

Título: Panorama de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 10/08/2022, 1 - LA LEY2022-D, 534

Cita: TR LALEY AR/DOC/2369/2022

Sumario: I. Dificultades que exhibe el tema.— II. Tipología de los grandes sistemas del derecho comparado en función del sujeto responsable. El dilema entre responsabilidad del funcionario o responsabilidad del Estado. Los sistemas mixtos.— III. Responsabilidad extracontractual y contractual.— IV. Los requisitos de atribución de la responsabilidad estatal en el derecho español.— V. Otros factores objetivos de atribución de responsabilidad: el riesgo creado y el sacrificio especial.— VI. Los requisitos básicos e invariables de la responsabilidad: el daño, la imputabilidad material del perjuicio y la relación de causalidad.— VII. Continuación. El alcance de la indemnización: la reparación del lucro cesante.— VIII. La responsabilidad por la actividad contractual.— IX. La responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial.— X. Balance conclusivo.

(*)

I. Dificultades que exhibe el tema

El gran administrativista francés Maurice Hauriou decía que el tema de la responsabilidad del Estado, junto a la decisión ejecutoria y el contencioso-administrativo, eran las tres instituciones que justificaban la existencia del derecho administrativo como disciplina autónoma y la clave en la estructuración del Estado de Derecho.

Esa apreciación no es producto de la imaginación de un jurista sino de la realidad, ya que, muchas veces, para averiguar cuáles son las características centrales del derecho administrativo de cada país basta con indagar cómo funciona, en el plano efectivo y, por tanto, real, el sistema que rige la responsabilidad del Estado.

Y aquí, precisamente, comienzan las aporías e interpretaciones contradictorias, porque, como es sabido, se trata, en la mayoría de los ordenamientos comparados de un conjunto de reglas, de creación jurisprudencial, respecto de las cuales no puede hablarse de un sistema positivo armónico e integrado, salvo excepciones (1).

Esta característica hace que la doctrina empeñe sus esfuerzos para extraer de la casuística jurisprudencial los principios y criterios generales que le dan andamiaje al sistema de responsabilidad. Pero como la doctrina, a diferencia de la ley, tiene la desventaja de su diversidad y fragmentación, suele ser difícil, si no se conocen las peculiaridades existentes en los respectivos países y, sobre todo, su jurisprudencia, determinar los fundamentos y requisitos que rigen en los derechos comparados. Esta es la primera aporía que hay que sortear a la hora de describir y analizar los distintos sistemas de responsabilidad estatal.

Un segundo problema que debe ponderar el intérprete obedece a la circunstancia de que las reglas aplicables a la responsabilidad del Estado en los diferentes países hunden sus raíces en dos clases de fuentes. En primer lugar se tropieza con la configuración de un derecho *in fieri*, construido a semejanza o en oposición a la normativa de los textos que integran el derecho de las obligaciones de los códigos civiles y, al propio tiempo, se acude, en otros ordenamientos comparados, en forma paralela, complementaria o incluso prevaleciente, a preceptos de origen constitucional, vinculados con la tutela del derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos y personas jurídicas.

Otro aspecto que interfiere en la armonización doctrinaria radica en la utilización de terminologías diferentes para explicar un mismo concepto. Tal es lo que acontece con el término falta de servicio, definido por algunos autores como falla del servicio o incluso, como culpa del servicio o de la organización estatal. En tal sentido, el empleo de una determinada palabra puede influir sobre la calificación del tipo de responsabilidad (objetiva o subjetiva), aunque, en definitiva, todos podamos entender cuáles son los factores concretos de atribución en cada ordenamiento, ya sea este positivo o pretoriano.

No obstante que en este trabajo los aportes doctrinarios no abordan la totalidad de los ordenamientos comparados, nos referiremos, sucintamente, a los de mayor trascendencia dentro de los respectivos capítulos de la sistematización que efectuamos.

II. Tipología de los grandes sistemas del derecho comparado en función del sujeto responsable. El

dilema entre responsabilidad del funcionario o responsabilidad del Estado. Los sistemas mixtos

No suele ser común, en la literatura jurídica comparada, que se preste suficiente atención a las distintas tipologías existentes en función del sujeto responsable, quizás por la dificultad que encierra el hecho de no existir un sistema puro de reconocimiento de la responsabilidad de los funcionarios o del Estado, en forma exclusiva.

Lo que indican los ordenamientos o la jurisprudencia del derecho comparado es más bien una tendencia que se mide según que el peso de la responsabilidad recaiga en mayor o menor medida sobre el agente público o la soporte, en la práctica, el Estado. A favor de una u otra tendencia se argumenta que el hecho de descargar toda la responsabilidad en el funcionario puede provocar una verdadera parálisis administrativa (ante el temor de afrontar las indemnizaciones correspondientes) y, a la inversa, que la atribución exclusiva de la responsabilidad al Estado fomenta la arbitrariedad de los funcionarios, que no tendrán que soportar el pago de los daños que genera su actuación irregular. Como se verá más adelante, esta cuestión influye sobre la elección de los factores de atribución de responsabilidad que rigen en cada Estado.

En ese contexto, resulta de particular interés la situación imperante en Alemania, en la que, no obstante que no pueda hablarse de un sistema orgánico, se ha partido, en una primera época, de la atribución de la responsabilidad a los funcionarios en forma personal frente a los administrados o terceros, con base en los textos del Código Civil (2), para llegar finalmente al reconocimiento de la responsabilidad exclusiva en cabeza del Estado, según lo determina el artículo 34.1 de la GG (Ley Fundamental) (3).

No deja de ser paradójico el hecho de que, como consecuencia de la ficción que implica considerar que lo que se traslada al Estado es solo el deber de indemnizar de la misma manera que si se tratara de daños producidos por particulares, el sistema de responsabilidad se siga basando en la culpa o negligencia de los funcionarios, pese a las tendencias a objetivar la responsabilidad sobre la base de establecer estándares de actuación (4) que muestran cierto paralelo con los criterios que rigen la falta de servicio en el derecho francés.

En la vereda opuesta se hallan los sistemas anglosajones, especialmente el norteamericano, basados inicialmente en la responsabilidad de los funcionarios. En los últimos años se ha abierto paso una corriente legislativa proclive a sustentar la responsabilidad tanto de la Unión como de los Estados particulares, pese a que aún deba superarse el escollo que representa el privilegio de inmunidad soberana que impide que el Estado sea llevado a juicio sin su consentimiento (5).

En ese sentido, a diferencia de lo que aconteció en Iberoamérica, donde la doctrina y jurisprudencia han extractado de algunas cláusulas constitucionales un derecho subjetivo al resarcimiento de los daños ocasionados por la actividad o inactividad de las autoridades públicas (6), en los Estados Unidos se ha sentado la regla opuesta, consagrando como principio estructural básico la inmunidad soberana del Estado (7). Lo anterior significa que el reconocimiento de una indemnización de tal naturaleza resulta entendida como un mero privilegio, obtenible únicamente por gracia legislativa, sin perjuicio de la acción que siempre se podrá entablar personalmente contra el funcionario responsable.

Con todo, razones de justicia y equidad llevaron a la sanción de leyes que instrumentaron renuncias a la apuntada prerrogativa en la forma de waivers, bien que con numerosas excepciones (8). A nivel del gobierno de la Unión, la Federal Torts Claims Act (FTCA) de 1946 (9) previó que los EE.UU. serían responsables del mismo modo y con el mismo alcance que un particular en igualdad de circunstancias, rigiéndose la eventual demanda judicial por las normas de la responsabilidad civil (torts) del lugar donde el acto u omisión hubiese tenido lugar (10). Esta regla de la *lex loci* significa que el derecho sustantivo aplicable en tales controversias será, la generalidad de las veces, el existente en cada Estado local y que los extremos que hay que acreditar para la procedencia de la responsabilidad estarán determinados por su *common law* cuando ello no haya sido plasmado estatutariamente, pudiendo el Estado oponer las mismas defensas (immunities) que los funcionarios responsables. Lo expresado no quita la posibilidad de reclamarle directamente a la máxima autoridad de la agencia causante del daño, ya que, a diferencia de lo que alguna vez se prescribió en Argentina (decreto 28.211/1944), allí la responsabilidad estatal puede ser discutida y convenida la reparación en sede administrativa (11).

Corresponde decir que cuando se tratare de reclamos monetarios de otra índole, relacionados a expropiaciones, repetición de impuestos, salarios de empleados civiles y militares, incumplimientos

contractuales, patentes y derechos de copyright, ellos de ordinario se rigen por normas positivas y deben ser llevados a la Court of Federal Claims —un tribunal no judicial—, contando con una eventual instancia de apelación ante la Corte Federal de Apelaciones del Circuito Federal [\(12\)](#).

En definitiva, la responsabilidad en los EE.UU. no es "objetiva y directa", dado que según la FTCA de 1946, el Estado responde "del mismo modo y con el mismo alcance que un individuo privado bajo iguales circunstancias" (28 U.S.C. §2674).

Imaginemos que algo parecido al caso "Vadell", fallado por la Corte Suprema argentina (en 1984), se hubiese suscitado en los EE.UU. Recordemos que en dicho caso se trataba de hacer efectiva la responsabilidad estatal por la omisión en la que había incurrido un registro federal que asentó irregularmente una determinada partida inmobiliaria. Tal situación caería bajo la figura del tort of negligence (responsabilidad civil por negligencia), que puede tener por antecedente tanto una relación contractual como extracontractual. Para que se configure y exista responsabilidad, se deben reunir cuatro recaudos: a) que exista un interés protegido por el ordenamiento; b) que la conducta del actor sea negligente; c) que la conducta del actor sea la causa legal del daño; y d) que el otro no haya colaborado a que recaiga sobre él dicho daño.

Respecto al ítem b), el Restatement define a la "negligencia" como toda conducta que cae por debajo del estándar establecido legalmente para la protección de los demás contra el irrazonable riesgo de sufrir un daño. Dicho estándar, salvo previsión especial, generalmente es aquello que un hombre razonable haría en las circunstancias del caso. Otro aspecto distintivo que presenta en esta materia el derecho norteamericano radica en la no admisión de responsabilidad estatal por los daños causados por el ejercicio de actividades discrecionales [\(13\)](#).

En el medio del escenario descrito se encuentran los sistemas mixtos de responsabilidad que combinan la responsabilidad del Estado con la del funcionario público.

El paradigma de estos sistemas es el modelo francés basado en la distinción entre falta de servicio, imputable al Estado, y falta personal, atribuida al funcionario, admitiéndose la concurrencia de ambas responsabilidades.

