrecha, especies que presentan entre sí, como ha advertido Linares, unos “contornos muy esfumados”(22). Estas tipologías configuran casos no previstos o lagunas jurídicas en sentido amplio. Se trata de un tema de interpretación que, conforme a la visión iusnaturalista, no puede ser ajena a la teoría de la justicia con sus principios rectores, mientras que, para la tendencia positivista pura, corresponde a una teoría general del derecho basada en la lógica formal.

En nuestro sistema jurídico no se puede desconocer, al menos, que la vinculación entre los ordenamientos público y privado sea susceptible de llevarse a cabo en forma directa, mediante normas integrantes de la legislación común o de fondo, cuya competencia para legislar corresponde al Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN).

#### **3.1. Aplicación directa de preceptos del CCCN**

No solo por razones que hacen a su precedencia y tradición histórica existen en el CCCN dos clases de normas que se aplican directamente al derecho administrativo, aunque con las cautelas imprescindibles para mantener la autonomía del derecho administrativo y sus principios cardinales. Unas son aquellas que

consagran principios generales aplicables a todo el derecho, como el deber de fallar “mediante una decisión razonablemente fundada” que se impone a los jueces(23). Cabe advertir, sin embargo, que no todo el título preliminar es común a ambas ramas del derecho (por ejemplo, la norma que incluye en el cómputo de los plazos de los días inhábiles o no laborales(24), ya que el derecho administrativo consagra, precisamente, el principio opuesto(25)).

En otro lugar de ese ordenamiento se encuentran las normas que pertenecen al derecho administrativo y que en razón del necesario deslinde de los límites de las instituciones tienen que regularse conjuntamente con las de naturaleza civil (reiteramos que es lo que acontece con la regulación de la condición jurídica de las personas públicas y privadas y de los bienes del Estado y de los particulares)(26).

La primera consecuencia que cabe extraer de lo expuesto es que el derecho común no constituye una categoría propia ni exclusiva del derecho privado ni se identifica con esta disciplina. Hay que tener en cuenta que la composición del derecho público es mucho más compleja de lo que suele suponerse, al abarcar: a) las prescripciones de derecho público que se alojan en el Código Civil; b) el ordenamiento federal o nacional que rige para la Administración Pública y sus relaciones con los particulares y c) el derecho administrativo local (provincial o municipal).

Y, si bien la materia de la responsabilidad del Estado pertenece al derecho público, no hay obstáculo alguno en que, para mantener el principio de unidad de la legislación común establecido en el art. 75, inc. 12, de la CN (cuya interpretación supera su exegesis literal), ella sea regulada, en sus contenidos básicos, por el CCCN, en virtud de la opción constitucional existente.

### *3.2. La técnica de la aplicación subsidiaria o supletoria de normas civiles al derecho administrativo*

En algunos supuestos, la ley prescribe la aplicación de otros ordenamientos especiales dentro del derecho público (por ejemplo, la aplicación del CPCC al procedimiento administrativo) o al ordenamiento civil, mediante una suerte de reenvío implícito, al no regular expresamente el caso. Este último supuesto, al igual que la analogía, requiere de un juicio que analice la compatibilidad de la norma prevista en el ordenamiento civil con los principios que informan al derecho administrativo. Pero, a diferencia de la analogía, que en su evolución técnica conduce a un proceso de adaptación y de consecuente creación de la norma aplicable al caso (por reducción o extensión interpretativa), una vez establecida la compatibilidad de la norma, ella se aplica con el mismo contenido y alcance (por ejemplo, la definición del dolo prescripta en el art. 271 del CCCN).

Es por demás obvio que la recurrencia a una norma subsidiaria limita la posibilidad de una aplicación discrecional por parte del juez, lo que lleva a Linares a preferir esta técnica a la analogía(27), dado que el arbitrio judicial es mucho mayor en este último caso en el que de la indeterminación del derecho aplicable surge “la discrecionalidad de la que al aplicarlo gozan los jueces”(28).

El mismo Linares admite las limitaciones que existen para aplicar subsidiariamente las normas del derecho civil, en cuanto sostiene que ello procede “salvo en la parte que sean incompatibles con el sustrato del caso o con ciertas evaluaciones, como intereses públicos”, “bien común público”, “intereses superiores de la Administración”, en cuyos supuestos subsiste, bajo este limitado aspecto, el caso no previsto por ley incompleta que debe resolverse por analogía mediante leyes de derecho administrativo o, en el último extremo, con principios generales del derecho administrativo o con los del derecho en general(29).

En resumidas cuentas, puede sostenerse que ante un vacío legislativo que involucrase a las tres especies antes señaladas, como configuradoras del caso administrativo no previsto, si la norma civil que regula una situación semejante o similar resulta total o parcialmente incompatible con los sistemas administrativos, cabe acudir a la técnica de la subsidiariedad. Mientras que si la norma es, total o parcialmente, incompatible con los principios del derecho público, incluyendo los principios generales que derivan de la teoría de la justicia, corresponde recurrir a la analogía, para derogar o restringir la norma similar o para realizar la integración de la norma mediante su interpretación extensiva, e inclusive, la creación de una nueva norma. Ello no implica abdicar del paradigma del gobierno de la ley, que siempre ha de preferirse al gobierno de los hombres (en el caso, de los jueces) sino cumplir con el mandato de fallar que pesa sobre estos, aun frente a las carencias legislativas, no con arreglo a un juicio subjetivo sino a uno objetivo, adaptando o creando la norma aplicable con apoyo en los principios del derecho público y en los principios generales del derecho(30), utilizando el método de la ponderación y los criterios de la razonabilidad práctica. Como regla general, ha de preferirse siempre la aplicación subsidiaria a la analógica, y así lo impone el principio de seguridad jurídica, y no es constitucional su interdicción, ya que el ordenamiento ha de interpretarse siempre en el sentido más favorable al ciudadano o entidad privada(31).

### *3.3. La técnica de la analogía para integrar las lagunas jurídicas*

Como ha sido reiteradamente afirmado(32), con bastante antelación por la ciencia del derecho, salvo para el positivismo kelseniano, el mundo jurídico no es cerrado ni hermético, y la pretensión positivista de considerarlo completo no pasa de ser una mera ficción ya que resulta prácticamente imposible que el legislador prevea todas las hipótesis de conflictos de derechos o principios que se dan en la vida real, sus situaciones fácticas y la justicia de las normas y razonamientos que deben utilizarse para resolver un caso.

Existen varias clases de interpretaciones analógicas, y aunque no es nuestro propósito profundizar dicha temática en este trabajo, no se puede soslayar, al menos, la clasificación más usual que de algún modo viene a coincidir o solapar parcialmente los criterios utilizados por Linares para configurar el llamado caso administrativo no previsto o lagunas jurídicas(33). Nos referimos a la *analogia iuris* y a la *analogia legis*.

