

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: NOCIONES ACTUALES E IDEAS FUTURAS*

PABLO SEBASTIÁN CARDUCCI**

Resumen: El objeto del presente trabajo es repasar la evolución histórica del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, describiendo someramente su situación actual, y comentando la evolución de los fundamentos jurídicos de dicha institución. Además, se hará hincapié en la cuestión de la reparación de los daños causados por la actividad estatal y, en particular, en la extensión de la reparación, estudiando su evolución jurisprudencial, y algunas posturas doctrinarias relevantes.

Palabras clave: derecho administrativo – responsabilidad del estado – régimen federal – derecho local – extensión de la reparación.

Summary: The purpose of this work is to make a review about the historic evolution of the regime of state responsibility in our country, and to describe briefly the current situation of this regimen, making comments about the evolution of the legal basics of this institution. Also, the work will emphasize on the reparation of damage caused by the state activity and, mainly, the extension of the reparation, studying its jurisprudential evolution, and some doctrinal/academic positions of relevance.

Keywords: administrative law – state responsibility – federal regime – local law – reparation extension.

I. INTRODUCCIÓN: A MODO DE EXCUSA

El autor de este trabajo, como buen aspirante a administrativista, ha tomado al pie de la letra las bases del Concurso, en particular en cuanto a su género. Por ende, escudará las vaguedades e imprecisiones de las ideas presentadas a continuación en el carácter formalmente propedéutico de todo ensayo.

* Tercer puesto del X Concurso “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Administrativo, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Dres. Carlos F. Balbín, Fernando R. García Pullés y Héctor A. Mairal. Recepción del original: 31/03/2013. Aceptación: 10/09/2013.

** Abogado UBA (2012).

Pasando, ahora sí, a la primera persona, diré que el objeto de mi trabajo será repasar la evolución histórica del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, deteniéndome en los fundamentos jurídicos en los que se ha asentado, para luego esquematizar someramente la situación actual de dicho régimen.

Posteriormente, y sin pretender agotar el tema en estas breves líneas, ni llegar a una conclusión *científica* —o tan siquiera sólida—, buscaré indagar respecto de extensión de la reparación en materia de daños causados por la actividad estatal —en particular, en la órbita de la responsabilidad por actividad lícita—, cuestionaré la evolución de la jurisprudencia, haciendo especial referencia a un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentaré algunas posiciones doctrinarias en disputa, y plantearé algunos interrogantes, intentando proponerles alguna respuesta más o menos razonada.

II. LA DEMANDABILIDAD DEL ESTADO: SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN

En un principio, no existían en nuestro país normas que impidieran la libre demandabilidad del Estado. Nada de eso decían los arts. 100 y 101 (actuales 116 y 117) de la CN, ni la Ley 27 de Organización de los Tribunales Federales. Sin embargo, el derecho norteamericano —como vehículo de las nociones anglosajonas— sirvió de modelo para incorporar una teoría limitativa del control judicial de la administración: la teoría de la inmunidad soberana,¹ de acuerdo a la cual el Estado no podía ser llevado a estrados judiciales sin su anuencia previa.

Conforme señala Marcer,² la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue oscilante en su jurisprudencia sobre la materia. Mientras se pronunciaba en “*Bates Strokes y Cía*”³ (1864) resolviendo la cuestión como un conflicto común entre partes, sostenía en “*Vicente Seste y Antonio Seguich*”⁴ (también de 1864) que el Estado no podía ser demandado judicialmente sin su consentimiento. Posteriormente, precisaría en “*Juan Carlos Gómez*”⁵ (1865) que la decisión de “*Bates Strokes*” se había basado en las particulares circunstancias de la causa, pero que la libre

1. Si bien no es objeto de este trabajo, es curioso notar que la noción de inmunidad soberana, derivada del principio del derecho anglosajón que sentaba que el rey no podía hacer mal (“*the King can do no wrong*”) encuentra poco asidero en nuestra historia nacional, ya que, *stricto sensu* y al igual que en el caso de Estados Unidos, la Argentina nunca tuvo rey.

2. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 39.

3. Fallos, 1: 259.

4. Fallos, 1: 317.

5. Fallos, 2: 36.

demandabilidad del Estado no era la regla, y la decisión de los reclamos quedaba en manos del Congreso, único facultado para arreglar el pago de la deuda pública.

La jurisprudencia y la praxis se sucedieron de forma irregular, pero se fue conformando la idea de que el Estado sólo podía ser demandado previa autorización del Congreso, sistema que se empleaba en la práctica a través del dictado de leyes individuales para autorizar a los particulares a demandar. Ese sistema funcionó hasta el año 1900, en que se sancionó la Ley 3.952. El innovador sistema establecido por ésta norma disponía que no era necesaria la venia legislativa, pero debía demostrarse que como previo a demandar se había formulado reclamo ante el Poder Ejecutivo Nacional, fijando los plazos de éste procedimiento de reclamo ante la administración.⁶

Sin embargo, la Corte interpretó que esa ley sólo se aplicaba a las causas de derecho privado (aplicando la llamada “teoría de la doble personalidad del Estado”), por lo que para las causas contencioso administrativas (en las que el Estado actuaba como poder público) seguía requiriéndose la venia legislativa.