La responsabilidad concurrente del funcionario es la tendencia que prevalece en buena parte de los países de Iberoamérica que han seguido el sistema francés e incluso cabe señalar que el modelo español basado en la figura de la lesión antijurídica resarcible admite la acción de regreso, posibilidad hasta ahora teórica porque la Administración, en la práctica, no promueve la acción jurisdiccional contra el agente público que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia grave. Así lo establecía en España el art. 145.2 de la LPA y actualmente los arts. 19 y 20 del RPRP (Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial) [\(14\)](#).

III. Responsabilidad extracontractual y contractual

En el derecho público comparado de Europa y de Iberoamérica suele prevalecer la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual [\(15\)](#), aplicando a esta última las prescripciones de los Códigos civiles, como consecuencia de que la segunda siempre fue reconocida con base en los textos del Código Civil de cada país.

En efecto, sin perjuicio de que en el ámbito de la responsabilidad contractual surgieron construcciones pretorianas apoyadas en fundamentos de derecho público (p.e. la teoría del hecho del príncipe en el derecho francés) [\(16\)](#), ha sido alrededor de la materia de la responsabilidad extracontractual el sitio donde se ha desarrollado un conjunto de principios y requisitos para reconocer y basar la responsabilidad del Estado, propios del derecho público, que le brindan cierto carácter orgánico y metódico a esta categoría de la responsabilidad estatal.

En ambos casos, la sistematización de la teoría de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado demanda la concurrencia de cuatro requisitos para su configuración, a saber: a) imputabilidad (objetiva y/o subjetiva) al agente o al servicio u organización causante del daño; b) el factor de atribución; c) la existencia de un daño cierto evaluable en dinero, sin excluir el daño moral y d) la relación de causalidad entre el hecho, actuación u omisión del Estado y el daño.

En general, la doctrina suele separar, dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, la proveniente de la Administración Pública de la originada en actos emanados de los poderes Legislativo y Judicial.

III.1. Sobre los factores de atribución en la responsabilidad por actividad ilegítima

En la teoría de la responsabilidad civil no siempre se ha captado con claridad conceptual el denominado "factor objetivo de atribución" (17), separándolo de los demás requisitos que deben concurrir para determinar la responsabilidad de los sujetos que producen daños en el patrimonio de otros (vgr. el daño).

Los sistemas comparados del derecho público difieren en punto a la hora de determinar cuál es el factor atributivo de responsabilidad extracontractual que actúa como el eje del respectivo ordenamiento para configurar la responsabilidad estatal.

La cuestión aparece regulada en distinta forma en los ordenamientos comparados. Un análisis básico muestra que existen tres grupos, según qué adopten un factor subjetivo u objetivo para determinar la responsabilidad estatal. El primero de esos grupos no se ha desprendido totalmente de los lazos que ligaban a la responsabilidad del Estado con el derecho civil y ha mantenido su carácter estrictamente subjetivo basándolo en la configuración de la culpa o del dolo de los agentes, para atribuir al Estado responsabilidad por los daños causados en el patrimonio de los ciudadanos y empresas, como prescriben, por ejemplo, los sistemas alemán e italiano (18).

En orden cronológico, un segundo grupo se congrega alrededor de la figura de la falta de servicio, como factor de atribución, siguiendo las pautas establecidas por el Consejo de Estado francés. Para un sector de la doctrina se trata de un factor objetivo de responsabilidad, pero otros autores le asignan carácter subjetivo. En Argentina, tal ha sido el sistema adoptado a partir de una decisión jurisprudencial de la Corte Suprema, con fundamento en la doctrina que expusimos hace varios años (19) y que, en forma invariable, el Alto Tribunal mantuvo, a partir del caso "Vadell", cuyas líneas generales han sido recogidas por la última legislación dictada en la materia (20).

En tercer lugar, dentro de las concepciones de naturaleza objetiva más extremas, se ubica el sistema español basado en la lesión antijurídica resarcible, en el que ha prevalecido una concepción que considera al daño que el sujeto no está obligado a soportar como el factor central atributivo de responsabilidad, siendo indistinto que el daño sea causado por el funcionamiento anormal o normal del servicio.

Por esa razón, algunas de las posturas que en la doctrina chilena (21) definen la falta de servicio en función de la antijuridicidad del daño no pueden confundirse con la teoría objetiva francesa de la falta de servicio (22) ni subsumirse en ella, aunque exhiban ciertas semejanzas en lo que concierne a no exigir la identificación del funcionario que causó el daño y al alcance de la indemnización (reparación integral).

La falta de servicio viene a ser como el principal instrumento técnico-jurídico por el que se concreta la responsabilidad, en concurrencia de otros requisitos. Juega así dentro de una relación que conecta los principios generales del derecho (igualdad ante las cargas públicas y alterum non laedere) con una categoría que permite ponerlos en práctica y hacer efectiva la responsabilidad estatal en el campo extracontractual. Ello no excluye la aplicabilidad en la materia de otros factores de atribución como el riesgo creado y la garantía, conforme a los textos del Código Civil y Comercial, aplicables por analogía.

III.2. La falta de servicio en el derecho francés y el carácter objetivo o subjetivo de la falta

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 (23), 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 (24) imperantes en el Código Civil, basados en la culpa del agente causante del daño.

En efecto, el sentido de la falta de servicio entraña tanto la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad como la innecesiedad de individualizar al autor del daño. Apunta al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular o tardío de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos (25), con prescindencia de la voluntad del funcionario público.

Tanto en Francia (26) como en la Argentina (esto último ocurre pese a haberse generalizado la concepción objetiva en la doctrina, en la jurisprudencia y en la ley) se ha discutido acerca de la naturaleza objetiva de la falta

de servicio (27), sosteniéndose que el término francés "falta" significa culpa en el idioma galo, o bien (y esta es una crítica más depurada) que lo que se juzga irregular o defectuoso (28) 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'" (29).

Pero la crítica no ha sido totalmente de recibo en el país de origen. Al respecto, se argumentó que 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 sí mismo" (30).

En definitiva, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria francesa se han inclinado por asignar carácter objetivo a la falta de servicio (31), habiéndose sostenido que "la falta del servicio público es una falta objetiva, porque la apreciación de esta falta es una apreciación de elementos objetivos" (32).

En esa línea cabe ubicar también a Bénéoit quien, en una postura afín 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 (33).

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 (34).

En cualquier caso, cuando la doctrina de Iberoamérica hace referencia al carácter subjetivo de la falla o falta de servicio, lo hace en el mismo sentido de la concepción objetiva, sin acudir a la noción civilista y psicológica de la culpa que siempre está atada a la persona. En cambio, en la falta de servicio la falla es producto del funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, con prescindencia de la culpa del agente público y sin que sea necesario individualizar al autor del daño (35). Por ese motivo, cabe destacar que, aun sin estar de acuerdo, una de las mejores plumas jurídicas colombianas ha podido afirmar que la responsabilidad "por falla del servicio es una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva, pues si bien se requiere la existencia de una culpa, no se trata de la culpa subjetiva tradicional, sino de una culpa objetivada (36).

En suma, el panorama que presenta el derecho comparado, si bien dista de ser claro, exhibe una tendencia a la aproximación de los sistemas objetivos y subjetivos de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, al punto que en los basados en la concepción objetiva de la falta de servicio se admite —para determinar el funcionamiento irregular del servicio— la invocación de estándares de diligencia, que constituyen elementos ciertamente objetivos, mientras que, a la inversa, los sistemas subjetivos fundados en la culpa —como el alemán— enfrentan la tendencia a abrir paso a elementos objetivos para reconocer la responsabilidad del Estado, no bastando con la ocurrencia del daño y del nexo causal para que se configure dicha responsabilidad.

III.3. El factor de la falta de servicio en los derechos iberoamericanos

No vamos a reiterar aquí la crónica acerca de cómo se gestó la concepción de la responsabilidad en el derecho argentino desarrollada en distintos libros y trabajos (37), construcción que guarda cierta analogía con la que presenta el derecho chileno.

Lo que sí vamos a resaltar es la circunstancia de que, en el derecho argentino, se ha impuesto la concepción objetiva de la falta de servicio proveniente del derecho francés, adoptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que siguió la interpretación doctrinaria hecha en torno al texto del anterior Código Civil (ex art. 1112 Cód. Civil) (38).

Esa concepción objetiva de la falta de servicio (39) ha culminado consolidándose definitivamente tras la sanción de la ley 26.944, que en su art. 3° inc. d) la incluye entre los requisitos necesarios para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima en los siguientes términos: "Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado..." (40).

Como se ha destacado, el carácter objetivo del factor de atribución que venía utilizando la jurisprudencia ha sido reafirmado por el Código Civil y Comercial de la Nación, superándose de ese modo el antiguo criterio de imputabilidad (que ahora se reserva para atribuir el daño por su imputabilidad material a un órgano, ya sea una entidad o agente estatal) con otro que incluye un elemento objetivo en la medida en que el daño no se determina por la demostración de la culpa de un sujeto sino por el defectuoso funcionamiento del servicio, sin importar la culpa del agente ni la necesidad de individualizar al autor del perjuicio. En este sentido, el art. 1722 del Cód. Civ. y Com. prescribe que "el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario" (41).

Desde luego que aun en los sistemas en que la falta de servicio es el principal factor de atribución, no hay que descartar la configuración de otros factores objetivos de responsabilidad que, fundados en principios de justicia y en la equidad, se han abierto paso en la doctrina y jurisprudencia, como el riesgo creado y la garantía (42); pero estos factores objetivos de responsabilidad no tienen la proyección que exhiben en la actualidad en el derecho privado. Cuadra advertir que en algunos sistemas comparados se habilitan dichos factores en forma excepcional o por razones de equidad o bien por aplicación analógica de los textos civiles.

Los otros requisitos que exige la ley para que se configure la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima se circunscriben a: 1) la ocurrencia de un daño cierto; 2) la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano del Estado; y 3) la relación de causalidad adecuada (43) entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue (44).

En cuanto al derecho chileno, no vamos a reiterar aquí la reseña de los antecedentes que culminaron con la peculiar adopción de la figura de la falta de servicio, efectuada en el muy completo estudio hecho por Pierry (45) hace unos años, así como en trabajos de otros distinguidos autores (46).

Y decimos peculiar, porque, como se verá seguidamente, la figura de la falta de servicio que adopta un sector de la doctrina (Soto Kloss) no guarda semejanza con la construcción jurisprudencial y doctrinal del derecho francés, habida cuenta de que, por más que se considere que la responsabilidad es objetiva, el criterio que emplean para configurarla no estriba en la actividad irregular o defectuosa de la Administración sino en la ocurrencia de un daño antijurídico (47).