La distinción proviene de la *interpretatio* del derecho romano, en el que se distinguía la *interpretatio iuris*, por la que se creaba una norma o principio por vía de la jurisprudencia, de la *interpretatio legis*, que concernía a la interpretación de la ley y de los negocios jurídicos(34), actuando más bien “dentro del terreno de la aplicación del derecho que de su hallazgo, revelación o invención”, tarea de menor fuerza creadora.

La analogía, en sentido amplio, puede definirse como aquel procedimiento de integración por el cual el juez, ante un vacío legislativo, aplica una norma o principio de otro ordenamiento que guarda semejanza con el caso no previsto cuando la diferencia es contingente y no esencial(35), adaptando la solución normativa similar sobre la base de los principios de la disciplina, o bien, creando la norma aplicable al caso mediante un proceso de integración con principios de orden superior, como los principios del derecho administrativo o los principios generales del derecho público.

En la doctrina civilista, la diferencia entre *analogia iuris* y *analogia legis* -siguiendo a Diez-Picasso y Guillon(36)- es posible establecerla, entre las diversas concepciones, de la siguiente manera: a) la *analogia legis* procede lógicamente de lo particular a lo particular; en la *analogia iuris* se procede de lo particular a lo general (principio general) y luego se aplica lo general obtenido a lo particular; b) en la *analogia legis* se toma como premisa del razonamiento únicamente una norma concreta, al no ser el caso a decidir subsumible en el supuesto jurídico de esa norma que, sin embargo, es semejante o guarda similitud con él. Los autores citados concluyen sosteniendo que existe la misma razón para decidir en el mismo sentido uno y otro supuesto (en el caso a decidir y en el previsto en el supuesto jurídico de la norma).

La *analogia iuris* no adopta como punto de partida una norma determinada, sino una sección o conjunto de ellas, de las que induce un principio general: el caso a decidir, sin ser igual a ninguno de los supuestos de hecho de las normas de ese conjunto, es, sin embargo, subsumible en el principio general de ese conjunto(37). Dicho concepto sobre la *analogia legis* resulta similar a la técnica de la aplicación “subsidiaria o supletoria” de las normas del CCCN al derecho administrativo. En esta línea, compartiendo las reflexiones que hace años hizo Betti en su magnífica obra sobre la teoría de la interpretación jurídica(38), no caben dudas acerca de que la vía normal de la interpretación es la aplicación subsidiaria y no la de la *analogia iuris*, la cual representa una hipótesis excepcional a la que pueden acudir los jueces para construir la norma en forma heterónoma, en base a los principios generales del derecho. Porque el derecho positivo privado, en tanto no resulte manifiestamente incompatible con el “abstracto” del derecho administrativo, debe prevalecer en el proceso de integración normativa para salvar los vacíos existentes en él.

Existen, sin embargo, otros enfoques o visiones. Así, un sector de los filósofos del derecho(39) limita la *analogia legis* a los supuestos de integración dentro de una misma ley u ordenamiento, considerando que la *analogia iuris* se da cuando se aplican materias enteras a otras no reguladas tal como acontece con la aplicación al derecho administrativo de las reglas del derecho privado(40).

A su vez, la labor de integración normativa o desenvolvimiento del derecho ha conducido a efectuar valiosos trabajos doctrinarios, en los que se distingue entre lagunas legales en sentido estricto y lagunas de regulación, así como entre lagunas manifiestas y ocultas, iniciales o posteriores(41), cuyas múltiples acepciones generan amplias posibilidades de integración con criterios diferentes.

En fin, para aplicar analógicamente preceptos del derecho privado, no se requiere que las normas de este último sean necesariamente iguales pero sí que concuerden con los principios del derecho público y sus valoraciones jurídicas.

#### 4. La interdicción de aplicar el CCCN en forma directa y subsidiaria a la responsabilidad del Estado

Como señalamos al comienzo, la interdicción de aplicar el CCCN a la responsabilidad del Estado surge tanto de la LRE(42) como del propio ordenamiento civil y comercial, si bien este último limita esa posibilidad a las normas del capítulo I del título V(43).

Desde el punto de vista lógico, el hecho de que el CCCN sea necesariamente aplicable para definir determinados presupuestos de la responsabilidad estatal (v. gr. condición jurídica de las personas y de las cosas, el concepto del dolo, etc.), ya fuera en forma directa o subsidiaria, demuestra que estamos ante un enunciado jurídico falso(44) o una reducción al absurdo. Al menos, traduce un grave error, que se caracteriza por configurar una interdicción legal arbitraria.

Se trata de un típico supuesto de arbitrariedad de la ley(45), entendida esta como acto contrario a la razón, a la justicia y, sobre todo, a la Constitución, ya que esta supone siempre que las leyes que dicte el Congreso no pueden conculcar el principio de razonabilidad(46) que se encuentra en la misma base del Estado de derecho.

Es que el legislador no ostenta un poder incondicionado que le permita dictar leyes irrazonables que respondan a meros “caprichos políticos”, constitutivos de la interdicción que existía en el antiguo derecho español mediante la ley del encaje(47).

Por lo demás, la arbitrariedad que cometió el legislador al sancionar dichas normas no impide acudir a la técnica de la analogía para aplicar los preceptos pertinentes del CCCN ante la presencia de una laguna jurídica o caso administrativo no previsto en el proceso de interpretación, que puede llegar hasta la creación completa de la norma. De ese modo, se reafirma la autonomía del derecho administrativo(48).

## 5

### Tres sectores emblemáticos de aplicación

#### de las normas del CCCN al derecho

#### administrativo de particular relevancia

#### para determinar la responsabilidad estatal

En el derecho administrativo, la recurrencia a las normas del ordenamiento civil y comercial(49), en cualquiera de las técnicas que hemos explicitado (directa, subsidiaria y analógica), lejos de ser una rareza dogmática, constituye un procedimiento común de integración, a condición siempre de respetar los principios que devienen de una finalidad que puede resumirse en el carácter público de la función que cumple la Administración, que, en definitiva, es la razón que justifica su autonomía científica y principios peculiares.

Veamos ahora tres sectores, entre otros tantos, en los que esa necesidad se manifiesta, con mayor intensidad, en la problemática concerniente a la responsabilidad del Estado.

#### *5.1. Los principios generales del derecho que prescribe el CCCN resultan operativos en el ámbito del derecho administrativo en tanto sean compatibles con los principios del derecho público*

En virtud de que los principios generales del derecho constituyen mandatos imperativos que vinculan a la Administración y a los administrados y dado que aun cuando no prescriban los supuestos de hecho aplicables prevalecen sobre las leyes así como respecto de los actos y contratos administrativos, la circunstancia de haberse incorporado positivamente al CCCN no los priva de su plena operatividad en el derecho administrativo. Como supuestos paradigmáticos de aplicación en dicha disciplina, basta con referirnos a los principios generales de buena fe(50) y al de confianza legítima, este último objeto de un constante y creciente desarrollo por parte de la doctrina administrativa(51) y de la jurisprudencia(52).

