

1. ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad del Estado en la hora actual? ¿Son incompatibles las cosmovisiones provenientes del derecho público y privado?

El fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y los principios derivados de ella. Se trata de principios generales del derecho pertenecientes al derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional (v.gr. igualdad ante las cargas públicas y “*alterum non ledere*”).

Como la justicia consiste en una relación de igualdad, la ruptura de ésta exige la correspondiente compensación o reparación, ya se trate de la justicia distributiva o de la conmutativa, pues resulta injusto que no se reconozca la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por sus órganos, de un modo parecido a lo que acontece en las relaciones inter-privadas, pero con distinto fundamento, reglas y alcance.

Los perjuicios deben ser reparados en función de la naturaleza de la actividad (contractual y extracontractual y, dentro de ésta última, tanto por la actuación legítima como ilegítima).

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución, la cual si bien se gradúa de un modo distinto según provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde siempre a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración

del principio de igualdad¹ ante las cargas públicas, aún cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él o bien constituyen principios complementarios, como el enriquecimiento sin causa.

Se trata, por lo demás, de un principio reconocido por el Derecho Constitucional argentino, que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16, C.N.), el cual cobra especial trascendencia en la responsabilidad por actividad legítima.

En este sentido, uno de los requisitos que deben darse para que juegue la responsabilidad del Estado por la actividad legítima es el relativo a la especialidad del daño, lo cual no significa otra cosa que una condición del desequilibrio y comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño puede ser soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad y dar lugar a la responsabilidad estatal.

Ahora bien, con relación al fundamento y a la causa de la responsabilidad se han formulado concepciones que juzgamos equivocadas. Entre esas concepciones, algunos sostienen que la causa de la responsabilidad se encuentra en la antijuricidad de la conducta en cuanto ésta transgrede el orden jurídico e, inclusive, que se genera por un del daño antijurídico. Pero, si fuera así no habría posibilidad de responsabilizar al Estado por la actividad legítima de sus órganos cuando obran dentro del orden jurídico produciendo hechos y actos válidos.

La causa que desencadena la responsabilidad extracontractual del Estado, que constituye uno de sus presupuestos, junto con el factor de atribución y la conexión causal, no es el daño antijurídico sino el daño injusto², pues puede haber

¹ Para Soto KLOSS (“*La idea de reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por una víctima*”, en *Responsabilidad del Estado*, Universidad del Noerwe Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán, Tucumán, 1962, ps. 22), la obligación de reparar nace del daño.

² Vid: DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 15 y ss.

razones de justicia (justicia legal) que hagan que el daño lo soporte la víctima y no la comunidad.

Las ideas expuestas tornan necesario formular un replanteo de las clasificaciones tradicionales sobre la responsabilidad del Estado (administrativa, legislativa y judicial) para centrar la cuestión sobre bases distintas, pues según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado (en ambas situaciones es responsable de los daños causados injustamente a los particulares) va a diferir el alcance y la medida de la reparación, habida cuenta de que el sacrificio que soporta el administrado por el perjuicio causado por el Estado presenta una diferencia específica importante, pues mientras en la actuación legítima él tiene el deber de aceptar el sacrificio (aún cuando no el de soportar el daño)³, en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa de la actividad del Estado, no le es impuesta la obligación de soportarla, ni menos aún, de padecer el daño sin indemnización.

Una aplicación de este principio se halla en la expropiación⁴ por causa de utilidad pública (art. 17, C.N.) donde, si bien, existe la carga de soportar la privación de la propiedad el expropiado tiene derecho a ser indemnizado de su sacrificio patrimonial.

Como se ha visto, el fundamento de la responsabilidad es de derecho público y requiere, por tanto, de una regulación autónoma y diferenciada del derecho privado, no obstante que se trata, en definitiva, de reparar el llamado daño injusto o no justificado, con criterios propios de la disciplina publicista.