Porque es evidente que toda vez que no resulta necesario demostrar la culpa de agente ni individualizar al autor del daño, la falta de servicio constituye un factor objetivo de atribución (48) que juega en forma separada e independiente de los demás requisitos que deben concurrir para determinar la responsabilidad del Estado en el campo extracontractual que son: a) la configuración del daño; b) su imputación a un órgano estatal y, c) la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

En definitiva, la noción de falta de servicio que es objetiva, precisa y acotada, no puede confundirse con la concepción del daño ni con la de la lesión antijurídica del derecho español. Al respecto, no deja de constituir una aporía el hecho de que los autores, en el fondo, coincidan sobre la utilización de la falta de servicio, tanto quienes le atribuyen carácter subjetivo como aquellos que consideran que se trata de una responsabilidad objetiva atenuada, sin olvidar las posturas intermedias que postulan una convergencia de criterios objetivos y subjetivos (49) o bien, la inutilidad de la distinción (50). En fin, no obstante las dificultades terminológicas, se trata de una categoría que ha demostrado ser un instrumento adecuado para la resolución de conflictos y la afirmación de los principios de la justicia conmutativa con el objetivo de mantener incólume el patrimonio de los particulares que sufren daños como consecuencia del obrar estatal.

Dado el carácter jurisprudencial y doctrinario que presenta la responsabilidad del Estado en Chile y las semejanzas que se advierten con el sistema argentino, pensamos que la evolución de ambos modelos va a continuar desarrollándose alrededor de la figura de la falta de servicio como factor objetivo de atribución de responsabilidad por la actuación u omisión ilegítima o irregular del Estado.

A su vez, en el derecho colombiano, en los comienzos de la etapa hacia el reconocimiento de la responsabilidad estatal se operó la recepción de la concepción francesa de la falta de servicio como factor atributivo de responsabilidad, al que se le atribuyó carácter subjetivo, por buena parte de la doctrina y la

jurisprudencia (51), si bien —como antes señalamos— se ha advertido que se trata de un concepto complejo —integrado por elementos subjetivos y objetivos— que no se identifica con la categoría de la culpa acuñada por el derecho civil.

Pero lo que dificulta la adhesión plena al sistema francés es el precepto constitucional que fundamenta la responsabilidad del Estado a raíz de la regulación de la Constitución de 1991, cuyo art. 90 prescribe que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas". Como se ha señalado, este criterio, proveniente del derecho español, implica la adopción de un concepto que no se basa en la irregularidad, ilegalidad o antijuridicidad de la conducta de la Administración Pública sino en la antijuridicidad del daño, la que se configura cuando el sujeto lesionado no tiene la obligación de soportar el perjuicio (52). Este precepto constitucional se ha extendido también a la responsabilidad contractual (53).

Sin embargo, tal concepto de daño antijurídico no excluye la aplicabilidad de la figura de la falta o falla del servicio habida cuenta de que ella continúa siendo "uno de los principales ejemplos de la responsabilidad fundamentada en que las personas no tienen el deber jurídico de soportar el daño" (54).

Ahora bien, la concepción francesa de la falta de servicio, con independencia de su consideración como concepto objetivo o subjetivo, ha sido recibida en la mayoría de los derechos latinoamericanos (55), con excepción de Uruguay, cuyo criterio es, quizás, el más objetivo y amplio entre los modelos de Iberoamérica.

En efecto, aunque en los comienzos del camino hacia la vigencia efectiva de la responsabilidad del Estado, adhiriendo a la postura de Sayagues Laso y de Martins, se siguió la teoría francesa de la falta de servicio, a la que se atribuyó naturaleza subjetiva, la casi totalidad de la doctrina le asigna actualmente a la responsabilidad extracontractual un carácter objetivo con fundamento en el art. 24 de la Constitución, que hace responsable al Estado por los daños provocados como consecuencia de la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección estatal (56).

Esto coloca a Uruguay al frente de los sistemas comparados de Latinoamérica que han ampliado al máximo el cuadro de la responsabilidad objetiva, pues al basarlo en la pura y exclusiva concepción del daño se opera, en los hechos, un estiramiento de la responsabilidad del Estado, sin que sea necesario demostrar lo que teóricamente se entiende por "antijuridicidad", atípica y material, o sea, la que es producto de la "contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, es decir, incluyendo leyes, costumbres, principios jurídicos que surgen del sistema, etc." (57), habiéndose afirmado, por otra parte, que "no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación" (58).

Tampoco sería necesario demostrar la ocurrencia de la falta de servicio (59), pues no se predica con respecto a una conducta (positiva o negativa) sino al daño provocado por el Estado, postulándose que no hay diferencia sustancial entre aquellos causados por los poderes constituidos o por el poder constituyente (60).

IV. Los requisitos de atribución de la responsabilidad estatal en el derecho español

Entre los sistemas dogmáticos que exhibe el derecho comparado, el derecho español representa una línea única en Europa (61) que comienza a partir de 1954 la LE (Ley de Expropiación Forzosa) y que prosigue en la legislación posterior de la LRJAE (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), culminando con la recepción constitucional de la responsabilidad del Estado (art. 106 de la CE).

En la actualidad, esta materia se rige por lo prescripto en las leyes 39/2015 LPAC (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común) y 40/2015 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La responsabilidad es directa y objetiva.

Aunque el art. 106.2 de la CE prescribe que los particulares tienen el derecho a ser indemnizados "por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", la legislación volvió a precisar el concepto jurídico que ya estaba en la fuente constitucional, en el sentido que el derecho a ser indemnizado comprendía tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, entendiendo por este concepto toda la actividad de la Administraciones públicas.

Pero en el sistema español no todo daño es indemnizable, sino solo aquellos que son consecuencia de "las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley" (art. 34.1 LRJSP).

De ese modo, el concepto de "daño antijurídico" es una de las especies de lesión y en él pivota el principal factor de atribución de responsabilidad del sistema español, el cual, no obstante el avance que significó en el reconocimiento de la responsabilidad estatal, ha provocado no pocas dificultades interpretativas.

Porque, como bien lo ha resaltado la doctrina, no puede interpretarse la expresión "de acuerdo con la ley" en un sentido literal que excluya los daños causados por las leyes y reglamentos y por los actos de aplicación de ambos (62), sino que hay que tener en cuenta que "no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate", porque la antijuridicidad consiste, para García de Enterría y Fernández, en "que no concorra un título jurídico que determine como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado" (63).

Se advierte, entonces, que el requisito del daño antijurídico resarcible se aparta tanto del concepto de antijuridicidad objetiva y material (que se predica de una conducta que contradice el ordenamiento) como de la concepción de la falta que predomina en los derechos iberoamericanos que han seguido el modelo francés, en los que la antijuridicidad consiste en una actuación u omisión ilegítima o irregular que guarda coincidencia con el factor de atribución consistente en la falta de servicio.

No obstante, hay que advertir que en el sistema colombiano, la falta o falla del servicio se utiliza para determinar cuándo la víctima no está obligada a soportar el daño (64).

En España, cabe señalar que, a contramano del carácter objetivo que se atribuye a la responsabilidad en la Constitución y en el ordenamiento legislativo, la jurisprudencia ha dicho que los daños producidos por el ejercicio de la actividad discrecional de la Administración no son indemnizables, aunque se haya anulado el acto en sede judicial, cuando el poder discrecional sea ejercido dentro de límites razonables, salvo que la Administración hubiera incurrido en manifiesta arbitrariedad.

Esta interpretación, *contra legem*, del Tribunal Supremo viene en realidad a exigir el requisito de la culpa debiendo reputarse absurda y arbitraria en la medida que transgrede el principio lógico de no contradicción, toda vez que —como se ha dicho— un acto no puede ser a la vez nulo y razonable (65) al tiempo que, con esa decisión, el tribunal viola abiertamente la cosa juzgada judicial.

En cuanto al daño, la ley exige que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 32.1 y 3 LRJSP), requisitos estos que resultan similares a los existentes en otros sistemas comparados.

En resumidas cuentas, el requisito del daño antijurídico resarcible se completa en el derecho español, como en todos los modelos comparados, con la relación de causalidad o nexo causal que se interrumpe por la culpa de la víctima, no procediendo en supuestos de fuerza mayor.

V. Otros factores objetivos de atribución de responsabilidad: el riesgo creado y el sacrificio especial

V.1. El riesgo creado

Ambos títulos jurídicos de responsabilidad (riesgo creado y sacrificio) resultan encuadrados de diversa manera en el derecho comparado. Mientras en Francia estos supuestos se engloban dentro de la llamada responsabilidad sin falta o falla del servicio (66), en otros países, resultan regulados dentro de la responsabilidad por actividad legítima, con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

El sistema del derecho administrativo francés incluye al riesgo creado dentro de la responsabilidad sin falta y presenta soluciones casuísticas sin desarrollar una teoría general. En este sentido, los casos son variados y la jurisprudencia, en general, suele reconocer la reparación cuando se trata de situaciones denominadas de "riesgo peligro" (v.gr. explosión de un polvorín) o de "riesgo beneficio" cuando la Administración resulta favorecida por la actividad (colaboración voluntaria) o la construcción de un bien, aunque ello no constituya un peligro. Por lo común, se trata de riesgos anormales o excepcionales que exceden los que normalmente provienen de las relaciones de vecindad, así como el uso por personal de la policía de armas de fuego que causan daños a terceros

(67), habiéndose extendido a los riesgos provenientes de determinadas obligaciones profesionales, tal como el caso de una maestra que se contagió de rubeola y dio a luz a un hijo con malformaciones o de una enfermera que contrajo el virus del SIDA y contagió a su marido.

En España también se ha aplicado la teoría del riesgo con independencia de toda culpa subjetiva o falta objetiva. Ello no resulta de la referencia legal al funcionamiento normal de los servicios públicos —que analizamos precedentemente—, sino de que los artículos 121 LEF y 32 LSP y el precepto constitucional contenido en el artículo 106.2 se limitan a excluir los supuestos de fuerza mayor, lo que implica incluir los daños provenientes del caso fortuito, que son los que se generan internamente en el seno de la Administración. Los rasgos del caso fortuito son la indeterminación y la interioridad a diferencia de la *vis maior*, caracterizada por una determinación irresistible y una exterioridad (que proviene de una acción exterior a la Administración) (68). Sin embargo, esta solución rige en aquellos ordenamientos comparados que consideran que la fuerza mayor y al caso fortuito son sinónimos (69).

Por su parte, en Colombia, se ha aplicado la teoría del riesgo creado por el Consejo de Estado en supuestos en que la construcción de una obra pública, hecha en beneficio de la comunidad, utiliza medios o recursos que colocan a las personas o a su patrimonio en situación de quedar expuestos a enfrentar riesgos excepcionales, aplicándose también en los casos de actividades peligrosas como la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego y vehículos de propiedad estatal, extendiendo últimamente su aplicabilidad a los daños causados en ocasión de actos terroristas (70).