#### *5.2. La regulación de la responsabilidad*

#### *de los funcionarios públicos*

Otro punto de intersección entre el derecho administrativo y el derecho civil estriba en la regulación de la responsabilidad del funcionario público. Como es sabido, siguiendo la concepción francesa, ha prevalecido en nuestro país desde hace casi una centuria(53) la distinción entre la responsabilidad del Estado por falta de servicio (por el ejercicio irregular de funciones públicas) de la correspondiente a faltas personales, que, aunque cometidas por el funcionario, resultan ajenas al servicio a cargo de la Administración o de las cuales, en principio, responde solo al agente público(54).

Lo que hace la ley 26.944 es llevar al ámbito del derecho administrativo la responsabilidad al funcionario o agente público por daños ocasionados por el ejercicio de sus funciones públicas al cumplir de forma irregular las obligaciones que le están impuestas. Como el art. 1766 del CCCN prescribe que tal responsabilidad se rige por las normas del derecho administrativo nacional o local, según corresponda, va de suyo que en el sistema de la ley no se trata de una norma de derecho público común, circunstancia esta

que puede dar lugar a una diversidad de regímenes (nacionales y locales) susceptible de afectar el principio constitucional de unidad de la legislación de fondo.

El art. 9º de la LRE no consagra, pues, la irresponsabilidad de los funcionarios, sino que exige que el factor de atribución sea la culpa o el dolo, solución que estimamos correcta porque no hay razón alguna para atribuir carácter objetivo a la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos. En cuanto a la responsabilidad de estos últimos por falta de personal, esta se rige por los preceptos del CCCN habida cuenta que se trata de actividades llevadas a cabo fuera del ejercicio de la función, por lo que no hay razón ni principio alguno de derecho público que conduzca a regularla por el derecho administrativo.

### 5.3. Aplicación del CCCN a la responsabilidad contractual del Estado

La ley 26.944 no regula, prácticamente, la responsabilidad contractual del Estado, sino que se limita a prescribir una norma sin objeto. En efecto, al enunciado que prescribe algo tan obvio como que la responsabilidad contractual se rige “por lo dispuesto en las normas específicas”, la ley le adiciona otro realmente absurdo al disponer que “en ausencia de regulación se aplica esta ley en forma supletoria”(55), porque no puede concebirse su reenvío legislativo a un cuerpo de normas que nada tiene que ver con la responsabilidad emergente de la actividad contractual del Estado.

Se trata, pues, de otro enunciado que, además de inútil, es falso y arbitrario(56), por ser violatorio del principio de razonabilidad, ya que no se concibe que mediante un plumazo legislativo se derogue -por ejemplo- todo el régimen de las obligaciones, aplicables en subsidio a los contratos que celebra la Administración, cualquiera sea su naturaleza jurídica (contrato administrativo o contrato de objeto privado de la Administración)(57). ¿O acaso los jueces deberán construir la norma aplicable en cada supuesto en base a una dudosa fundamentación en el interés público? Resulta evidente que un régimen semejante coloca al particular no solo en una situación extraña de inferioridad impropia de un Estado de derecho en el cual deben prevalecer las libertades y derechos fundamentales de las personas (físicas y jurídicas), sino también ante una ausencia flagrante de seguridad jurídica, por lo que creemos que los preceptos cuestionados deberían ser declarados inconstitucionales por contrariar la garantía ínsita en el art. 28 de la CN, o bien, modificarse mediante leyes que, con pretensiones más modestas, mejoren la técnica legislativa(58) impidiendo la proliferación de leyes inútiles(59) ocasionales y confusas.

6

### Cuestiones de interpretación vinculadas

con los criterios y fundamentos que rigen

las indemnizaciones a cargo del Estado.

La aplicación de la justicia distributiva

en supuestos de excepción y la inaplicabilidad

de los principios del derecho civil

La falta de sincronización entre la parte dogmática de la ciencia jurídica y la filosofía del derecho así como con otras disciplinas no menos trascendentes, como la sociología y la economía política, han llevado a simplificar (cuando no a confundir o ignorar) el fundamento del deber de indemnizar a cargo del Estado en las diferentes situaciones jurídicas que se presentan en la vida de la sociedad y que reclaman la intervención estatal en procura de la realización del bien común.

Lo que no siempre se distingue es el deber del Estado ante acontecimientos extraordinarios de emergencia en los que se impone la justicia distributiva (en el caso, la típica justicia social según el enfoque moderno) con fundamento en los principios de solidaridad y subsidiariedad para remediar daños sociales, particularmente de los sectores más necesitados de la población cuando como consecuencia de la actividad estatal legítima o ilegítima se causan daños que afectan al patrimonio de las personas.

Las primeras especies de emergencias (tanto las provocadas por hechos de la naturaleza -por ejemplo, inundaciones- como por las crisis económicas) no generan *stricto sensu* responsabilidad estatal y no nace, por lo tanto, un derecho subjetivo a la indemnización, salvo que una ley lo reconozca. En tal caso, el derecho no nace del daño (a condición de que sea ajeno al Estado) sino de la ley que acuerda indemnizaciones o compensaciones con fundamento en la justicia distributiva o social, en la que prevalecen como criterios de reparación la necesidad y el mérito, y es legítimo acordar mejores condiciones de reparabilidad a los más necesitados.

En la teoría restrictiva clásica de los deberes, el deber del Estado constituye un deber moral que no deja de tener una significativa importancia política, aun cuando no sea directamente exigible por los particulares, aunque podría llegar a ser operativo (de operatividad derivada) según los casos, si la situación provoca la violación de alguno de los nuevos derechos constitucionales, como, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna.

Sin embargo, contrariamente, un sector de la doctrina que ha tratado este punto pensamos que la emergencia nunca puede justificar que todos los bienes privados se vuelvan comunes(60), porque una cosa es que la propiedad privada sirva al destino común de los bienes y que persiga una función social y otra que por una situación de emergencia se transforme en propiedad comunitaria o estatal, lo que implicaría, pese a no haberlo propuesto, caer en un franco colectivismo. Lo que produce la emergencia no es la pérdida de los derechos patrimoniales de las personas sino su suspensión o compresión hasta que se supere la situación que justifica las restricciones o limitaciones a los derechos personales o reales.

Como puede advertirse, el sistema del derecho civil, particularmente el previsto en el CCCN, no resulta aplicable a las situaciones descritas en las que se amplían, comprimen o restringen, según los casos, los derechos patrimoniales de las personas.

A continuación veremos que, a diferencia de las situaciones de emergencia provocadas por acontecimientos ajenos al Estado, la responsabilidad de este último por los daños provocados por su obrar legítimo que configuran sacrificios especiales de las personas da lugar a reclamar una justa indemnización con arreglo a los principios y criterios de la justicia conmutativa, máxime cuando las utilidades esperadas, en tanto sean razonables y susceptibles de comprobación, constituyan la principal causa de la indemnización (por ejemplo, un campo inundado por la realización de obras hechas por el Estado).