La sanción de la Ley 11.634 reformó el sistema creado por la Ley 3.952, dejando sin efecto la necesidad de venia legislativa, pero estableciendo un reclamo previo como requisito para todos los procesos. De ese modo, salvo para aquellos casos que la jurisprudencia admitía como excepción (es de destacar, entre otros, el caso de la responsabilidad por los hechos y accidentes en que sean parte los agentes de la Nación), quedaba configurado el sistema de reclamo administrativo previo como necesario para todos los casos en que fuera a demandarse al Estado nacional.⁷ Alternativamente, subsistía la vía recursiva establecida por el Dec. 7.520/44, que regulaba el recurso jerárquico. Es decir, ya en ese entonces podían advertirse algunos rasgos del sistema de acceso a la jurisdicción (de doble vía, reclamatoria y recursiva) que subsiste en la actualidad.

El nacimiento del fuero contencioso administrativo,⁸ cuya competencia se definía en forma tautológica (entendía en “las causas contencioso administrativas”), creó un sistema que diferenciaba el control argentino de todos los demás. El control judicial de la administración se llevaba a cabo a través de tribunales judiciales (a diferencia de Francia), especializados en la materia (a diferencia de Estados Unidos), que tenían un tribunal superior común con los restantes tribunales judiciales (a diferencia de España).⁹

6. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 40.

7. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 41-2.

8. Establecido por las leyes 12.967 (1947) y 13.278 (1948).

9. Sobre el particular se ha extendido profusamente Mairal. Ver, especialmente, MAIRAL H., *Control Judicial de la Administración*, Buenos Aires, Depalma, 1984, v. I, Parte preliminar.

En el año 1972 se sancionó el decreto Ley 19.549 que, con las modificaciones introducidas por la Ley 25.344, trazó el régimen de acceso a la jurisdicción vigente en la actualidad. Su título IV prevé un sistema de doble vía para llevar al Estado a sede judicial: la de los arts. 23 y 24, es decir, la vía recursiva o impugnatoria y la de los arts. 30 y subsiguientes, la vía reclamatoria.¹⁰

Desde hace largo tiempo, entonces, no quedan dudas de que todo actuar del Estado es pasible de generar derechos indemnizatorios, y, con sus defectos y virtudes,¹¹ tanto la legislación como la jurisprudencia han evolucionado en sentido de admitir que pueda ser llevado a estrados judiciales.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Superada la etapa de la indemandabilidad, y definidas y enunciadas las vías de acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos de los particulares en las causas contra el Estado, corresponde detenerse en los fundamentos jurídicos de la responsabilidad estatal.

Es de destacar, por principio, que nuestro país no cuenta con una ley nacional de responsabilidad del Estado.¹² Mas dejando de lado esta dificultad, la jurisprudencia, apoyándose en normas constitucionales en algunos casos, y construyendo analogías con otros sistemas de responsabilidad, ha ido definiendo diversos criterios, algunos de los cuales se han asentado a lo largo del tiempo. Puede decirse, entonces, que a los efectos de estudiar el sistema de responsabilidad del Estado federal, en la actualidad, la jurisprudencia –y en particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– es la fuente por antonomasia.

A los efectos del estudio del régimen, entonces, resulta conveniente clasificar las situaciones que pueden generar responsabilidad del Estado en dos grupos. A grandes rasgos, estudiaremos la responsabilidad por el accionar lícito de la administración, y, por otro lado, la que se deriva de su obrar ilícito.

10. Autores de la talla de Hutchinson sostienen, sin embargo, que la Ley 3.952 sigue siendo el régimen vigente para las “acciones civiles” contra el Estado, como ser la acción reivindicatoria, la usucapión y la meramente declarativa (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Al respecto, ver HUTCHINSON, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 187.

11. La doctrina es, en general, sumamente crítica respecto de la imposición de plazos cortos para demandar una vez habilitada la instancia. Ver, por ejemplo, MAIRAL H., *Control Judicial de la Administración*, Buenos Aires, Depalma, 1984, v. I, p. 105.

12. Sí, en cambio, con algunas normas provinciales que regulan expresamente la materia. Ver, por caso, las constituciones provinciales de Chaco (art. 76), Chubut (art. 98), Córdoba (art. 178), San Juan (art. 8) y Tierra del Fuego (art. 80), entre muchas otras.

III.A. La responsabilidad del Estado por su obrar ilícito¹³

La órbita de la responsabilidad por actos ilícitos del Estado es de fácil asimilación con el régimen civil de responsabilidad. La teoría de la responsabilidad civil exige cuatro elementos para que ésta se configure: el daño, la antijuricidad de la conducta que lo causa, un factor de atribución —que puede ser objetivo, o subjetivo— de la conducta al sujeto presuntamente responsable y un nexo causal entre esa conducta y el daño producido.