³ Para GONZÁLEZ PÉREZ: “*si el sacrificio que se exige del particular propietario de la cosa no obtuviese una justa compensación, se habría roto el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues un ciudadano concreto habría contribuido exclusivamente a las mismas en beneficio de los demás miembros de la comunidad*” (cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y libertad*, México, 1871, p. 51). Dicha opinión coincide totalmente con el fundamento unitario que dejamos atribuido a la responsabilidad del Estado en general.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tº I, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 469.

2. ¿Cuál es el marco normativo que regula la misma? ¿Se rige por normas de derecho público provincial?

La responsabilidad del Estado, tanto la contractual como la extracontractual, se rige por principios constitucionales de derecho público antes que por las normas que se encuentran en el Código Civil. Sin embargo, las normas del Código Civil pueden ser de derecho público allí incorporadas por una razón histórica (para delimitar las personas y las cosas y separar sin colisión las públicas de las privadas). Asimismo, tampoco hay que excluir la aplicación analógica del Código Civil⁵. Un caso paradigmático de un precepto de derecho público es el art. 1112 del Código Civil⁶ que ha permitido responsabilizar extracontractualmente al Estado por falta de servicio conforme a la concepción objetiva que la Corte Suprema sostuvo a partir del precedente caso “*Vadell*”⁷ y continuó sosteniendo en casos posteriores que incluso han extendido la falta de servicio a la responsabilidad por omisión⁸.

Las concepciones y teorías del derecho administrativo han desarrollado una serie de principios que se aplican para determinadas instituciones. Por ejemplo, en el campo contractual, rige el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato de cara al “*ius variandi*” mientras que, en el ámbito extracontractual se habla del principio de la responsabilidad objetiva y directa del Estado, con independencia de la culpa (responsabilidad por acto ilegítimo) que procede, incluso, sin individualizar al autor del daño, sea por acción u omisión no reglada⁹. A su vez, la responsabilidad por actividad legítima (denominación que preferimos a la de lícita) se apoya en un factor de atribución

⁵ Fallos: 190:142.

⁶ PERRINO, Pablo Esteban, *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita*, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 59 y ss.

⁷ Fallos: 306-2030.

⁸ Fallos: 330-653 y 332-2328, entre otros.

⁹ En derecho civil, véase: BUERES, Alberto J., *El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta. Derecho de daños*, Homenaje al Profesor Jorge MOSSET ITURRASPE, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 156.

diferente que es el llamado sacrificio especial, que cuando el daño que provoca el Estado recae en forma desigual sobre uno o varios con mayor intensidad y magnitud y no existe la obligación de soportarlo, da lugar a la indemnización, discutiéndose si ésta se limita al daño emergente o incluye también el lucro cesante.

Para poder determinar la configuración del factor de atribución en la responsabilidad extracontractual y sus criterios o estándares, va de suyo que siendo el derecho administrativo un derecho que, en el plano interno, es de naturaleza preponderantemente local (art. 121, C.N.) toda sentencia que se dicte deberá apoyarse en las normas provinciales que regulan la prestación de la respectiva actividad o servicio.

3. ¿De qué manera ha impactado la actual jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de “*causa civil*” en esta temática?

La jurisprudencia en la materia ofrece un especial interés teórico y práctico. No sólo echa por tierra la pretendida unidad del derecho de daños (que en un sistema federal resulta insostenible) sino que pone fin de una manera nítida a futuros y eventuales planteos que cuestionen la competencia originaria de la Corte.

En tal sentido, cuando se promueve una demanda por actos o hechos ilegítimos de una Provincia, la determinación de la falta de servicio requiere el análisis del derecho público local a efectos de establecer si se produjo o no el funcionamiento anormal o irregular del servicio, que es el presupuesto objetivo de la falta. Por tanto, al tratarse de un conflicto regulado, básicamente, por el derecho público local, la causa no sería una causa civil que habilite la jurisdicción originaria de la Corte¹⁰, cabe esperar que los tribunales provinciales mantengan

¹⁰ In re “*Barreto*”, Fallos: 329:759. Ver también, PERRINO, Pablo Esteban, *Alcance actual de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las provincias*, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2010, p.325 y ss.

los criterios de justicia y razonabilidad que ha exhibido la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia.