## 7

### **El problema de la medida de la indemnización**

#### **en la responsabilidad del Estado**

#### **por su actividad legítima**

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

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

De la discusión legislativa no surgen los fundamentos tenidos en cuenta para justificar dicha norma aunque tienen el apoyo de una parte de la doctrina(61) y de la jurisprudencia, en particular de la tesis propiciada en la disidencia que formuló la jueza Highton de Nolasco en el caso “Jacarandá”. Allí sostuvo que, como la indemnización -en tales casos- se regía por las reglas de la justicia distributiva (propia y exclusiva del derecho público), no correspondía indemnizar el lucro cesante(62).

Desde luego que no se puede desconocer que existe una vinculación estrecha, no siempre advertida, entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, que la mayor parte de los iuspublicistas no suelen abordar sino que deja su tratamiento para los filósofos del derecho. El conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, constituye una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico(63).

De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento y se separan del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia del predominio de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral(64), profundizando el rumbo marcado por Kant(65).

El problema del alcance de la indemnización -frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público- se plantea tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), mediante criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado, cuando este no está obligado a soportar los daños, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa(66). Pero la determinación de la medida de la indemnización no se



circunscribe solo al ámbito de la actividad legítima del Estado sino también respecto de las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima, aunque en estos casos existe consenso doctrinario y jurisprudencial sobre el principio aplicable, que es el de la reparación integral, que excluye los daños meramente eventuales o conjeturales(67), y exige que el perjuicio sea concreto(68).

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

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional -como el art. 19 de la CN- el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en dicha norma un criterio preciso(69), y así como no se puede sacar jugo de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla que no resulta del precepto sino de la mera inferencia de los juristas(70).

8

### **Inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones**

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la Ley de Expropiaciones(71), que circunscribe la indemnización al valor objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación, con exclusión del lucro cesante, máxime cuando este concepto ha sido interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso sus fuentes doctrinarias que consideraban indemnizables el valor empresa en marcha(72) así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (por ejemplo, un campo inundado por una decisión del poder público). Por nuestra parte, hemos propiciado una posición amplia considerando que solo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético(73), y en la misma línea se ha propiciado una interpretación amplia del concepto de daño emergente al que se atribuye tener contornos difusos(74).

En ese sentido, si bien se ha reconocido que la figura de la expropiación por utilidad pública tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones distintas(75) (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspasa al dominio estatal, no así en la segunda). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado(76), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas(77) y no es apta para determinar el daño moral.

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden advertir, en los fallos de la Corte(78), una tendencia hacia la reparación amplia(79), que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), que en la terminología corriente suele denominarse “reparación integral”(80).

Es así que la jurisprudencia de la Corte de la última década, desde el caso “Jacarandá”(81), registra dos precedentes posteriores en los que mantuvo la línea que se inclina en los fallos “Zonas Francas”(82) y “Malma Trading”(83) por la procedencia de indemnizar el lucro cesante en supuestos de responsabilidad por la actividad estatal legítima (sujeta a la acreditación del efectivo y concreto perjuicio en base a la prueba producida en el proceso).

En rigor, aun cuando la reparación nunca puede ser integral, ya sea porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (por ejemplo, los gastos que demanda a un testigo la obligación de comparecer) como por el hecho de que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v. gr. las consecuencias casuales y las remotas)(84), ella debe ser lo más amplia posible, restableciendo la igualdad de la justicia conmutativa(85), porque restituir no implica otra cosa que volver a la situación en que se encontraba la persona, fundamentalmente con la plenitud de sus derechos patrimoniales, antes del acto dañoso causado por el Estado.

9

### **Fundamento constitucional del principio de la justa indemnización**

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la medida de la reparación o restitución (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro

cesante. En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuentes jurídicas directas con jerarquía constitucional, los cuales resultan superiores a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana ha prescrito el principio de la “justa indemnización”, en dos de sus artículos.

El primero de ellos prescribe que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”(86), mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización”(87). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento constitucional del principio de la justa indemnización(88), concepto jurídico que se ha asimilado al de reparación integral(89) o amplia(90).

10

## **El principio de la justa indemnización**

### **y la justicia conmutativa**

La clave para desentrañar el problema interpretativo antes descrito se encuentra en la comprensión del concepto jurídico indeterminado “justa indemnización”, lo que hace necesario acudir a la teoría de la justicia para determinar a qué especie o clase de justicia pertenece dicho principio. Al respecto, se ha sostenido que la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima estribaría en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad estatal y sus partes, conforme a criterios de distribución, mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo a los principios y reglas del derecho común o privado. En tal sentido, en su disidencia en el caso “Jacarandá”, la jueza Highton de Nolasco sostuvo que “a diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva” y que “la diferencia básica entre la regulación privatística y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula las relaciones entre los particulares fundamentalmente sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad representada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente, o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución”(91). Se trata de una tesis errónea, pasible de objeciones constitucionales, en tanto conculca los derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución (arts. 14 y 17, CN), transformando un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa en otro basado en el modelo distributivo.

Ante todo, la concepción de Tomás de Aquino sobre la justicia conmutativa como una de las especies de justicia particular y su distinción con la justicia distributiva, incardinadas ambas en la justicia general, llamada legal por Aristóteles, implica un desarrollo realmente original de la concepción aristotélica que las unificaba dentro del concepto de justicia correctiva. Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan, inmediatamente, a la ordenación de los bienes singulares de cada persona(92) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas(93). Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal, pues mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución del patrimonio o acervo común del Estado, la restitución se realiza según el criterio de la justicia conmutativa(94), circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el cardenal Cayetano(95), cuando sostuvo que la justicia distributiva es la justicia del Estado, ha sido la principal fuente de las confusiones y equívocos en que se ha incurrido al interpretar la teoría aristotélico-tomista de la justicia(96). En rigor, se trata de concepciones e ideas que corren por andariveles distintos, gestadas en otro contexto histórico. No obstante ser de vigencia actual, su extrapolación ha de efectuarse con sumo cuidado cuando se pretende interpretar el modelo original, cosa que no siempre se hace.

Es verdad que algunas concepciones, como la de Rawls, han tomado como punto central de su teoría sobre la justicia, una concepción, que inspirada en Rousseau y en Kant, podría suponerse que eclipsa la existencia y razón de ser de la justicia conmutativa en cuanto postula que “todos los valores sociales, libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y las bases del respeto asimismo deben distribuirse igualmente a menos que una distribución desigual de cualesquiera y de todos estos bienes sea ventajoso para todos”(97), lo cierto es que se trata de una construcción que tiene por objeto exclusivo la justicia distributiva o justicia social(98), y se halla orientada al estudio de los aspectos sociológicos y políticos de los repartos económicos y sociales más que a la filosofía del derecho.

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

Si bien en las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa) se contribuye a la realización del bien común, ambas se encuentran respectivamente condicionadas(99), y se debe tener en cuenta que la observancia del principio de subsidiariedad y el respeto por la propiedad privada “en la mayoría de los tiempos y lugares” constituyen exigencias de la justicia(100), tanto de la justicia conmutativa como de la justicia general. A su vez, la justicia particular ha de acomodarse a la justicia general en cuanto a su ordenación al bien común(101), a cuyo alrededor gira toda la problemática filosófica de la justicia(102).