En el ámbito del derecho administrativo los elementos son similares. Debe existir daño, que al igual que en el régimen de responsabilidad civil debe ser siempre cierto y actual; la presencia de antijuricidad en el acto, hecho u omisión de la administración (recordemos que nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad por actos ilícitos); el nexo causal entre la conducta antijurídica y el daño, y la existencia de un factor de atribución (la *falta de servicio*).

Claro, si bien los elementos son similares, la válvula de escape que determina, habitualmente, la procedencia o no de las demandas por responsabilidad del Estado por su actividad ilícita se encuentra precisamente en su elemento distintivo, es decir, el factor de atribución. La fórmula de la falta de servicio aparece delimitada por primera vez en el fallo “Ferrocarril Oeste” (1938).¹⁴ Allí, sostendría el Tribunal que “...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causar su incumplimiento o irregular ejecución (doctrina de los arts. 626 y 630 del Código Civil)”, imputando la responsabilidad al Estado Nacional en virtud de los arts. 1.112 y 1.113 del Código Civil, por culpa *in eligendo*.

Posteriormente, reafirmaría su posición en la causa “Vadell, Jorge”¹⁵ (1984), aplicando la misma fórmula y refiriéndose a ella como la “idea objetiva de la falta de servicio”, que encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1.112 del Código Civil. Se trata, según sostiene el tribunal en el fallo en cuestión, de una responsabilidad directa del Estado, y la imputación de la conducta del funcionario al Estado se lleva a cabo a través de la teoría del órgano.¹⁶

Esta noción de la falta de servicio es desarrollada en mayor detalle en la causa “Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aires” (2007).¹⁷ Allí, la Corte sostiene que

13. Con la expresión “responsabilidad del Estado por su obrar lícito” pretendo abarcar toda conducta ilícita de la administración, sea esta activa o pasiva. Es decir, si bien me refiero al “obrar” de la administración, comprendo en la definición también la responsabilidad por omisiones antijurídicas.

14. Fallos, 182: 5.

15. Fallos, 306: 2.030.

16. Fallos, 306: 2.030, considerando 6.

17. Fallos, 330: 563.

la responsabilidad por falta de servicio es objetiva, en cuanto se debe juzgar no la conducta del agente, sino si existió una prestación efectiva y regular del servicio.¹⁸ Además, diagrama los elementos que deben analizarse para definir si se configura o no falta de servicio, a saber: (a) *la naturaleza de la actividad*, haciendo hincapié si la prestación cuyo incumplimiento se reclama surge de un mandato legal expreso o de un objetivo legal indeterminado; (b) *la disponibilidad de medios razonables para la prestación del servicio*; (c) *la relación entre la víctima y el servicio* y; (d) *la previsibilidad del daño*.

Es interesante recalcar el criterio esbozado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la oportunidad de votar en la causa “Torres”.¹⁹ Sostiene el fallo que a los efectos de valuar la falta de servicio en relación a las omisiones estatales, debe estudiarse la naturaleza de los intereses comprometidos en el caso, desde ópticas cualitativas y cuantitativas. Existen intereses particulares que, en relación a la actividad estatal, son cualitativamente más relevantes (por ejemplo, la preservación de los derechos a la vida, o la integridad física) que otros. En los casos de intereses que son de la misma jerarquía cualitativa (es decir, intereses patrimoniales), el criterio de medida debe ser cuantitativo. De este modo, el esfuerzo exigible al Estado para satisfacer un interés cualitativamente relevante es, desde ya, superior al exigible para satisfacer intereses cuantitativamente mesurables. En el caso de estos últimos, por cambio, deberá estudiarse si el esfuerzo general que se exige del Estado resulta o no justificable, en relación con los daños que se podrían haber prevenido con su accionar. En caso de que se determine que el esfuerzo patrimonial estatal sería cuantitativamente superior al daño sufrido por el particular (recordemos, se trata de intereses puramente patrimoniales), no puede existir responsabilidad del Estado.

Si se estudia el reciente Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en la versión original preparada por la comisión redactora,²⁰ puede advertirse que regulaba la cuestión de la responsabilidad del Estado en tres artículos. Los dos primeros, relativos a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, disponían que:

Art. 1.764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad,

18. Autores como Reiriz consideran que la falta de servicio tiene naturaleza subjetiva. Ver, al respecto REIRIZ, M. G., “Responsabilidad del Estado” (pp. 220-9), en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996.

19. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, sentencia del 04/04/1989, publicado en LL 1989-C, 514 - DJ1990-1, 191.