Por último, la concepción del riesgo creado, aunque no ha tenido un mayor desarrollo técnico dogmático en el derecho administrativo argentino (71), ha sido adoptada por la jurisprudencia, sin que obste a ello la prohibición de aplicar en forma directa o subsidiaria a la responsabilidad del Estado los textos del Código Civil y Comercial que establece la ley 26.944, toda vez que se trata de una aplicación por analogía que implica adaptar la norma civil a los principios que informan al derecho administrativo (72).

En ese sentido, los casos más reiterados, como apunta Perrino, son los ocasionados por: a) accidentes producidos por automóviles (73); b) daños producidos por el mal funcionamiento de ascensores en edificios públicos; c) perjuicios provocados por explosivos; d) por la caída de la mampostería de edificios públicos; y e) daños ocasionados por alumnos menores cuando se hallan bajo el control de la autoridad educativa, entre otros. Interesa puntualizar que los daños indicados en el punto e) precedente han sido regulados expresamente por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (74).

V.2. El sacrificio especial

En lo que existe una mayor coincidencia en los derechos comparados es en la llamada responsabilidad del Estado por acto lícito o legítimo (responsabilidad sin falta en el derecho francés), en la que el factor de atribución consiste en el sacrificio especial que sufre el administrado en su patrimonio, que otras personas o entes no soportan, lo cual afecta el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Se trata de una responsabilidad objetiva que, en algunos derechos, como el italiano, se adscribe a la teoría de la indemnización, a diferencia de la reparación donde se tiende a compensar el daño causado (75). Desde hace tiempo, pensamos que no existen diferencias ontológicas que justifiquen fundar, para estos supuestos, una teoría sobre la reparación por los daños causados por la actividad ilegítima o ilícita de los provocados por la actividad legítima o lícita (76). En ambos supuestos se trata, en suma, de restablecer la situación patrimonial alterada por actos del poder público, lo que se fundamenta en los principios de la justicia conmutativa que lleva a recomponer el patrimonio de la víctima de los daños en función de los valores de las cosas (de objeto a objeto) y no con relación a la persona (77).

VI. Los requisitos básicos e invariables de la responsabilidad: el daño, la imputabilidad material del perjuicio y la relación de causalidad

Provenientes del derecho civil, aparte del factor de atribución, hay una triple sumatoria de requisitos que, en conjunto, configuran la responsabilidad, constituidos por el daño, la imputabilidad material del perjuicio y la relación de causalidad.

Todos los sistemas comparados los contemplan, de un modo u otro, en los respectivos regímenes jurídicos,

aunque ellos reconozcan su origen en el derecho privado.

En cambio, la antijuridicidad, que para distinguidos autores que militan en la doctrina privatista es un requisito independiente, resulta innecesaria en buena parte del derecho público iberoamericano (78), o bien se encuentra asociada al daño, como acontece, según se ha visto, en el derecho español. En rigor, como se la suele concebir, la antijuridicidad, sobre todo la material, es objetiva, equivale a la responsabilidad y no representa un requisito autónomo sino al conjunto de los requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad.

Ahora bien, el daño es el primero de los tres requisitos antes enunciados por la sencilla razón de que si no hay daño, no tiene sentido traer a colación los restantes requisitos y ni siquiera el factor de atribución. El daño opera siempre como un presupuesto de la responsabilidad.

Dentro del concepto de daño, los diferentes sistemas comparados incluyen tanto el daño patrimonial como el moral, exigiéndose que sea cierto y evaluable económicamente en dinero, actual o futuro. En la casi totalidad de los modelos comparados, con excepción de Argentina, para la responsabilidad por acto legítimo (79), comprende tanto al daño emergente como el lucro cesante, aspecto que, por su entidad, abordaremos en el punto siguiente.

El segundo de los requisitos demanda la demostración de que el daño debe ser imputable a la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, cuando sus órganos o dependientes actúan en ejercicio o en ocasión de sus funciones, por aplicación de la teoría del órgano. Se trata de una imputabilidad material de la autoría del daño que se circunscribe a verificar si la actuación u omisión puede entenderse que corresponde a la Administración Pública "o en si del hecho que dio lugar al daño debe responder la Administración" (80), sin que sea necesario individualizar al autor del daño.

Por último, el tercero de los requisitos que debe estar presente para determinar la responsabilidad estatal es la conexión causal, también denominada relación de causalidad, la cual consiste en acreditar que el resultado dañoso sea atribuido materialmente al Estado o a alguna de sus entidades, siendo independiente del factor de atribución. El criterio que viene prevaleciendo es el de la causalidad adecuada (81), que permite establecer lo que sucede según el curso ordinario y natural de las cosas.

VII. Continuación. El alcance de la indemnización: la reparación del lucro cesante

Prácticamente, en casi todos los derechos comparados, aun en aquellos sistemas, como el italiano, que distinguen entre indemnización y responsabilidad, rige el principio de la reparación integral (82), que obliga al Estado, tanto en los casos de responsabilidad por actuación u omisión ilegítimas o ilícitas, como en los supuestos de daños ocasionados en ejercicio de actividades legítimas o lícitas del Estado, al resarcimiento pleno de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) (83) procurando la restitución de las cosas a su estado original (84).

Esta regla, que resulta preceptiva en virtud del principio de justa indemnización que obliga a cumplir con el mandato de la justicia conmutativa y que conduce a dejar a la víctima o perjudicado por el daño en la misma situación en que estaba su patrimonio al momento de la ocurrencia, ha sido quebrantada por el art. 5° de la ley 26.944 al prescribir que "la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional" y que "...en ningún caso procede la reparación del lucro cesante".

Cabe señalar, al respecto, que la inexistencia en la Constitución argentina de un texto expreso que consagre el principio de la reparación amplia (la clásica restitutio) no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización comprensiva del lucro cesante. En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales de protección de derechos humanos la calidad de fuente jurídica inmediata con jerarquía constitucional superior a las leyes (art. 75, inc. 22 CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha prescripto el principio de la "reparación justa" 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" (art. 21 ap. 2 CADH); mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades, corresponde "el pago de una justa indemnización" (art. 63 ap. 1 CADH). 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 reparación justa que algunos asimilan a reparación integral o

amplia.

En consecuencia, la clave para desentrañar este intrincado problema interpretativo se encuentra en la comprensión del concepto de "reparación justa", el cual exige remontarse necesariamente a la teoría de la justicia. 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, radica en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad y sus partes conforme a criterios de distribución (el llamado modelo distributivo), mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo con los principios y reglas del derecho común o privado.

Sin embargo, 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 (denominada 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 (85) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas (86). 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, circunstancia que —unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano, 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. En rigor, se trata de conceptos 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.

Veamos las diferencias que existen en materia de reparación patrimonial, según que se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: "Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia" (87). En el caso de la responsabilidad estatal por actividad legítima pensamos que resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el expropiado o perjudicado 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.

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 (inundación, terremoto etc.): ¿con base en 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 una de las partes del todo social que resultan afectadas y hasta, contradiciendo el igualitarismo extremo, podrían establecerse escalas de reparación que cubrieran preferentemente las necesidades de los sectores carenciados de la población.

Para captar debidamente la fórmula "reparación justa" que utiliza la Convención Americana de Derechos Humanos, hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que

esta igualdad exige que la reparación o restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado, a fin de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

Esta conclusión implica que la reparación, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, 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, a fin de remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velázquez Rodríguez" (88).

En definitiva, el mismo criterio que ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta válido para sustentar dicha interpretación, 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" (89) 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..." (90).

VIII. La responsabilidad por la actividad contractual

En general, si bien se acepta la clásica distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual, tanto la doctrina como la legislación comparada, cuando se ocupan de los principios y de la regulación de la responsabilidad del Estado, circunscriben su abordaje a la responsabilidad extracontractual que, en la casi totalidad de los regímenes legales y jurisprudenciales, corre por cuerda separada.

Así, ha podido decirse —por ejemplo— que en España "cuando hablamos de 'responsabilidad patrimonial' nos estamos refiriendo a la responsabilidad que nace del reconocimiento por parte de la ley del derecho de toda persona a ser indemnizada por los daños que le cause la Administración y que sean consecuencia de su funcionamiento y su actuación en general y no del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato..." "...cuyo fundamento último es la garantía de indemnidad patrimonial de las personas, en el sentido más amplio del término" (91).

Se continúa de ese modo la tradición francesa que separa ambos tipos de responsabilidad alojando la responsabilidad resultante de la falta de la Administración en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de un contrato dentro de la materia de los contratos administrativos (92).

Al respecto, mientras en Alemania e Italia la regulación de la responsabilidad contractual se rige por los textos del ordenamiento civil, en otros países, que han seguido la impronta del sistema francés, se considera que no obstante las aproximaciones que existen con el derecho civil, la materia de los contratos de la Administración debe ser objeto de una regulación separada, compatible con los principios del derecho público. Esta singularidad se advierte en la responsabilidad sin falta de la Administración, producida a raíz del ejercicio de sus poderes legítimos o lícitos durante la ejecución del contrato (93), siendo de recibo, en muchos países, las teorías de la intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo y, particularmente, la teoría del hecho del príncipe (94), inexistente en el derecho privado.

Por esa razón, no puede sostenerse que la materia de la responsabilidad contractual del Estado tenga que regirse totalmente o en exclusiva por el Código Civil (95), discutiéndose si en caso de vacíos o lagunas normativas, este se aplica en forma analógica subsidiaria o directa.

En contra de la analogía se ha argumentado que ello deja en poder de los jueces la tarea de determinar discrecionalmente las reglas que rigen la formación, ejecución y extinción de los contratos administrativos (96), sin tener en cuenta que toda actuación judicial de interpretación de la ley implica un juicio que no es totalmente reglado sino en buena parte discrecional, con arreglo a los modernos criterios de la técnica de la ponderación que obliga a enmarcar las decisiones judiciales en el principio de razonabilidad (97).

En cuanto a los factores atributivos de la responsabilidad contractual, además de la culpa (en los sistemas

alemán e italiano) y del daño antijurídico (que se configura cuando la víctima no tiene el deber legal de soportarlo) (98) que rige en el sistema español y en el colombiano (99), se advierten las divergencias de los criterios utilizados. Así, en el modelo francés el factor de atribución es la falta contractual, considerándose que tiene primacía sobre la responsabilidad extracontractual, la cual resulta absorbida en caso de duda o concurrencia de responsabilidades (100).