11

## **La compensación en la justicia distributiva**

**es distinta de la restitución que se realiza**

**en la justicia conmutativa**

Veamos las diferencias que existen en materia de compensación, según se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: “Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya citados, p. 75, no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia”(103). Precisamente, ello es lo que acontece en el campo de la expropiación al excluir el lucro cesante de la indemnización. En este sentido, superando nuestra opinión anterior, resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el particular expropiado sufre una lesión patrimonial por un acto voluntario del Estado y el daño es singular, no producido por la vida en común, aunque el resarcimiento provenga de un patrimonio común perteneciente a la comunidad estatal(104).

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

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

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

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

De lo contrario, el Estado podría acudir al modelo de la justicia distributiva y limitar las indemnizaciones debidas convirtiendo la propiedad privada en pública o semi-pública, como pretenden los exponentes

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

Por otra parte, resulta equivocado interpretar la conmutatividad como un intercambio, pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, pues se refiere a los cambios en general(105), y menos aún interpretar que la pareja justicia distributiva-justicia conmutativa se corresponde con la de derecho público-derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva en el derecho privado (v. gr., en la quiebra y en el derecho laboral) y de justicia conmutativa en el derecho público (por ejemplo, en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos(106) hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional(107) al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

Esta conclusión implica que la indemnización -en las relaciones regidas por la justicia conmutativa-, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante(108), ya sea producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, tanto legítima como ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez”(109).

Por lo demás, el mismo criterio que ha utilizado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta válido para sustentar la tesis que propiciamos ya que, si bien no relaciona el criterio adoptado con la teoría de la justicia, acierta esencialmente, al afirmar que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito”(110) y que “el principio de la reparación ‘justa e integral’ debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica”(111).

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

Cabe también destacar como una respuesta valiosa para resolver el problema de la medida de indemnización la solución que propugnó un sector de nuestra doctrina(112), en el sentido de que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la actividad ilegítima. No obstante, por más dudas(113) que puedan suscitarse al respecto, resulta evidente que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparación que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, reglamentaria o legislativa legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar *a priori*. Esta determinación dependerá de la prueba que pueda acreditarse en cada caso, con arreglo al principio de reparación amplia y las reglas de restitución propias de la justicia conmutativa.

12

## **Conclusiones sobre la aplicabilidad del principio de la “justa indemnización” a los daños provocados por la actividad legítima del Estado**

En definitiva, el principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la actividad legítima del Estado, ya sea esta de naturaleza administrativa (unilateral, contractual o reglamentaria) como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas, y si bien en un acto jurídico o contrato pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modelo distributivo(114), resulta equivocado identificar el derecho público con la justicia distributiva, dejando inaplicables las reglas de la restitución propias de la justicia conmutativa, que son las únicas que permiten recomponer la desigualdad y cumplir de ese modo con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) y con el consiguiente deber de reparar, dado que no es justo que una persona sufra un sacrificio especial cuando no está obligada a soportar el daño.

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

No se puede desconocer que, en un mundo asediado por las sucesivas crisis que afectan la economía de las naciones y, por ende, de los ciudadanos, se acrecienta la importancia de la justicia distributiva para remediar los males que aquellas provocan en todos los sectores sociales (particularmente entre los que menos tienen). Pero el modelo de justicia distributiva, ya fuera dirigido por los gobernantes, los cuerpos intermedios o las organizaciones privadas, no puede aplicarse a costa de la degradación de las libertades y demás derechos individuales, como la propiedad privada(115), pues una política semejante de orientación colectivista afecta la plenitud de la justicia. Ello no implica relegar la trascendencia de una política distributiva para compensar los daños provocados por acontecimientos extraordinarios o situaciones de emergencia no provocadas por agentes del propio Estado, como parte de una política legislativa orientada a la realización del bien común.

La política distributiva no debe confundirse con la justicia distributiva. Mientras esta última implica una relación de alteridad que genera un vínculo obligacional y un respectivo derecho, la política distributiva tiene su fundamento en la equidad social y en el principio de solidaridad, y establece deberes y derechos que poseen muchas veces una operatividad derivada, en cuanto se hallan limitados por las posibilidades financieras de los Estados (por ejemplo, el derecho a la vivienda digna) y requieren de decisiones legislativas y/o administrativas que los hagan efectivos. El concepto de justicia social que utiliza la Doctrina Social de la Iglesia abarca tanto la justicia distributiva clásica como la equidad social basada en los principios de solidaridad y dignidad de la persona humana. Esto no significa que los gobernantes dejen de ser responsables ante la comunidad social de una política distributiva que carezca de equidad y que, en el fondo, conculque el bien común.

En el Estado moderno, las dos especies de justicia particular deben funcionar en forma armónica. Dar prevalencia al modelo distributivo relegando la justicia conmutativa como regla o criterio general implica otorgar carta blanca al Estado para que no cumpla el deber de reparar cuando por su actividad ocasiona daños injustos a los particulares y, lo que es aún peor, caer en una pendiente colectivista que frustra el auténtico progreso y la propiedad privada(116), que siempre ha de orientarse a la realización del bien común.

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

(\*)

(1) Arts. 1764 y 1765 del CCCN.

(2) Art. 3º, ley 26.944.

(3) Linares, Juan F., Caso administrativo no previsto, Buenos Aires, Astrea, 1976, pág. 17 y sigs.

(4) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1990, t. I, pág. 175 y sigs.; Gordillo, Agustín A., Introducción al derecho administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 163/168 y nuestros libros Acto administrativo (teoría y régimen jurídico), Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 12 y sigs., y Curso de derecho administrativo, 10ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, págs. 94/95.

(5) Una crítica exhaustiva de la ley que regula la responsabilidad del Estado puede verse en: Galli Basualdo, Martín, La Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación, Alberto J. Bueres (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. 3, pág. 101 y sigs.

(6) Al respecto véase: Velasco Caballero, Francisco, Derecho público más derecho privado, Madrid, Marcial Pons, 2014, pág. 21 y sigs.

(7) Laurent-Frier, Pierre - Petit, Jacques, Droit Administratif, 7ª ed., París, Montchrestien, 2012, pág. 41.

(8) Arts. 33 y 2340 del cód. civil de Vélez Sarsfield.

(9) Arts. 146, 235 y 236 del CCCN.

(10) Vid. Finnis, John, Ley natural y derechos naturales, trad. del inglés, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 131 y sigs.

(11) *Ibidem*, especialmente págs. 316/317.

(12) Ampliar en: Coviello, Pedro J. J., Los principios y los valores como fuente del derecho administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2009, pág. 746 y sigs.; Vigo, Rodolfo L., Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 127 y sigs.

(13) Ver nuestro libro: Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo), Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 21 y sigs.