20. Designada por el decreto 191/2011.

los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Art. 1.765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Como puede verse, el primero de esos artículos refleja en forma casi exacta el criterio del tribunal en la causa “Mosca”. El segundo, por su parte, establece la responsabilidad concurrente del funcionario que ejerció su tarea en forma irregular (sea por acción u omisión) con el Estado, que responde en forma concurrente y directa.

Sin embargo, estos artículos fueron reemplazados por el Poder Ejecutivo Nacional,²¹ quien cuenta con la iniciativa legislativa, al momento de enviar el proyecto al Congreso. Sobre esta cuestión me detendré más adelante, al referirme a la cuestión de la unidad o dualidad de los sistemas de reparación.

III.B. La responsabilidad del Estado por su obrar lícito

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita tiene un fundamento de raigambre completamente diferente, y que no puede encuadrarse ni aun por analogía a través del régimen de responsabilidad iusprivatista. Es que, en materia de derecho privado rige el art. 1.071 del código civil, en cuanto dispone que “el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto”. Si olvidáramos la distinción entre las relaciones de derecho público y privado, y aplicáramos este precepto a la responsabilidad del Estado, llegaríamos fácilmente a la conclusión de que la actividad lícita del Estado está amparada por la norma, por lo que no puede generar derecho a indemnización. Es inconcebible, en materia de derecho privado, la reparación de daños causados sin antijuricidad.

Por esta razón, y en la inteligencia de que el Estado puede causar graves daños aún actuando en forma lícita (a través no sólo de su actividad normativa, sino también de hechos y actos administrativos),²² la jurisprudencia y la doctrina han construido el régimen de responsabilidad del Estado por su actividad lícita basándolo fundamentalmente en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN). Empero, como señal Mairal, en esta materia, la regla general es la

21. Decreto 884/2012.

22. MAIRAL, H. “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 145-6.

no responsabilidad, ya que el ejercicio de los poderes propios del Estado no puede fundar un derecho de indemnización para los particulares sin que ello implique frenar toda actividad pública.²³

Sin embargo, tal y como señala el autor, a partir de la jurisprudencia sentada por el tribunal en la causa “Corporación Inversora Los Pinos” (1975),²⁴ se estabiliza la posibilidad excepcional de responsabilizar al Estado.

De este modo, para que se configure la restrictiva hipótesis de responsabilidad del Estado por actividad lícita deben darse ciertos requisitos, a saber: (a) una *conducta generadora de un daño cierto y actual*, (b) *la posibilidad de imputar ese daño a un obrar de la administración*, (c) la existencia de una *relación de causalidad entre el daño y la conducta de la administración*, que debe ser directa, inmediata y exclusiva,²⁵ (d) *la existencia de un perjuicio o sacrificio especial*, y (e) *la ausencia del deber jurídico de soportar el daño*.²⁶

Tal y como acontecía con la falta de servicio en materia de responsabilidad por actividad ilícita, el elemento diferenciador en materia de responsabilidad por actividad lícita es el perjuicio especial²⁷ sufrido por el particular (y, correlativamente, la ausencia de un deber jurídico de soportar ese perjuicio).²⁸ Es de destacar, por oposición, que en tanto nos hallamos en un régimen de licitud, no es requisito la presencia de antijuricidad.

Al igual que en el caso de la responsabilidad por actividad ilícita, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial —una vez más, en su redacción original— incluía un artículo que regulaba la responsabilidad del Estado por actividad lícita. En efecto, en el texto del proyecto podía leerse que:

Art. 1.766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo

23. MAIRAL, H. “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 142.

24. Fallos, 293: 617.

25. Así lo estableció la Corte en “Ledesma” (1989, Fallos, 312: 2.022).

26. Entre la jurisprudencia especialmente relevante para la configuración de estos *standards*, debe mencionarse los fallos “Cantón” (1979, Fallos, 301: 403), “Eduardo Sánchez Granel” (1984, Fallos, 306: 1.409), “Tejedurías Magallanes” (1989, Fallos, 312: 1.656) y “Columbia” (1992, Fallos 315: 1.026).

27. Definido por la Corte como un “*daño diferenciado del sacrificio que necesariamente debe ser soportado como consecuencia de la vida en sociedad*” en el fallo “Prada” (1993, Fallos, 316: 1.465, cons. 14).

28. Criterio que, en casos como “Columbia” (1992, Fallos 315: 1.026) y “Revestek” (1995, Fallos, 318: 531) fue reemplazado por la noción de la “*situación jurídicamente protegida*”. Si hay lesión, pero el interés lesionado no está protegido jurídicamente por el derecho, no hay responsabilidad.

comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Una vez más, la norma proyectada por la comisión buscaba proveer un fundamento normativo adecuado al criterio jurisprudencial vigente. Sin embargo, tal y como aconteciera con los artículos dedicados a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, esta norma tampoco llegó al proyecto definitivo enviado al Congreso, ya que fue suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional.

IV. LA CUESTIÓN DEL ALCANCE DE LA REPARACIÓN

La inexistencia histórica de normas claras que regulen la responsabilidad estatal ha proyectado sus efectos también en el aspecto de extensión de la reparación.