4. ¿Cuáles son los principios y reglas que rigen la responsabilidad del Estado por acto lícito, particularmente en materia de fundamento, extensión del resarcimiento y prescripción extintiva?

Preferimos hablar de responsabilidad por hechos y actos legítimos en vez de lícitos. La legitimidad es un concepto amplio que incluye los actos legales o lícitos e intrínsecamente justos.

La responsabilidad por los daños provocados por esta clase de actos surge del hecho de que aunque el daño provenga de un acto lícito resulta justo desde la perspectiva de la justicia legal pero no así en el plano de la justicia distributiva, ya que no es justo que una persona soporte el sacrificio o la carga en forma desigual al resto de la comunidad.

Se trata, en definitiva, de un daño injusto que provoca la responsabilidad estatal por afectar el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, C.N.).

Además, de los requisitos comunes que presenta esta clase de responsabilidad por actuación legítima¹¹ la Corte ha agregado con buen criterio, otros dos: a) la necesaria verificación del sacrificio especial en cabeza del afectado y b) la ausencia del deber jurídico de soportar el daño¹².

En cuanto a la extensión del resarcimiento creemos que corresponde aplicar, por analogía, el criterio del art. 10 de la Ley de Expropiaciones 21.499, el cual se centra en el valor objetivo del bien o derecho sacrificado que, en algunos supuestos (ej. valor empresa en marcha) comprende también, la ganancia esperada o lucro cesante, tal como lo estableció la Corte en el caso “*Jucalán*”, en el voto

¹¹ In re “*Tejedurias Magallanes*”, Fallos: 312-1656 (1989).

¹² En el caso “*Columbia S.A.*”, Fallos: 315-1026, publicado en REDA N° 9/10, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 139 y ss., con comentario de Pedro José COVIELLO.

del Dr. BACQUÉ¹³, dado que de excluirse se consumaría un verdadero despojo, por hallarse en juego la privación absoluta del derecho de propiedad y el principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁴.

El criterio que propugnamos, en tanto postula que, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias o utilidades futuras, cuya probabilidad de realización esté asegurada conforme al curso ordinario y natural de las cosas integra el concepto “*valor objetivo del bien*”, viene a coincidir, si bien con base en otro fundamento, con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconoce la indemnización del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad legítima del Estado¹⁵.

Con respecto a la prescripción extintiva, luego de considerar la Corte que no se aplicaba el art. 4037 del Código Civil (caso “*Laplacette*”)¹⁶, declaró aplicable el plazo de dos años que rige en materia de responsabilidad extracontractual establecido en dicho precepto (texto según la reforma introducida por la Ley 17.711)¹⁷ lo que no parece congruente con el fundamento de esta clase de responsabilidad ni con la reacción que cabe esperar de la víctima del daño que, sobre todo cuando son personas de menores recursos, pueden suponer que carecen del derecho a ser indemnizadas por el hecho de tratarse de una actividad legítima.

¹³ Fallos: 312-2266 (1989).

¹⁴ Véase nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, cit., ps. 544-549.

¹⁵ Casos “*El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional*”, 28 de julio de 2005, Fallos: 328:2654 y “*Zonas Francas Santa Cruz S. A. c/ Estado Nacional – PEN – Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios*”. Ver: PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante*, Suplemento de Derecho Administrativo, Jurisprudencia Argentina del 11/11/09.

¹⁶ Fallos: 195-66 (1943).

¹⁷ In re “*Cipollini*”, Fallos: 300-143, ver también CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T° I, cit., ps. 502-503.