- (14) Fernández, Tomás R., De la incuria de los legisladores y de la banalidad, la incoherencia y la arbitrariedad de las leyes, en el libro *Sobre la ley, el poder discrecional y el derecho* (que contiene tres estudios del autor y otros tantos trabajos nuestros), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pág. 6.
- (15) Aberastury, Pedro, Principios de la responsabilidad del Estado en la obra *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pág. 11.
- (16) *Ibidem*, pág. 48 y sigs.
- (17) Perrino, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 251 y sigs.
- (18) Fallos: 329:759 (2006).
- (19) Sobre el concepto del derecho común véase: Aberastury, Pedro, *Las funciones de la Administración y el derecho común. Un aspecto del caso "Angel Estrada"*, en *Reda N° 58*, Buenos Aires, Depalma, 2006, pág. 51.
- (20) En 1950, otro de nuestros grandes maestros, Jorge Tristán Bosch publicó un trabajo notable de investigación sobre la responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América (la *Crown Proceedings Act, 1947* y la *Federal Tort Claims, 1946*), *La Ley*, 57-895.
- (21) Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos de América, la inmunidad soberana protegió al gobierno federal, a los gobiernos estatales y a sus empleados de ser demandados sin su consentimiento. A partir de mediados de la década de 1900, sin embargo, comenzó a morigerarse el principio de la inmunidad soberana. En 1946, el gobierno federal aprobó la *Federal Tort Claims Act (FTCA, 28 USC § 2674)*, renunciando, para el caso de algunas acciones, a la inmunidad para ser demandado y responsabilizado. Por efecto de imitación, muchas legislaturas estatales promulgaron también leyes para definir los límites de la inmunidad para los organismos y empleados de los estados. Actualmente, las leyes de reclamos a los estados por responsabilidad civil (*State Tort Claims Acts*) siguen mayormente el modelo de la FTCA, sustituyen la venia legislativa como requisito para promover demandas por daños contra los Estados de la Unión. Salvo el caso de Alabama (cuya constitución prohíbe, en el art. 1º, § 14, que el estado sea demandado en juicio), la mayor parte de estas leyes o bien proporcionan una renuncia general de inmunidad con ciertas excepciones, o bien legalizan la inmunidad con exenciones limitadas que solo se aplican a ciertos tipos de demandas. Por otra parte, existen las leyes de reclamos contra los Estados (*State Claims Acts*), que son otro tipo de leyes -distintas de las *State Tort Claims Acts*-, que si bien también sirven a la limitación de la inmunidad para las demandas contra los estados, establecen tribunales especiales de reclamaciones, juntas o comisiones (mayormente dependientes del Poder Ejecutivo) para resolver reclamos contra el Estado (generalmente, por fuera del régimen de la responsabilidad civil, pero no necesariamente), y también pueden limitar los daños o establecer determinadas excepciones a la responsabilidad. Connecticut, Illinois, Kentucky, Carolina del Norte y Ohio cuentan con este tipo de leyes. Al menos 33 estados limitan o ponen tope a las sumas dinerarias por los daños que pueden ser reclamados en juicios contra el Estado y/o funcionarios, y por lo menos 29 estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares. Por ejemplo, Wisconsin establece un tope de US\$ 250.000 para los casos de responsabilidad de funcionarios estatales, pero no para las condenas contra el Estado o sus organismos (*Wis. Stat. Ann. § 895.46.6*). Asimismo, existe en los Estados Unidos la diferenciación entre "actos de gestión" (*proprietary actions*) y "actos de gobierno" (*government actions*). Estos últimos excluyen la responsabilidad de los estados. Sin embargo, la determinación de cuáles actos son de gestión y cuáles de gobierno es materia de opiniones diversas, aun en la jurisprudencia. Algunos Estados han abolido esta distinción (por ejemplo, Wyoming; *Wyo. Stat. §1-39-101.b*; y Nuevo México, *N.M. Stat. Ann. §41.4.2*). La Conferencia Nacional de Legislaturas Estadales (*National Conference of State Legislatures o NCSL*) enumera las leyes y las disposiciones constitucionales de los estados y del Distrito de Columbia relativas a la inmunidad de responsabilidad civil y las demandas contra el Estado (disponible en <http://www.ncsl.org/research/transportation/state-sovereign-immunity-and-tort-liability.aspx>).
- (22) Linares, Juan F., *Caso administrativo...*, cit., pág. 18.
- (23) Art. 3º, CCCN.
- (24) Art. 6º, CCCN.
- (25) Art. 1º, inc. e), apart. 2º, LNPA.
- (26) Arts. 146 y 148, CCCN.
- (27) Linares, Juan F., *Caso administrativo....*, cit., págs. 124 y sigs.
- (28) Fernández, Tomás R., *Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, en el libro cuya autoría compartimos *Sobre la ley...*, cit., pág. 55.
- (29) *Ibidem*, pág. 124.
- (30) La recurrencia a los principios generales del derecho ante la falta de texto expreso para resolver un caso se encuentra prevista en el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que reproduce en lo substancial el art. 159 de la anterior Constitución.
- (31) CADH, art. 2º, el desarrollo de este principio puede verse en nuestro libro: *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Madrid, Reus, 2016, pág. 64 y sigs.
- (32) Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. del alemán, Barcelona, Ariel, 1966, pág. 123 y sigs., recuerda que su maestro Binder decía que el derecho positivo de una época "no puede estar nunca terminado ni libre de lagunas".