Como hemos visto, el sistema se ha construido, en la práctica, sobre algunas normas constitucionales, auxiliadas por normas del Código Civil. Sin embargo, la aplicación de las normas de ese cuerpo al momento de determinar las indemnizaciones ha generado controversias en la jurisprudencia nacional, siendo ésta una cuestión que parecía mantenerse inestable hasta la actualidad.

Antes de adentrarnos en el estudio de dicha jurisprudencia, destacaremos que en materia de responsabilidad por la actividad ilícita del Estado, se ha aceptado casi en forma unánime que la reparación debe ser plena.²⁹ Las dificultades comienzan, como resulta natural, cuando se aborda la cuestión desde la órbita de la responsabilidad por el obrar lícito.³⁰

Para adentrarnos en el recorrido por la jurisprudencia en esta materia, diremos que el Tribunal Superior ha sido oscilante en su historia en relación a la extensión de la reparación en las causas que versaban sobre responsabilidad por actos administrativos lícitos (sea en el marco contractual o extracontractual), al igual que por su actividad normativa lícita (tanto legal como reglamentaria).

Por destacar algunos, en los fallos “Corporación Inversora Los Pinos” (1975),³¹ “Cantón, Mario” (1979)³² y “Motor Once” (1989),³³ la Corte limitó la extensión del resarcimiento, circunscribiéndolo al daño emergente. Es que, el Tribunal entendió

29. BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, v. II, p. 432.

30. Ya que, como hemos visto, el fundamento de la responsabilidad estatal por actividad lícita no se encuentra en las normas del Código Civil.

31. Fallos, 293: 617.

32. Fallos, 301: 403.

33. Fallos, 312: 649.

que existen ciertas intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados que son autorizadas por el derecho cada vez que así lo requiere el interés público, siendo el caso paradigmático el de la Ley de Expropiaciones³⁴. Si la responsabilidad no podía basarse en normas de derecho civil, tampoco podría sostenerse en estas normas la extensión de la reparación. La analogía pertinente debía realizarse, entonces, con ésta norma, que limitaba la responsabilidad al daño emergente, excluyendo expresamente el lucro cesante.

Sin embargo, en otras causas, entre las que pueden nombrarse “Sánchez Granel” (1984),³⁵ “Juncalán Forestal” (1989),³⁶ y “El Jacarandá” (2005),³⁷ el Tribunal se pronunció en favor de otorgar una reparación plena, entendiendo por esta a todos aquellos intereses afectados por la conducta estatal, susceptibles de ser reparados pecuniariamente.

Es interesante advertir que en la oportunidad de sentenciar la causa “Sánchez Granel”, que fue durante largo tiempo el *leading case* en materia de responsabilidad estatal por actividad lícita, la Corte no proporcionó un fundamento normativo para la extensión de la reparación. Por el contrario, sostuvo que la etapa de la irresponsabilidad del Estado se hallaba concluida, que “es principio recibido por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares”, y “que ese principio que se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado”.³⁸

Sostuvo, además, que la reparación integral sólo puede ser obstaculizada por razones de fuerza mayor, el marco contractual vinculante (es decir, el que vincula al particular con la administración) o que una ley específica disponga lo contrario en un caso singular.³⁹

No fue hasta la causa “Gunther, Fernando Raúl” (1986)⁴⁰ que la Corte proporcionó un fundamento constitucional para la reparación integral. Allí, el Tribunal sostuvo que “la responsabilidad que fijan los arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene

34. Es sumamente ilustrativo, respecto de este punto, el dictamen de la Procuradora General, Graciela Reiriz en la causa “Motor Once” ya citada.

35. Fallos, 306: 1.409.

36. Fallos, 312: 2.266.

37. Fallos, 328: 2.496, aunque con voto de Highton De Nolasco que sostiene el criterio de “Motor Once”.

38. Fallos, 306: 1.409, considerandos 5 y 6.

39. Fallos, 306: 1.409, considerandos 6.

40. Fallos, 308: 1.118.

raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el sub lite”.⁴¹

Los argumentos de “Gunther” serían reeditados posteriormente, en un fallo que, en principio, resultaría ajeno a la materia de este trabajo, pero que por sus efectos resulta pertinente mencionar como antecedente. En la oportunidad de decidir en “Aquino, Isacio” (2004),⁴² el Tribunal fulminó el régimen especial de responsabilidad creado por la Ley de Riesgos de Trabajo. Sostuvo, en ese entonces, que el art. 39 vigente resultaba inconstitucional, en tanto privaba a los trabajadores de obtener una reparación integral.⁴³

La cuestión pareciera haber sido zanjada, sin embargo, con un pronunciamiento reciente que, aunque no recayó en un caso de responsabilidad por actividad lícita del Estado, estableció parámetros generales aplicables a todo régimen de responsabilidad diferencial. Al decidir en “Rodríguez Pereyra” (2012),⁴⁴ la Corte expidió sobre el alcance de la reparación, extendiéndose en algunos de los argumentos que he comentado a lo largo del presente y proporcionando algunos parámetros que intentaré extraer para emplearlos como herramientas de análisis general.