En el mismo sentido, en Argentina, el factor de atribución de la responsabilidad contractual presenta una dualidad, según estemos frente a una responsabilidad por actuación ilegítima de la Administración o bien que nos encontremos ante una responsabilidad por actividad legítima o lícita. En el primer caso, se trata de una actuación u omisión del Estado que importa el incumplimiento de una obligación convencional, es decir, en el incumplimiento del contrato, violando con ello los principios *lex contractus* y *pacta sunt servanda*, recogidos en forma expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación (101). En el segundo caso, la responsabilidad contractual del Estado se configura en aquellas situaciones en las que el contratista sufre un sacrificio o daño especial que no se halla obligado a soportar en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (102) prescripto por el art. 16 de la CN, supuestos que, en Francia, se engloban en la llamada responsabilidad sin falla (103).

IX. La responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial

Tras el advenimiento del nuevo orden que sucedió al Estado moderno comenzó a superarse la concepción de la soberanía, que los teorizadores del absolutismo habían llevado a su máxima expresión consolidando el dogma de la irresponsabilidad del Estado (104). Sin embargo, el eclipse del dogma no fue total al quedar un sector de la actividad estatal en el que no se admitía la posibilidad de condenar al Estado por los daños provocados por el Poder Legislativo (incluso por el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración) ni por la actividad del Poder Judicial.

Como vamos a ver seguidamente, esta situación, derivada de una infravaloración de la Constitución y de los principios generales del derecho, si bien tiende a tener pocos partidarios en la doctrina del derecho público, todavía subsiste en buena parte de los derechos europeos en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por la actividad del Poder Legislativo. En el derecho norteamericano y el correspondiente al Reino Unido, en los que rige el principio de inmunidad soberana y el *the King can do no wrong*, respectivamente, no se reconoce la responsabilidad de la Unión o de la Corona por los daños provocados por las leyes (105). Por ello, incluso en los países que han seguido el sistema constitucional de los Estados Unidos (v.gr. Argentina), este, al menos en este punto, no puede servir como guía modélica de sus derechos nacionales.

IX.1 Responsabilidad estatal por la actividad legislativa

La tendencia imperante en los países integrantes de la Unión Europea es reacia a la admisión de la responsabilidad por actividad legislativa como un resabio de la concepción de la soberanía de los parlamentos y aun también por aplicación del principio de separación de poderes, en la versión que predica la separación absoluta de la función de legislar y el consecuente valor y vigencia que se atribuye a las leyes. En esta orientación militan Italia y los países pertenecientes al mundo jurídico anglosajón.

La excepción está dada por el reconocimiento de la responsabilidad de los Estados por la actividad legislativa que resulte violatoria del derecho comunitario, lo que se admite con amplitud en la jurisprudencia.

En Italia, frente al silencio del legislador, la jurisprudencia civil y administrativa continúa manteniendo una postura de rechazo de la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función legislativa que resulte violatorio de la Constitución, lo que se ha juzgado insostenible en el plano doctrinario, ya que si se ha resuelto la responsabilidad del Estado por la violación del derecho comunitario europeo por parte del legislador nacional (caso "Francovich"), el mismo parámetro debería aplicarse en el derecho interno para sustentar la responsabilidad del Estado legislador cuando las leyes violan la Constitución (106).

Al respecto, si bien la doctrina se pronuncia en sentido favorable a su admisión, con fundamento en el criterio del "daño injusto" que prescribe el artículo 2043 del Código Civil italiano y siempre que se pruebe la relación de causalidad y la especialidad del daño, lo cierto es que en Italia no se registran casos jurisprudenciales que condenen al Estado por daños provocados por la actividad legislativa (107).

Por su parte, en Alemania se distingue la acción indemnizatoria por el sacrificio causado (la teoría del sacrificio especial que trasgrede el principio de igualdad), que es una responsabilidad por la actividad legítima del Estado, cuyos efectos son similares a los que regula la acción expropiatoria (indemnización integral del daño) de la creación correspondiente a la responsabilidad ilegítima del Estado o la derivada de una intervención administrativa, de alcance expropiatorio (108).

En cuanto a la responsabilidad por actos ilegítimos del legislador, tanto si se trata de leyes como de intervenciones legislativas de alcance expropiatorio, aun cuando la jurisprudencia alemana insinúa, en el primer supuesto, la posibilidad de extender el sistema de responsabilidad administrativa para los casos de sacrificios singulares o especiales, en la práctica ello no ocurre, al igual que en el segundo caso, en la inteligencia de que "el Poder Judicial carece de la 'suficiente legitimación' como para proyectar sobre el legislador una institución como esta que ha sido creada jurisprudencialmente" (109). Sobre la posibilidad de aplicar los criterios que rigen la responsabilidad administrativa a los daños producidos por normas reglamentarias tampoco ha habido mayores avances, salvo que se configure un sacrificio especial (110).

A su vez, aunque Francia fue pionera en admitir la responsabilidad del Estado por acto legislativo en el conocido caso *La fleurette* y en algunos posteriores (*Bovero*), tal tendencia no ha proseguido y los juristas se han preguntado si en la actualidad frente a los mismos hechos del legislador (prohibición de fabricar manteca de otro origen que no fuera animal) el Consejo de Estado mantendría esa jurisprudencia (111), dada la postura restrictiva que ha venido prevaleciendo últimamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Una situación inversa presenta el reciente ordenamiento español a raíz del dictado de la ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, donde por primera vez se ha regulado la materia de la responsabilidad ocasionada por las leyes que son declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea (art. 32 LRJSP), prescribiendo que solo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de cinco [5] años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia, salvo que esta "disponga otra cosa", lo que se entiende aplicable a los casos en que la eficacia de la sentencia que declare la inconstitucionalidad tenga efectos para el futuro (112).

En Iberoamérica, Colombia (113), Argentina (114) y Uruguay (115), entre otros países, reconocen la responsabilidad del Estado por el "hecho de las leyes" (116), cuando las normas son declaradas inconstitucionales o violatorias de tratados internacionales.

IX.2. La responsabilidad del Estado por la actividad judicial

Similares dificultades se han advertido en la doctrina, en los ordenamientos legales y en la jurisprudencia para reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad del Poder Judicial, de naturaleza jurisdiccional, es decir, por las decisiones intermedias o provisionales (v.gr. prisión preventiva, embargos, etc.) o por las sentencias revocadas por ser ilegítimas y arbitrarias. Como destaca autorizada doctrina, de las tres clásicas funciones del Estado, la responsabilidad por actos del Poder Judicial fue la última en ser reconocida por la jurisprudencia (117).

Se partía de que, en principio, los particulares tenían el deber de soportar la carga pública de los procesos, como si fuera una obligación genérica no indemnizable, cuyos perjuicios tiene que soportar la víctima del daño, porque la actividad judicial es siempre legítima.

Esta postura no puede sostenerse como principio general, pues no es compatible con los postulados del Estado de Derecho que exigen compensar aquellos daños que, en forma desigual, recaen sobre una persona provocándole un perjuicio singular o especial.

En España, la responsabilidad del Estado-Juez se encuentra establecida por el artículo 121 de la CE y regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985) prescribiéndose tres supuestos configurativos de responsabilidad, a saber: a) el error judicial; b) el funcionamiento anormal de la función judicial; y c) la prisión preventiva. Esta responsabilidad no puede ser reclamada contra los jueces, sin perjuicio de sus responsabilidades penales o disciplinarias y de la posibilidad de que la Administración promueva la correspondiente acción de regreso, cuando hubieran incurrido en dolo o culpa grave (118).

Cabe reconocer que, años más tarde, el ordenamiento colombiano (Ley 270 de 1996 que consagra el Estatuto

de la Administración de Justicia) ha adoptado una regulación normativa similar a la española, reiterando en su art. 65 el principio de responsabilidad estatal establecido en el artículo 90 de la Constitución Política prescribiendo que dicha responsabilidad puede surgir por el funcionamiento defectuoso de la función de los jueces, por error judicial y por la privación injusta de la libertad (119).

En cambio, la legislación argentina sobre responsabilidad del Estado no solo guarda silencio sobre los supuestos de responsabilidad del Estado por la actuación u omisión de los jueces que causan daños a los procesados, sino que consagra el principio de que no se configura la responsabilidad del Estado por la actuación legítima del Poder Judicial (120), lo que carece de sentido toda vez que si el ejercicio de la función judicial es legítimo y se afecta el principio de igualdad ante las cargas públicas imponiendo al administrado un sacrificio especial, no hay razón alguna para sustraer al Estado de tal atribución de responsabilidad (121). Al contrario, la doctrina (122) y la jurisprudencia han admitido la responsabilidad del Estado por los daños causados por los jueces con fundamento en la concepción de la falta de servicio (123).

X. Balance conclusivo

Resulta indudable que, si bien la regulación de la materia de la responsabilidad del Estado ha venido evolucionando en la mayoría de los países, en un sentido favorable a los derechos de las personas y a los principios del Estado de Derecho, no ha logrado todavía consolidar un sistema uniforme y garantístico que, al propio tiempo que repare los perjuicios injustamente causados en el patrimonio de los particulares, no derive en un sistema basado en la socialización de los riesgos al infinito que las finanzas de ningún país podría llegar a soportar.

Pero así como no resulta razonable cargar al Estado el costo de todo daño que se ocasione a una persona singular o a un grupo de personas y sostener que debe repararse sin causas razonables que lo justifiquen (solo por su causación material), tampoco parecen viables los sistemas basados exclusiva o principalmente en la culpa de los agentes públicos para determinar la responsabilidad del Estado, por las dificultades que existen muchas veces para individualizar el autor del daño, en una organización tan compleja como es la Administración Pública.

En este mundo globalizado en que vivimos donde se potencia la necesidad de conocer las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de los Estados que intercambian bienes y servicios, en un proceso caracterizado por la aceleración histórica, se tiende a uniformar las soluciones comparadas a los efectos de neutralizar las diferencias y hacer más fluido, económico e igualitario (y por tanto más justo) el comercio internacional.

Se trata de una suerte de inteligencia cultural cuyo conocimiento es demandado en la actualidad a los operadores jurídicos públicos y privados de modo que les permita manejarse y comprender los distintos contextos de cada cultura jurídica asociada a la economía y al comercio mundiales.

No se puede desconocer que, en la cuestión de la responsabilidad estatal incide el modelo de Estado (actualmente el Estado Regulador y Garante o Estado Subsidiario) que pivota alrededor de la idea de aumentar el protagonismo de la sociedad antes que multiplicar una Administración costosa e ineficiente sin descartar la influencia del progreso tecnológico, el incremento del riesgo, la política social del legislador y la dogmática jurídica (124). Pero, aunque se tratase de resolver el problema solo desde el punto de vista de la dogmática jurídica, ella puede conducirnos a tener una visión falsa de la realidad. Lo cierto es que la regulación es una condición necesaria (aunque no suficiente) de la seguridad jurídica, imprescindible en un mundo interconectado que aprecia la tendencia hacia la uniformidad del derecho positivo y jurisprudencial que exhibe el derecho comparado.