- (33) Una tipología interesante sobre las lagunas jurídicas es la que distingue entre lagunas normativas (cuando las situaciones relevantes de hecho no están reguladas, ni identificadas como reglas de un mismo sistema) y las lagunas ideológicas o axiológicas, en las que existe una norma para regir el caso pero esta se presenta como disfuncional (por ejemplo, la situación que se planteó en la Suprema Corte norteamericana en el conocido caso "Riggs vs. Palmer"). En rigor, mientras la laguna normativa se asemeja a la técnica de la subsidiariedad, la laguna axiológica es un supuesto de analogía iuris, véase: Barberis, Mauro, Introducción al estudio del derecho, trad. del italiano, Lima, Palestra, 2015, págs. 182/183.
- (34) Fernández de Buján, Antonio, Derecho público romano, 17ª ed., Madrid, Civitas, Thomson-Reuters, 2014, pág. 207.
- (35) Cianciardo, Juan, La interpretación en las fronteras del sistema jurídico (Consideraciones a propósito de la analogía, la justicia distributiva y el derecho de propiedad) en la obra colectiva Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales, Alarcón Carlos Cabrera y Rodolfo L. Vigo (coords.), Buenos Aires, Marcial Pons, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2011, pág. 167 y sigs., especialmente pág. 168.
- (36) Díez-Picazo, Luis - Guillón, Antonio, Sistema de derecho civil, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, vol. I, pág. 201.
- (37) Conf. Tobías, José W., Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético, Jorge H. Alterini (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I.
- (38) Betti, Emilio, La interpretación jurídica. Páginas escogidas, traducción del italiano de textos escogidos del autor compilados por Alejandro Vergara Blanco, Santiago de Chile, LexisNexis, 2006, pág. 135.
- (39) Goldschmidt, Werner, introducción filosófica al derecho, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, págs. 296/297.
- (40) *Ibidem*, pág. 297.
- (41) Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, trad. del alemán de la 6ª ed., 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2001, pág. 363 y sigs. Esta última edición, publicada en Alemania tras el fallecimiento del autor, contiene uno de los estudios más completos hechos sobre el tema en la ciencia del derecho.
- (42) Art. 1º, LRE.
- (43) Art. 1764, CCCN.
- (44) Vigo, Rodolfo L., Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias, Buenos Aires, UCA - Facultad de Derecho - Educa, 2015, pág. 546, subraya la importancia de la verdad en las decisiones judiciales, la cual cabe extenderla a las leyes ya que, como apunta Michele Taruffo "la verdad es condición de la justicia" (pág. 546).
- (45) Ampliar en Fernández, Tomás R., De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Madrid, Civitas, 1998, pág. 15 y sigs., destaca la singularidad del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos del derecho español (págs. 29/40) señalando que dicho principio vincula al legislador al prohibirle sancionar normas irrazonables que, en definitiva, son "expresión desnuda de la voluntad pura y simple de las autoridades y gobernantes" (pág. 20).
- (46) Art. 28, CN.
- (47) Ampliar en nuestro libro: El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Buenos Aires, Marcial-Pons, 2009, pág. 196.
- (48) Sobre la analogía, como técnica interpretativa reafirmatoria del derecho administrativo, véase: Silva Tamayo, Gustavo E., La voluntad en los actos administrativos, Buenos Aires, Rap, 2013, págs. 77/78.
- (49) Vid.: Bustelo, Ernesto, Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación. Su aplicación al ámbito del derecho administrativo, en Derecho administrativo. Legislación usual comentada, Karina Cicero (dir.), Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2015, t. II, pág. 827 y sigs
- (50) Art. 9º, CCCN. Si bien en el CCCN el principio figura en el capítulo referido a la interpretación de los contratos, se trata de un principio general común a todo el derecho y, como tal, aplicable al derecho administrativo.
- (51) Coviello, Pedro J. J., La protección de la confianza del administrado, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2004, pág. 33 y sigs.
- (52) CS, "Asociación Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA) y otros c. EN-dto. 746/03-AFIP s/medida cautelar (autónomo)", fallado el 28-10-14.
- (53) Bielsa, Rafael, Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo, Buenos Aires, Lajouane, 1923, págs. 31/33 (nota 5).
- (54) Art. 1766 del CCCN, que reproduce el art. 1112 del código de Vélez Sarsfield. La concepción de esta norma vuelve a circunscribir dicho precepto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, apartándose así de la doctrina de la Corte, establecida a partir del caso "Vadell".
- (55) Art. 10, LRE.
- (56) El juicio de verdad es consustancial en la dialéctica aristotélica. En el caso, la falsedad legislativa radica en prescribir un reenvío a una normativa que no regula la materia.
- (57) Cfr. Mairal, Héctor A., La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial, ED, 260-641; Sáenz, Jorge A., La responsabilidad contractual en el derecho público argentino en la obra Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2007, pág. 82.

- (58) Vigo, Rodolfo L., Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 301/304.
- (59) Muñoz Machado, Santiago, Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional, en el libro Cinco estudios para legislar, Madrid, Civitas, 1986, pág. 183 y sigs. En dicho trabajo Muñoz Machado anticipó los graves problemas que sobrevendrían a raíz de los conflictos normativos que provocó en España el choque entre las regulaciones del Estado y las correspondientes autonomías, cuyas respectivas competencias no estuvieron bien deslindadas en la Constitución, habiéndose pretendido solucionar el problema mediante la regla de la supletoriedad.
- (60) Cianciardo, Juan, La interpretación en las fronteras del sistema jurídico (consideraciones a propósito de la analogía, la justicia distributiva y el derecho de propiedad) en la obra Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales, Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo L. Vigo (coords.), Buenos Aires, Marcial Pons-Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2011, pág. 178.
- (61) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. III-A, pág. 468 y t. II (nº 507 especialmente, nº 526), 4ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 630, consideraba que tenía un fundamento sustancialmente igual al de la expropiación por utilidad pública, posición que reitera en su conocido trabajo: El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado, ED, 114-949, y en otro que escribió a posteriori al que tituló Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado, LL, 1993-E-912; véase, en la misma línea: Comadira, Julio R., Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros ensayos, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, pág. 368.
- (62) Se trata de silogismo defectuoso pues, aun suponiendo que la relación fuese de justicia distributiva, si bien podría limitarse la indemnización por la ausencia de recursos suficientes del fondo o haber común objeto de la distribución, no hay fundamento alguno (ni por analogía o en base al argumento a contrario) que justifique no indemnizar un determinado componente del daño, elegido a priori en forma arbitraria.
- (63) Véase: Bunge, Mario A., Memorias: entre dos mundos, Buenos Aires, Gedisa-Eudeba, 2014, págs. 234/237.
- (64) Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones -por ejemplo- entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal, el cual ha seguido sus propias aguas contrariando el enfoque sistémico que debería haber conducido a esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.
- (65) Como lo destaca Barberis, Mauro, Juristas y filósofos. Una historia de la filosofía del derecho, trad. del italiano, Communitas, Lima, 2015, pág. 90.
- (66) En Francia se la denomina "responsabilidad sin falta", véase: Morand-Deville, Jacqueline, Cours de Droit Administratif, pág. 725 y sigs.
- (67) Véase Aberastury, Pedro, La nueva Ley de Responsabilidad del Estado, ADLA, 2014-25, pág. 4.
- (68) Lamoglia, Carlos M., Responsabilidad del Estado: aspectos para el estudio de la ley 26.944, RAP, Nº 437, Buenos Aires, 2015, pág. 134.
- (69) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación del contrato de obra pública, Buenos Aires, Astrea, 2014, pág. 56 y sigs., analiza, con rigor científico, los principales leading cases en materia de responsabilidad contractual y extracontractual por actividad legítima.
- (70) Laplacette, Carlos J., Derecho constitucional a la reparación de daños, LL, 2012-E-1045.
- (71) El art. 10 de la ley 21.499 preceptúa: "La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".
- (72) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, t. IV, págs. 253/254.
- (73) Cfr. nuestro Curso de derecho administrativo, cit., págs. 286/287.
- (74) Balbín, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, pág. 447.
- (75) Conf. Aberastury, Pedro, Principios de la responsabilidad del Estado, en Responsabilidad extracontractual del Estado, Pedro Aberastury (dir.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pág. 43.
- (76) CS, Fallos: 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. IV, cit., págs. 241/242; Maiorano, Jorge L., La expropiación en la ley 21.499, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1987, pág. 62; y nuestro Curso de derecho administrativo, t. II, cit., pág. 285.
- (77) Perrino, Pablo E., Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, LL, 2014-C-1078.
- (78) Vid. Conde, Analía, La responsabilidad del Estado por su función legislativa, en Responsabilidad extracontractual del Estado, cit., págs. 197/202.
- (79) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., pág. 173.
- (80) Coviello, Pedro J. J., La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, EDA, 2000/2001-418, sostiene que se trata de un principio de rango constitucional.
- (81) Fallos: 328:2654 (2005).