Sostuvo el Alto Tribunal, que la constitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad —en el caso, el del estatuto del personal militar— debe sostenerse a través de la ponderación de dos factores: (a) el alcance de los derechos constitucionales invocados; y (b) si los daños causados encuentran su debida reparación.⁴⁵

Desarrollando la argumentación, la Corte sostiene —como lo había hecho en “Gunther”— que existe un principio constitucional general vinculado a la reparación, que se deriva de la prohibición de perjudicar a terceros que, entiende, existe en el art. 19 CN. Ese principio estaría reglamentado a través del art. 1.109 del Código

41. Fallos, 308: 1.118, considerandos 14.

42. Fallos, 327: 3.753.

43. Reparación integral que, según la Corte, encontraría una vez más fundamento en el art. 19 CN.

44. Causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s. daños y perjuicios”, R. 401. XLIII., sentencia del 27/11/2012. El pronunciamiento ha sido vastamente comentado por la doctrina, en tanto la Corte se pronunció sosteniendo que los órganos judiciales nacionales tienen la obligación de ejercer de oficio tanto el control de convencionalidad como el de constitucionalidad. Puede verse, al respecto, GELLI, M. A., “La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances (en el caso “Rodríguez Pereyra”)”, en LL 2013-A, 25.

45. Considerando 17.

Civil, que establece que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro tiene el deber de repararlo. Esta norma, dice el Tribunal, no es una norma de derecho privado, sino que resulta ser un principio general susceptible de abarcar todas las disciplinas jurídicas.⁴⁶

En esa misma línea, la Corte destaca que el deber constitucional de reparar no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 CN) y que, en tanto la reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, la indemnización debe comprender todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte a la persona, su patrimonio, sus derechos y/o facultades.⁴⁷

Concluye el Tribunal el razonamiento sosteniendo que el monto indemnizatorio que resulta del régimen especial no alcanza a reparar integralmente el daño causado, y que, por ende, “los medios elegidos no se adecuan al objetivo reparador de la norma pues se consagra una solución incompatible con los principios y derechos que la Constitución Nacional ordena respetar, proteger y realizar en el caso concreto”.⁴⁸

La jurisprudencia analizada da cuenta, entonces, de que la Corte Suprema en su actual composición, considera que, a priori, la *reparación integral* es el principio rector en materia de responsabilidad. Esa regla, sostiene el Alto Tribunal, no puede ser dejada de lado por regímenes especiales, salvo excepciones sumamente particulares.

V. ¿UNIDAD O DUALIDAD DE SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD?

¿ES LA RESPONSABILIDAD UN “INSTITUTO GENERAL DEL DERECHO”?

El criterio de la Corte Suprema en el fallo “Rodríguez Pereyra” parece apuntar a que la noción de *responsabilidad* se erige como un instituto general del derecho, que puede y debe ser regulado en manera uniforme para todo el país, y, por ende, no es escindible a través de regímenes diferenciales. Este régimen general de responsabilidad es el que contiene, como principio rector, a la noción de la integralidad de la reparación.

De este modo, el Tribunal utiliza una estructura argumental similar a la que había empleado al fallar en “Filcrosa S.A. s. Quiebra s. Inc. de Verificación por Municipalidad de Avellaneda” (2003),⁴⁹ cuando sostuvo que las provincias resignaron en favor de la Nación la regulación del *régimen general de las obligaciones*

46. Considerado 18.

47. Considerado 20.

48. Considerado 23.

49. Fallos, 326: 3.899.

y, por tanto, toda legislación provincial que regulara en materia de prescripción en contra de lo dispuesto por el Código Civil resultaba inválida.

Sin embargo, en mi opinión, la interpretación del Tribunal no tenía en ese entonces —ni tiene, en la actualidad— un fundamento normativo claro para sostener el ejercicio de una competencia de esa naturaleza por parte de la Nación.⁵⁰

Existen algunas cuestiones de índole constitucional que —en mi opinión— se oponen a esta idea. Sin ir más lejos, es difícil sostener que pueda atribuirse al Congreso Nacional la competencia para dictar un régimen general de responsabilidad del Estado para todo el país.