No obstante, buena parte de las aporías que exhibe la materia, apoyadas en interpretaciones subjetivas de juristas que aspiran a la originalidad, enfrentando innecesariamente concepciones jurídicas arraigadas e incorporadas al derecho positivo o jurisprudencial de los respectivos países, revelan, en el fondo, meras discusiones verbales desprovistas de significado o simples desideratas.

Una de las primeras cuestiones que debemos dilucidar es el punto de partida de la construcción jurídica de la responsabilidad del Estado, esto es, si se hace desde los códigos civiles o si debe derivarse de una construcción autónoma del derecho administrativo como *ius commune* del derecho de la Administración, sin perjuicio de la

aplicación analógica, subsidiaria o supletoria de los textos del Código Civil. Lo que está en juego, según los civilistas, es la unidad del derecho de daños (postura tributaria del inexistente principio de unidad del orden jurídico afín al positivismo kelseniano) y la posibilidad de construir un sistema de responsabilidad basado, en forma prevaleciente y autónoma, en principios de derecho público, de acuerdo con lo que postulan los administrativistas. Pero la realidad muestra que la mayoría de las tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales que exhibe el derecho comparado se orientan hacia la adopción de un sistema autónomo (positivo o jurisprudencial) basado en principios de derecho público.

En los derechos de base continental europea tiende a prevalecer una construcción autónoma (sin impedir la aplicación analógica, subsidiaria o supletoria, según el caso, de los textos civiles), y una prueba de ello se encuentra en los intentos hechos en Alemania para regular positivamente la responsabilidad del Estado, con principios de derecho público, pese a que —por razones inherentes al federalismo— el régimen fue declarado inconstitucional por la justicia (125).

En tal sentido, la ley argentina 26.944 ha seguido ese camino, sin que su adscripción al derecho público implique la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del derecho civil, en caso de lagunas o vacíos legislativos (126).

En cuanto al órgano al que se imputan los daños, todos los sistemas califican la responsabilidad según que provenga de la actividad de la Administración o de la actividad legislativa y judicial. Desde luego que la responsabilidad por la actividad administrativa, la primera en ser reconocida tras superarse el dogma de la irresponsabilidad, es la que cuenta con mayor desarrollo doctrinario, jurisprudencial y positivo. Sin embargo, desde hace un tiempo se registran significativos avances en la recepción de criterios para compensar los daños que provocan las actividades legislativas y judiciales.

En lo que concierne a la responsabilidad de la Administración resulta indudable que el sistema español, aun con sus contradicciones (127) y retrocesos (128), se encuentra a la cabeza de todos en el sentido de proclamar una responsabilidad objetiva y directa (129) basada en tres títulos jurídicos de atribución de responsabilidad o causas específicas, a saber: a) realización directa y legítima del daño sobre el patrimonio del administrado (130), que este no se halla obligado a soportar en sus consecuencias económicas. Esto implica indemnizar —por ejemplo— los daños, derivados de la construcción de obras públicas y los causados por la represión de desórdenes y calamidades públicas, sin que haya ninguna falta de la Administración. Es la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio; b) actuación ilícita de la Administración aunque fuere imputable subjetivamente al agente público cuya responsabilidad se adjudica a la Administración (131); y c) riesgo creado por la Administración, a través de la imputación del caso fortuito derivado de dicho riesgo, en coincidencia con la doctrina francesa (ej. daños provocados por la explosión de polvorines, ejercicios militares, etc.) (132).

Como se puede colegir con solo tres soplidos del maestro, se ha desarticulado el proceso de revisión y crítica del sistema español de responsabilidad, ya que la llamada crisis que denunció en su momento Pantaleón (133) no es tal, pues aparte de que no es concebible adjudicar a una falla del sistema la desmesura de los tribunales, el sistema —como otros en Europa (Francia) e Iberoamérica (Argentina y Colombia)— es policéntrico y adopta diferentes causas de imputación.

Estos títulos de imputación, denominados por la doctrina civilista iberoamericana (y en parte europea), factores de atribución de responsabilidad, constituyen la razón axiológica por la que el sistema legal de un país considera que deben compensarse los daños conforme a un criterio de valoración, de origen positivo o jurisprudencial (134). Como aquí se encuentra la clave para resolver las aporías que se debaten en la doctrina española, quizás fuera conveniente simplificar la regulación dividiendo la responsabilidad por actividad legítima (equivalente a la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos) de la resultante por actividad estatal ilegítima (en la que se encuadraría la responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio), dejando como factor de atribución el riesgo creado en forma separada y acotada, según las posibilidades financieras y las peculiaridades de cada Estado.

En resumidas cuentas, no es cierto que en el derecho español la causación material del daño sea el único factor de atribución que absorba a todos los demás. Este sistema, cuyo principal factor de atribución es la lesión

antijurídica resarcible, ha sido seguido por el derecho colombiano que, como lo hemos explicado, combina ese factor con la figura de la falta de servicio, entendiendo que esta tiene una naturaleza subjetiva.

Aun reconociendo el avance que implicó la construcción dogmática de la responsabilidad del Estado en el derecho español (cuya paternidad, como es sabido, corresponde al maestro García de Enterría), su principal escollo se encuentra en el hecho de haber basado el factor de atribución en un concepto atípico de antijuridicidad que remite a la ausencia del deber de soportar el daño, pues esta situación también se produce en otros factores de atribución más precisos y acotados, como la falta de servicio y el sacrificio especial.

Por otra parte, la antijuridicidad es un concepto proveniente del derecho civil que ha ido variando a través del tiempo, habiendo terminado diferenciándose de la culpa, al ser definida (en sentido objetivo) como la contradicción entre la acción u omisión y el ordenamiento (integrado por normas y principios). En el caso de la ley argentina, el concepto de antijuridicidad del del Código Civil y Comercial (art. 1717) queda absorbido por la figura de la falta de servicio (art. 4º ley 26.944) referida a la acción u omisión irregular, aparte de las críticas que ha merecido de un sector de la doctrina civilista (135). Solo podrá jugar como fundamento de una acción preventiva de responsabilidad (art. 1711 Cód. Civ. y Com.), aplicable por analogía al derecho administrativo.

La discusión en torno a la naturaleza subjetiva u objetiva de la falta de servicio es más verbal que ontológica, pues los partidarios de atribuirle carácter subjetivo se apartan del culpabilismo civil basado en la conducta negligente o dolosa del funcionario; y muchas veces adoptan estándares objetivos del funcionamiento del servicio que poco tienen que ver con la tradicional noción de culpa del Código Civil (por cuya causa algunos la denominan, impropriamente, culpa objetiva).

Lo que destaca la superioridad de la concepción de la falta de servicio como factor de atribución es el hecho de que no se precisa individualizar al autor del daño ni cumplir con una rigurosa carga de la prueba de la actuación u omisión culpable o dolosa del agente, sino que basta con demostrar que el servicio no ha funcionado en forma regular, con arreglo a las reglamentaciones o estándares objetivos que rijan en cada caso. De esa manera en el sistema francés (136) se considera que la falta de servicio traduce un anormal, defectuoso o tardío funcionamiento del servicio. En cualquier caso, el carácter objetivo de la falta de servicio no debe predicarse tanto de la responsabilidad (137) sino del factor de atribución, ya que no basta con acreditar el daño y la conexión causal, sino de probar el defectuoso funcionamiento del servicio.

Para otros modelos que han seguido sus aguas, como el argentino (138), en materia de responsabilidad por actividad ilegítima, la falta de servicio consistente en una actuación u omisión estatal, que implique el funcionamiento irregular de la función administrativa en sentido material, configura un factor de atribución (139) que, aun cuando no es único, aglutina la mayoría de los supuestos (140).

A pesar de todas las dificultades que se han expuesto, nos alienta la idea de que el progreso jurídico hacia la consolidación de las garantías que ha proclamado el Estado de Derecho, en los sucesivos modelos, no se podrá detener en el futuro, ya que el retorno a la irresponsabilidad del Estado y al culpabilismo civil como factor de atribución resulta tan injusto como imposible de concretarse en el estado actual de la evolución del derecho público europeo e iberoamericano.

(A) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

(1) Situación que hasta hace poco tiempo era la imperante en Argentina hasta la sanción de la ley 26.944 en el año 2014, aunque con una normativa objetable en algunos aspectos (v.gr. en la responsabilidad por omisión y la no indemnización del lucro cesante en la responsabilidad por acto legítimo). Es la primera vez que se regula, por ley, la responsabilidad del Estado en Argentina y en general también en Iberoamérica, con un alcance que comprende la actividad de todos los órganos y entes del Estado Nacional.

(2) OSSENBÜHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en BARNES, Javier (Dir.), Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado, Tecnos Junta de Andalucía, Madrid, 1995, p. 932 y ss.

(3) A diferencia del sistema francés, véase: MODERNE, Franck, "La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés", EDA 2004-465, señala que "la gran originalidad del

sistema francés de responsabilidad es que las dos formas de responsabilidad (la del funcionario por sus faltas personales y la de la administración por las faltas de servicio) no se excluyen sino más bien se acumulan en ciertas circunstancias".

(4) OSSENBÜHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial ...", ob. cit., p. 938, mediante "estándares objetivos de conducta" que representan "la diligencia de un buen funcionario", de presunciones de culpabilidad o del reconocimiento de la denominada "culpa de la organización", lo que hace innecesario identificar al funcionario que ha incumplido su deber.

(5) Agradezco al Dr. Horacio Piombo sus aportes para la descripción del sistema norteamericano.

(6) Cfr. Arts. 14, 16, 17, 19, 28 y 116, CN. Ver PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", La Ley, Buenos Aires, 2016, notas 3 y 4, ps. 1-2.

(7) Corte Suprema EE.UU., *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890); *Ex Parte New York*, 256 U.S. 490 (1921); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999); *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority*, 535 U.S. 743 (2002).

(8) 28 U.S.C. §2680. Por ejemplo: la omisión en llevar a cabo una actividad discrecional; el extravío de correos postales, la demora de mercancías por la aduana; el establecimiento de cuarentenas; la regulación del sistema monetario; la privación de libertad, invasión de propiedad, uso de fuerza física, etc. por agentes de investigación federales ejerciendo una autoridad válida; los hechos ocurridos en otros países; la actividad de las fuerzas armadas, etc.