- (82) Fallos 328:2654 (2009).
- (83) CS, fallo del 15-5-14, LL, 2014-C-262.
- (84) Art. 901 del Código de Vélez Sarsfield, art. 1727 del nuevo CCCN.
- (85) Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, vol. VIII, Tratado de la Justicia, Madrid, BAC, 1956 II-II, q. 62 a.5.
- (86) Art. 21, ap. 2º, CADH
- (87) Art. 63, ap. 1º.
- (88) Perrino, Pablo E., El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público, en la obra colectiva La contratación pública, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. 2, págs. 1128/1129; Laplacette, Carlos J., Derecho constitucional..., cit.; Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., pág. 154 y sigs.; Ibarlucía, Emilio A., El derecho constitucional a la reparación, Buenos Aires, Ábaco, 2013, pág. 50 y sigs.
- (89) Véase: Ibarlucía, Emilio A., El derecho constitucional..., cit., pág. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (pág. 125).
- (90) Cardaci Méndez, Ariel, Revocación..., cit., pág. 172 y sigs.
- (91) Voto en disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la causa "El Jacarandá S.A.", expuesto en Fallos: 328:2654.
- (92) Suma Teológica, cit., t. VIII, Tratado de la Justicia, II-II, q. 58 a.7.
- (93) Finnis, John, Ley natural y derechos naturales, trad. de Cristóbal Orrego S., cit., pág. 208.
- (94) Suma Teológica, cit., II-II q. 62 a.1.
- (95) El error principal de la deformación que introdujo Cayetano consistió en sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado, algo que jamás pasó por la mente de Tomás de Aquino; sobre este punto puede verse un correcto análisis en Finnis, John, Ley natural..., cit., págs. 213/216. De ahí que algunos autores pasaron a identificar la justicia distributiva con el derecho público (entre nosotros, es la tesis que luego de su primer libro ha vuelto a desarrollar Barra, Rodolfo C., en Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. 1, pág. 123 y sigs., especialmente pág. 155 y sigs.).
- (96) Véase: Rossi, Abelardo F., Aproximación a la justicia y a la equidad, Buenos Aires, Educa, 2000, pág. 21 y sigs., especialmente pág. 22, afirma que el todo no es el Estado; Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, págs. 38/49, tampoco incurre en esa confusión. Al respecto, expusimos la opinión del texto en sucesivos trabajos: La igualdad en la contratación administrativa, ED, 101-899, entre otros, y en las distintas ediciones de nuestro Derecho administrativo, y últimamente en el Curso de derecho administrativo, 10ª ed., cit., pág. 21 y sigs.
- (97) Rawls, John, Teoría de la justicia, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 84.
- (98) Ferrater Mora, José, Diccionario de filosofía, Barcelona, Ariel, 1999, t. IV, pág. 2997, señala que en la teoría de Rawls "la justicia es entendida primariamente en sentido social: se trata de saber cómo se distribuyen los derechos y deberes en las instituciones sociales y de qué modos pueden conseguirse las máximas ventajas que puede ofrecer la cooperación social", ver Rawls, John, Teoría de justicia..., cit., pág. 75.
- (99) Finnis, John, Ley natural..., cit., pág. 199.
- (100) Ídem.
- (101) Ibídem, págs. 194/195.
- (102) Ibídem, pág. 196.
- (103) Ibídem, págs. 209/210.
- (104) Said, José L., Responsabilidad del Estado y justicia distributiva, RAP, nº 370, pág. 45 y sigs., sostiene en un interesante trabajo, que no comparto por las razones expuestas en el texto, la aplicación del modelo distributivo, con apoyo en citas de Rawls y Finnis, que en, muchos puntos de fondo, resultan incompatibles. En particular, el párrafo que cita de la obra de Finnis (Ley natural..., cit.), se transcribe incompleto, probablemente fruto de la pasión que pone el autor para demostrar la razón de la tesis que sostiene. La postura de Finnis no coincide con la que sustenta dicho autor, habida cuenta su radical oposición a identificar la justicia distributiva con la justicia del Estado.
- (105) Finnis, John, Ley natural..., cit., pág. 207.
- (106) La Corte ha entendido que el principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75, inc. 22, CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último es discutible cuando se alteran principios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, no obstante que la tendencia seguida por la Corte Suprema a partir del caso "Mazzeo" (Fallos: 330:3248) ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente. No compartimos este argumento pues, de ser así, la norma constitucional no tendría sentido y sería superflua.
- (107) Rossi, Abelardo F., Aproximación..., cit. pág. 38, explica con meridiana claridad la diferencia que hay entre las dos especies de justicia, del siguiente modo: "Ocurre que de distinta manera se debe lo que es propio y lo que es común. Lo primero se debe a un individuo en su totalidad y como de su exclusiva pertenencia haciendo abstracción de la existencia de otros acreedores del mismo deudor y de los bienes de que este pueda disponer. Lo que es común, en cambio, se debe a una 'parte' (no a un individuo o grupo de individuos) y esto significa que se le debe pero teniendo en cuenta también que hay otras partes que tienen derecho a participar de él, porque la noción misma de parte implica esencialmente la existencia de una u otras partes y del todo orgánico que, en cuanto tales, integran. Todo y parte son conceptos que

necesariamente se condicionan. La Justicia Distributiva no es retributiva, no es compensativa, es repartitiva. Pero es justicia [...] y la parte es titular de un derecho estricto -como el acreedor en la conmutativa- lo que no es estricto es la medida de ese derecho que no depende de un valor fijo compensatorio de otro valor fijo (res ad rem) sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y del quantum de los bienes distribuibles. La igualdad en la distributiva es proporcional: la fórmula sería 'como una parte es a otra parte en el todo, así debe ser la porción de los bienes comunes que pertenece a una y a otra'. La forma de igualdad que aquí campea es distinta a la de la justicia conmutativa, pero el derecho y la obligación tienen la misma entidad e igual virtualidad".

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

(109) Corte IDH, 17-8-90, in re "Velázquez Rodríguez", interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67, Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrs. 27 y 28.

(110) CS, Fallos: 250:135 (voto del juez Boffi Boggero).

(111) CS, Fallos: 295:973.

(112) Estrada, Juan R. de, *Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad conforme a derecho)*, ED, 102-843; Bustelo, Ernesto, *Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?*, en *Estudios de derecho administrativo XI*, Mendoza, IEDA, Diké, 2004, págs. 385/391.

(113) Bustelo, Ernesto, *Responsabilidad del Estado...*, cit., pág. 391.

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

(115) Véase Messner, Johannes, *La cuestión social*, trad. del alemán, Madrid, Rialp, 1976, págs. 101/105.

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