En nuestro régimen federal, la distribución de competencias entre el Estado nacional y las provincias ha conservado a éstas últimas todos los poderes no delegados a la Nación (art. 121 CN). Entre las competencias delegadas no se encuentran las cuestiones relacionadas con el derecho administrativo y, por ende, tampoco su régimen de responsabilidad. Por ello, señala Balbín que de acuerdo a nuestro régimen constitucional, son las provincias las que dictan las normas sobre las materias propias del derecho administrativo en su ámbito territorial. Así, cada provincia regula, entre otros temas, el empleo público, la organización estatal, la administración financiera del Estado, los procedimientos administrativos, las contrataciones estatales, la responsabilidad del Estado y el proceso contencioso administrativo.⁵¹

En la causa “Barreto, Alberto Damián” (2006),⁵² caso en que la Corte Suprema redefinió el concepto de “causa civil” (art. 24 inc. 11 del decreto Ley 1.285/58), el tribunal excluyó su jurisdicción originaria a los actos derivados de la actuación de los Estados provinciales en materia de derecho público.

Sostuvo el tribunal en dicha oportunidad, con citas de Marienhoff, Fiorini y Forsthoff, que “se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del ‘poder de policía de seguridad’ entendido como una ‘potestad pública’ propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado”.⁵³

50. En este sentido, es ilustrativa la lectura del fallo “Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c. D.G.R.” del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sentencia del 13/06/02), dictado con posterioridad a “Filcrosa”, y que versa sobre la misma cuestión.

51. BALBÍN, C., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, v. I, p. 180.

52. Fallos, 329: 759.

53. Fallos, 329: 759, Cons. 10.

Este criterio se ajusta mucho mejor, a mi entender, a las normas que, como el art. 75 inc. 12,⁵⁴ distribuyen las competencias constitucionales normativas.

En esta misma tesis (la tesis “administrativista” de la responsabilidad) se ha enrolado el Poder Ejecutivo Nacional en la oportunidad de modificar el Anteproyecto de Código Civil y Comercial preparado por la Comisión Redactora. Es que, tal y como señalara anteriormente, los artículos que regulaban la responsabilidad del Estado fueron reemplazados. El proyecto enviado finalmente al Congreso dispone que:

Art. 1.764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Art. 1.765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Art. 1.766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

La idea de la separación entre el régimen de responsabilidad de los particulares y el de responsabilidad del estado, no es en lo absoluto novedosa sino que, por el contrario, fue (y sigue siendo) sostenida por una gran parte de la doctrina. Graciela Reiriz enseñó, por ejemplo, que la circunstancia de que ciertas disposiciones de materia administrativa se encuentren en el Código Civil obedecía a un error metodológico del codificador. Más aún, entendió que el codificador no advirtió que el Congreso Nacional carecía de competencias delegadas por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo, y aún si pudiese hacerlo respecto del Estado nacional, resulta metodológicamente incorrecto incluir estas normas federales en un corpus de derecho común.⁵⁵

¿Puede el Código Civil regular la responsabilidad del Estado? Para comenzar a responder algunos de los interrogantes que se van presentando, diré que, en principio, comparto la posición de Reiriz, que actualmente sostiene el Poder Ejecutivo Nacional. En mi opinión, el Código Civil no *debe* regular el régimen de responsabilidad del Estado. Eso no significa que no *pueda* hacerlo, aunque con un alcance limitado.

54. La llamada “cláusula de los códigos” que dispone expresamente que las normas dictadas en su consecuencia no podrán afectar las jurisdicciones locales.

55. REIRIZ, G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 220-9.

De este modo, entiendo que si bien el Congreso tiene prerrogativas para regular en materia de responsabilidad del Estado federal, no puede establecer normas que regulen la responsabilidad de los Estados provinciales, que es materia de derecho público no delegado a la Nación. Por esta razón, el Congreso estaría facultado para incluir en el Código Civil (hacerlo allí o en una ley separada, tal y como se pretende actualmente, es una discusión puramente metodológica y de técnica legislativa) disposiciones que regulen la responsabilidad del Estado nacional. Lo que no puede pretenderse es que estas normas sean aplicadas a los Estados provinciales, so pretexto de que al estar reguladas por el Código Civil resultan aplicables en todo el territorio de la Nación.

Con ello no busco desconocer la conveniencia que podría tener una regulación de esta índole (más que nada, por razones de seguridad jurídica). Pero la distribución constitucional de competencias es clara en este aspecto, y no puede verse alterada por razones de comodidad de sus intérpretes.

Si partimos, entonces, de la noción de que las provincias no delegaron a la Nación sus potestades normativas respecto del derecho público local, menos aún puede reconocerse que se haya delegado al Congreso la facultad de dictar una suerte de ordenamiento que reúna los principios generales del derecho o el régimen común de las obligaciones, tal y como pareciera pretender la Corte en “Filcrosa” o “Rodríguez Pereyra”.⁵⁶ Cabe preguntarse, por otra parte, ¿dónde se dibujarían los límites de este supuesto régimen general de las obligaciones, cuyo dictado es competencia del Estado Nacional? ¿Qué otros aspectos del régimen de las obligaciones comprende? ¿Pueden las provincias crear sujetos obligacionales,⁵⁷ o regular modos de extinción? Pareciera ser que nos enteraremos de la respuesta a ese interrogante cuando así lo decida el Superior Tribunal, avasallando las autonomías provinciales.