(9) 28 U.S.C. §2671, et seq.

(10) 28 U.S.C. §21346 (b).

(11) 28 U.S.C. §2672. Se establece que hasta la suma de \$25.000 los ajustes podrán hacerse sin la venia del Fiscal General de los EE.UU.

(12) 28 U.S.C. §1491, et seq.; 28 U.S.C. §1295.

(13) Sobre el punto y otras diferencias significativas puede verse con provecho el artículo de BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", LA LEY, 1996-A, 922, reproducido en TRIGO REPRESAS, Félix A. (Dir.), *Doctrinas Esenciales 1936-2007: Responsabilidad civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 773, uno de los estudios más completos sobre el derecho comparado de la responsabilidad estatal.

(14) MARTÍN REBOLLO, Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España", en BARNES, Javier (Dir.), *Propiedad, expropiación...*, cit., ps. 849/850; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, ps. 689/690.

(15) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial ...", ob. cit., p. 206 y ss. GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, "La responsabilidad de la Administración, exigencia del Estado de Derecho republicano", en el libro *La responsabilidad del Estado*, Colección de Derecho Administrativo Comparado, Vol. IV, Temis-IIDA y Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2021, p. 239 y ss.

(16) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Droit Administratif", LGDJ, Paris, 2013, 13ª ed., p. 412.

(17) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 9ª ed., p. 381 y ss., afirma que el factor de responsabilidad es objetivo cuando prescinde de la persona y de la culpa.

(18) Véase: OSSENBÜHL, Fritz, ob. cit., p. 932 y ss.; y CLARICH, Marcello, "La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes", en BARNES, Javier (Dir.), *Propiedad, expropiación...*, cit., p. 1012, hace referencia a la aplicación del art. 2043 del Código Civil italiano que consagra la responsabilidad por culpa.

(19) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo", (ED 100-985) y "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte" (ED 114-215), entre otros. En la doctrina civilista, tanto Bustamante Alsina ("La responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse esta", LA LEY, 1996-C, 584) como TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J. ("Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, Buenos Aires,

2004, t. IV, p. 12 y ss.) han adherido a nuestra interpretación sobre el carácter objetivo de la falta de servicio con fundamento en el ex art. 1112 del Código Civil. En una posición contraria, véase BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2017, 7ª ed. actualizada por Roberto Enrique Luqui, t. IV, p. 2630.

(20) Ley 26.944.

(21) SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo. Temas fundamentales", Legal Publishing-Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2009, p. 710 y ss. La doctrina de Soto Kloss, nada tiene que ver con la falta de servicio y resulta más afín a la concepción imperante en el sistema español que pivotea sobre la lesión antijurídica resarcible y coloca al daño como factor objetivo de atribución.

(22) Por ejemplo: VERGARA BLANCO, Alejandro, "Derecho Administrativo: identidad y transformaciones", ediciones UC, Santiago de Chile, 2018, p. 346 y ss., proporciona una noción de falta de servicio que se asemeja a la existente en la doctrina francesa y habla de la necesidad de probar la antijuricidad del obrar administrativo pero le atribuye el carácter propio de la responsabilidad subjetiva, "en la clave usual del derecho civil", lo que parecería reconocer la necesidad de probar la culpa, lo cual resulta opuesto a la concepción francesa (ob. cit. p. 347) aunque quizá esta interpretación sea el resultado de una redacción incompleta del párrafo.

(23) Como es sabido, dicha construcción se originó en Francia en el arrêt "Blanco" del Tribunal de Conflictos.

(24) LAUBADÈRE, André de, "Traité de Droit Administratif", actualizado por Venezia y Gaudemet, LGDJ, Paris, 1984, t. I, p. 747.

(25) Ampliar en: PERRINO, Pablo Esteban, "Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita" en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, 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, ob. cit. ps. 378-379 y las respectivas citas de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

(27) En Uruguay también se ha sostenido el carácter subjetivo de la falta de servicio, véase DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho Administrativo General", vol. 2, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2013, ps. 448/454.

(28) 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, ps. 51/74; SÁENZ, Juan Ignacio, "Bases de la responsabilidad del Estado en Argentina: teorías, fundamentos y procedencia", en ABERASTURY, Pedro (Dir.), Responsabilidad del Estado, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 83 y ss.

(29) LEGUINA VILLA, Jesús, "La responsabilidad del la Administración Pública", Tecnos, Madrid, 1983, 2ª ed., 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.

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

(31) Entre otros: MOREAU, Jacques, "La responsabilité administrative", PUF, Paris, 1996, 3ª ed., p. 61; CHAPUIS, René, "Droit administratif général", Montchrestien, Paris, 1996, t. I, 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, Paris, 1935, p. 92).

(32) DUPEYROUX, Henri, "Faute personnelle et faute du service public", Tesis, Paris, 1922, cit. por PAILLET, Michel, ob. cit., p. 302.

(33) BÉNOIT, Francis Paul, "Le droit administratif français", Dalloz, Paris, 1968, p. 709.

(34) Así lo ha destacado LEGUINA VILLA, Jesús, ob. cit., ps. 87-88.

(35) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Droit Administratif", ob. cit., p. 720.

(36) RODRÍGUEZ R., Libardo, "Derecho Administrativo General y Colombiano", Temis, Bogotá, 2017, 20ª ed., t. II, p. 323.

- (37) Vid, por ejemplo, nuestro "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., p. 457y ss.
- (38) Ver: TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces y del Estado juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Segunda Época, nro. 46, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 20/21, se pronuncia en el sentido de aplicar el ex artículo 1112 del Código Civil y la "falta de servicio" como factor de atribución, incluso en la actividad del Poder Judicial.
- (39) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. actualizada, t. I, reconoce que la falta de servicio que en su momento propiciamos en la doctrina y que resultó receptada por la Corte tenía el enorme mérito de sustentar la responsabilidad del Estado en una norma de derecho público común, "lo cual dio al sistema argentino una elogiada estabilidad, sobre todo en los últimos treinta años" (ob. cit., p. 323).
- (40) En tal sentido, no creemos que la ley 26.944 haya seguido el pensamiento de Bielsa. Este autor no solo criticó la figura de la falta de servicio (BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", ob. cit., t. IV, p. 2576) sino que expresamente dijo que "si se quiere establecer un sistema de responsabilidad del Estado él debe fundarse en el principio tradicional, es decir, la culpa" (ob. cit., p. 2618). Cabe apuntar que el art. 3º inc. d) de la LRE no habla de incumplimiento de las obligaciones como presupuesto de la falta de servicio sino de una actuación u omisión irregular, lo que perfila aún más la naturaleza objetiva de la figura.
- (41) PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., ps. 85-86, funda en dicho precepto del Cód. Civ. y Com. el carácter objetivo del factor de atribución.
- (42) *Ibidem*, ps. 86-87.
- (43) Vid PIZARRO, Ramón Daniel, "La causalidad adecuada y factores extraños", en Derecho de Daños, primera parte, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 256, apunta que "aquilata la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos. Para ello es necesario llevar a cabo un juicio de probabilidad, que se realiza ex post facto y en abstracto".
- (44) Art. 3º, incisos a), b) y c), Ley 26.944.
- (45) PIERRY ARRAU, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", Revista del Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año, 2000, N° 1, ps. 1/40.
- (46) Véase: CORDERO VEGA, Luis, "La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización", Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2003, p. 7 y ss.
- (47) SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 717 y ss.
- (48) Vid: HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, "La Responsabilidad del Estado por su actividad municipal", RDP N° 24, 1978 ps. 148-149, con quien coincidimos en su posición doctrinaria.
- (49) DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho Administrativo...", ob. cit., vol. 2, p. 481.
- (50) CORDERO VEGA, Luis, "Responsabilidad de la Administración...", ob. cit., ps. 160-165.
- (51) ROJAS BETANCOURTH, Danilo, "Responsabilidad del Estado en Colombia", en el libro La responsabilidad del Estado... cit., p. 31 y ss.
- (52) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 308.
- (53) Vid: BARRERA MUÑOZ, William, "La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano", REDA nro. 70, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 977 y ss.
- (54) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 308, in fine.
- (55) Vid, por ejemplo: PÉREZ, Efraín, "La responsabilidad del Estado en Ecuador", en el libro La responsabilidad del Estado... cit., p. 91 y ss.
- (56) Ampliar en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Responsabilidad del Estado en Uruguay", en el libro La responsabilidad del Estado... cit., p. 279 y ss. del presente volumen.
- (57) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales Nro. 55, Buenos Aires, 2017, ps. 6/7. La antijuridicidad material se predica siempre con relación a una conducta (acción u omisión) y no se confunde con el daño.

- (58) LÓPEZ MESA, Marcelo J. - CESANO, José Daniel, "Antijuridicidad y causas de justificación", I B de f, Buenos Aires, 2010, p. 40, apunta que "no es necesario que haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, pues es suficiente que se cause un daño sin justificación" (ob. cit., p. 40).
- (59) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Responsabilidad del Estado en Uruguay", cit., en el libro La responsabilidad del Estado... cit., p. 281 y ss.
- (60) *Ibidem*, p. 316. Postura que coincide con la de BIANCHI, Alberto B., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos patrimoniales de los actos normativos lícitos", Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 177/179.
- (61) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, 7ª ed., p. 214.
- (62) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España", en el libro La responsabilidad del Estado... o. cit., p. 113.
- (63) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, 15ª ed., t. II, ps. 407/408.
- (64) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 308.
- (65) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?", RAP nro. 205, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
- (66) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 724 y ss.
- (67) *Ibidem*, ps. 725/730. En estos casos, "la víctima solo tiene que probar el nexo de causalidad" entre el daño y la acción u omisión de la Administración, relación causal que solo se rompe por la fuerza mayor o culpa de la víctima (no así por el hecho del tercero). Esta clase de responsabilidad se fundamenta en el principio de igualdad ante las cargas públicas que exige que el perjuicio sea anormal y especial.
- (68) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., t. II, ps. 424/425.
- (69) V.gr. Código Civil y Comercial argentino, art. 1730.
- (70) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 331.
- (71) El derecho privado exhibe un adecuado abordaje doctrinario y jurisprudencial de la concepción del riesgo creado; véase, entre otros, PIZARRO, Ramón Daniel, "Tratado de la responsabilidad objetiva", La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 69 y ss. También ha recibido una incisiva y fundada crítica de López Mesa, Marcelo en su trabajo El imperio del riesgo creado (La denodada predilección por este factor de atribución y los inconvenientes que ella provoca), el Dial.com, publicado el 1/07/2016.
- (72) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., ps. 52/56.
- (73) Fallos 320:2971 (1997) y 327:442 (2004), ambos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- (74) Art. 1757 del CCyCN.
- (75) TRAVI, Aldo - VANDELLI, Luciano, "La responsabilidad del Estado en Italia", en el libro libro La responsabilidad del Estado..., cit., p. 205 y ss. del presente volumen.
- (76) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, ps. 471 y 479.
- (77) Ampliar en nuestro "Curso de Derecho Administrativo...", ob. cit., t. I, ps. 42/44.
- (78) Por ejemplo, en la ley 26.944 de Argentina.
- (79) Ley 26.944, art. 5º.
- (80) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, ob. cit., p. 449.
- (81) Ley 26.944, art. 4º inc. c), para la responsabilidad por la actuación u omisión ilegítimas. En cambio, tratándose de actos legítimos o lícitos, el art. 4º de la citada ley prescribe que la relación de causalidad deba ser "directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño", siguiendo alguna jurisprudencia de la Corte Suprema (v.gr. en el caso "Ledesma", Fallos 312:2022). La doctrina ha criticado, con razón, la formulación legal; véase: PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad del Estado...", ob. cit., t. I, p. 302 y ss.
- (82) HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael, "La responsabilidad del Estado en Venezuela", en La responsabilidad del Estado..., ob. cit., ps. 351-352.
- (83) TRAVI, Aldo - VANDELLI, Luciano, ob. cit., p. 218.

- (84) PÉREZ, Efraín, "La responsabilidad del Estado en Ecuador, en La responsabilidad del Estado ... ", ob. cit., p. 97.
- (85) "Suma Teológica. Tratado de la justicia", BAC, Madrid, 1956, q. 58 a.7.
- (86) "Suma Teológica", cit., q. 62 a.1.
- (87) FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 209/210.
- (88) Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C No. 9, párrs. 27 y 28.
- (89) Fallos 250:135, voto del Dr. Boffi Boggero.
- (90) Fallos 295:973.
- (91) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La responsabilidad de las Administraciones Públicas...", en libro La responsabilidad del Estado..., ob. cit., p. 109.
- (92) VEDEL, Georges - DELVOLVÉ, Pierre, "Droit Administratif", PUF, París, 1992, 12ª ed., t. I, p. 539.
- (93) LAUBADÈRE, André de, "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", LGDJ, Paris, 1956, 12ª ed., t. II, ps. 69/70.
- (94) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, 4ª ed. actualizada, t. III-A, p. 476 y ss.
- (95) SÁENZ, Jorge, "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual) en el derecho público argentino", en Rosatti, Horacio D. (Dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 395 y ss.
- (96) MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED, diario del 26/11/2014.
- (97) Ampliar en nuestro trabajo "El método de la tópica y los principios generales en el derecho público", LA LEY, 2017-D, 1189 y ss.
- (98) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso...", ob. cit., t. II, p. 406 y ss.
- (99) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., cit., t. II, p. 309 y ss. y p. 274 y ss.
- (100) TERNEYRE, Philippe, "La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, con Prefacio de Franck Moderne", Economica, Paris, 1989, p. 10 y ss.
- (101) Cód. Civ. y Com., art. 959.
- (102) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 238.
- (103) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Droit Administratif", ob. cit., p. 730 y ss.
- (104) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., t. II, p. 387 y ss.
- (105) BIANCHI, Alberto B., "Responsabilidad del Estado...", ob. cit., especialmente p. 114 y ss.
- (106) BONTEMPI, Valerio, "¿Illecito costituzionale e responsabilità dello Stato: verso un regime oggettivo?", en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Fascicolo nro. 4, ottobre-dicembre, Giuffrè, 2017, p. 1083 y ss.
- (107) Vid. PIZZORRUSO, Alessandro, "La responsabilidad del Estado por los actos legislativos. La excepción italiana", trad. del italiano de Leysser L. Leon, Revista de la Facultad de Derecho, nro. 57, Lima, 2004, ps. 123/136.
- (108) OSSENBÜHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial...", ob. cit., ps. 940/942.
- (109) *Ibidem*, ps. 952/953.
- (110) *Ibidem*, ps. 953/954.
- (111) MODERNE, Franck, "La responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia", en BARNES, Javier (Dir.), Propiedad, expropiación..., ob. cit., p. 956 y ss.
- (112) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La responsabilidad de las Administraciones Públicas...", ob. cit., p. 121-122 del presente volumen.
- (113) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 340 y ss.
- (114) PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 42, con fundamento en los arts. 1º y 3º incs. b) y c) de la ley 26.944.
- (115) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Responsabilidad del Estado en Uruguay, en el libro libro La responsabilidad del Estado..., ob. cit., p. 298.

- (116) RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, p. 340 y ss., señala casos en los que el Consejo de Estado ha reconocido la responsabilidad "según las leyes" con fundamento en el art. 90 de la Constitución.
- (117) SAGARNA, Fernando Alfredo, "La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas", LA LEY, 1996-E, 890.
- (118) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La responsabilidad de las Administraciones Públicas...", en libro La responsabilidad del Estado..., ob. cit., p. 117 y ss.
- (119) Ampliar en RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., t. II, ps. 339/340.
- (120) Ley 26.944, art. 5°.
- (121) Véase: GALLI BASUALDO, Martín, "Responsabilidad del Estado por la actividad judicial", Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 47 y ss. mantiene, en líneas generales, los criterios del ordenamiento español en la materia y en CARDONA, Juan Carlos (Dir.), "Derecho Administrativo, Estado y República", Astrea, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 504 y ss.
- (122) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces...", ob. cit., ps. 20/21 y 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, 750.
- (123) Por ejemplo, en el caso "Tortorelli c/Provincia de Buenos Aires y otros", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 23/05/2006, LA LEY, 2006-D, 345; CAPUTI, María Claudia, "Tendencias actuales...", cit., LA LEY, 2000-C, 750, subraya la tendencia de la Corte a la aplicación de la falta de servicio a la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial reconociendo una nutrida jurisprudencia. El precepto contenido en el art. 5° de la ley 26.944 resulta a todas luces inconstitucional por la flagrante violación de los arts. 16 y 19 de la CN y del principio de "justa indemnización" que prescribe la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.21 ap. 2 y 63 ap. 1 de la CADH); véase también PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad del Estado...", t. I, p. 15 y ss.; si bien sin compartir algunas posturas consideramos que es uno de los mejores libros escritos sobre la materia.
- (124) MEILÁN GIL, José Luis, "El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", Bacelar Filho, Romeu Felipe (Dir.), Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, nro. 58, Forum, San Pablo, 2014, p. 15.
- (125) OSSENBÜHL, Fritz, ob. cit., ps. 950/951, destaca la sustitución de la responsabilidad subjetiva por la objetiva o sin culpa.
- (126) PERRINO, Pablo Esteban, ob. cit., p. 52 y ss.
- (127) DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?", RAP nro. 183, Madrid, 2010, p. 179 y ss.
- (128) Vid FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "¿Existe un deber jurídico...?", cit., afirma, con razón, que "un acto discrecional no puede ser al mismo tiempo nulo y razonable" y que resulta imposible fundamentar que el Tribunal rechace la pretensión de compensar los daños provocados pues "si el acto lesivo fue declarado nulo por sentencia firme es porque el tribunal que dictó esa sentencia no encontró razones que pudieran sostenerlo. Es pues, jurídicamente imposible afirmar luego, cuando se reclame la compensación de los daños producidos, que el acto en cuestión era nulo, pero que era un acto razonado y razonable, porque esto ya quedó descartado por una sentencia firme anterior y es, por lo tanto, cosa juzgada" (ob. cit., ps. 233/234).
- (129) MARTÍN REBOLLO, Luis, "La responsabilidad patrimonial...", ob. cit., p. 820; MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas y otros estudios sobre responsabilidad", Civitas, Madrid, 1998, 2ª ed., ps. 304/305; PAREJO ALFONSO, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 8ª ed., p. 935; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial...", ob. cit., p. 451; y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "Sistema de Derecho Administrativo", Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2018, 4ª ed., t. II, ps. 445/446. En contra: PARADA, Ramón, "Derecho Administrativo. Parte General", Marcial Pons, Madrid, 2000, 12ª ed., ps. 683/685.
- (130) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "Prólogo" al libro de Oriol Mir Puigpelat, La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid, 2002, p. 23.
- (131) *Ibidem*, p. 25.
- (132) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "Prólogo"..., cit., p. 23.
- (133) PANTALEÓN GÓMEZ, Fernando, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de

responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en Documentación Administrativa nro. 237-238, INAP, Madrid, enero-junio 1994.

(134) ALTERINI, Jorge A., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", t. VIII, glosa de Pascual E. Alferillo, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 60 y ss. y PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad del Estado...", ob. cit., t. I, p. 308 y ss.

(135) DE LORENZO, Miguel Federico, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, aunque esta opinión es minoritaria en la doctrina civilista, véase: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, comunicación efectuada en la sesión privada del 13 de julio de 2017.

(136) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Droit Administratif", ob. cit., ps. 719/720 anota que Duez definía a la falta de servicio como el funcionamiento anormal del servicio (op. cit., p. 720), lo que permite inducir que haya sido una de las fuentes del sistema español.

(137) Debo reconocer que lo manifestado en el texto obedece a una reflexión que hizo al respecto el eximio jurista chileno Pedro Pierry Arrau en oportunidad de mi intervención en el Diplomado de la Universidad Católica de Valparaíso (julio de 2019). En tal sentido, la confusión proviene de identificar a la responsabilidad objetiva con la responsabilidad fundada exclusivamente en el daño como factor de atribución. En rigor, sería una responsabilidad sin factor de atribución ya que el daño es un requisito común, un presupuesto en todos los sistemas de responsabilidad.

(138) El art. 3° d) de la ley 26.944 define a la falta de servicio como aquella "consistente en una actuación u omisión irregular por parte del Estado".

(139) PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 85 y ss.

(140) En Argentina, la adopción de la falta de servicio fue acogida jurisprudencialmente por la Corte Suprema recién a partir del caso "Vadell" (Fallos 306:2030 [1984]), basado en nuestra doctrina que se transcribe literalmente en el citado fallo. La trascendencia del fallo no se encuentra tanto en la aplicación del art. 1112 del Código Civil derogado, sino en la adopción de la figura de la falta de servicio en el sistema de responsabilidad estatal. Sin esa adopción no se habrían dado las condiciones para la evolución posterior de la construcción de la falta de servicio reflejada a posteriori en la doctrina del caso "Mosca" (Fallos 330: 563) que definió estándares objetivos de responsabilidad, recogidos finalmente por la Ley 26.944; vid: FERREYRA, Leandro, E., "La regulación de la responsabilidad del Estado", Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 110 y ss.