¿Cuál sería el alcance, según la Corte, de las potestades regulatorias que innegablemente poseen las provincias, en materia de responsabilidad del Estado? La interpretación que razonablemente puede extraerse del fallo es que ningún régimen *especial*⁵⁸ de responsabilidad puede apartarse del régimen general en perjuicio de los particulares, so pena de inconstitucionalidad. ¿Entiende el Tribunal que el régimen del Código Civil es el piso y que las provincias sólo pueden regular para mejorar la situación de los particulares? En mi opinión, es una de las lecturas plausibles

56. Dice allí la Corte que “la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (considerando 18).

57. En materia de obligaciones tributarias, por citar un caso, tienen personalidad jurídica las sucesiones indivisas, que no son sujetos pasibles de contraer obligaciones en el régimen general.

58. Donde debe entenderse por *especial* a “cualquier régimen que se aparte del régimen general de responsabilidad establecido por el Código Civil, que no es un régimen de derecho privado sino un régimen común a todos los derechos”.

que pueden hacerse del mensaje contenido en el pronunciamiento. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las normas ambientales (art. 41 CN),⁵⁹ no existe regla alguna en nuestra constitución que haya establecido una concurrencia de competencias en esta materia: ¿por qué debería interpretarse de ésta manera?

Dejando esta cuestión de lado, es de destacar que el avance sobre las autonomías provinciales no es la única cuestión controversial en “Rodríguez Pereyra”. Debe apuntarse, además, que el fallo tiene un defecto relevante en su fundamentación. Es que, su eje reposa en la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral, que estaría expresado en el art. 19 CN.

Sin embargo, es complejo hallar esa conclusión haciendo hermenéutica del texto. El artículo se refiere a las “acciones privadas de los hombres... [que] perjudiquen a un tercero”, sometiénolas a la autoridad de los magistrados. El Tribunal extrae de aquí una suerte de prohibición de dañar a terceros que, al menos desde mi óptica, es difícil de encontrar. Es que, a fin de cuentas, no es lo mismo sostener que “las acciones que perjudiquen a terceros serán sometidas a la autoridad de los magistrados” que entender que “está prohibido perjudicar a terceros”.

Sin embargo, aún si admitiéramos que el art. 19 CN contiene una prohibición genérica de dañar a terceros, no se explica de qué modo llega la Corte a la conclusión de que ello tiene que significar, forzosamente, que quien dañe a otro tiene el deber de repararlo en forma *integral*. La interpretación llevada a cabo en “Gunther”, reiterada en “Aquino” y traída de nuevo a la luz en “Rodríguez Pereyra” es absolutamente dogmática, circunstancia de la que el Tribunal no se hace cargo en modo alguno.

En conclusión, considero que resulta inadmisibles la noción de una responsabilidad del Estado como instituto general del derecho, ya que no existe en nuestro orden constitucional ningún órgano con competencia para dictar un régimen de esa índole. En el mismo sentido, entiendo que es violatorio de las autonomías provinciales el reconocer al Congreso la facultad de dictar normas que se apliquen como regulación de fondo a las cuestiones de derecho público local. Finalmente, sostengo que el fundamento dado por la Corte para sostener la supuesta raíz constitucional de la integralidad de la reparación es dogmático, ya que no puede extraerse de las normas invocadas. La decisión en el fallo “Rodríguez Pereyra” es arbitraria, y debe ser reconsiderada o, al menos, matizada.

59. Conforme la distribución constitucional de competencias, la Nación dicta las leyes de presupuestos mínimos; las provincias pueden complementarlas, a través de normativa local, que reconozca esos *standards* como piso de protección.

VI. ALGUNAS PAUTAS POSIBLES PARA LA VALORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En los apartados anteriores, sostuve que la distribución constitucional de competencias habilita al Estado (tanto federal como local) a fijar un régimen de las obligaciones propio del derecho público. Ahora bien, es momento de abandonar la posición *frankfurtiana*, e intentar esbozar algunas ideas respecto del alcance que podría tener esa reparación.

En la causa “El Jacarandá” (2005), en la que la Corte reconoció la posibilidad jurídica de otorgar a la accionante un resarcimiento por lucro cesante –aunque finalmente no lo concedió, por falta de prueba–, no sentó un criterio tajante, sino que sostuvo que “la extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación”.⁶⁰

En ese mismo fallo, la doctora Elena Highton de Nolasco, sostuvo que “si en el derecho civil el vasto campo del ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad y, aun en el ámbito de la ilicitud existen diferencias –en cuanto a las consecuencias resarcibles– entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905 del Código Civil), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático”.⁶¹

Asimismo, justo es recordar, que tanto en “Juncalán Forestal” como en “Gómez Álzaga”,⁶² dos fallos en los que se reconoció la reparación plena utilizando un criterio especial de valuación del lucro cesante futuro,⁶³ la situación fáctica presentaba ciertos matices particulares. En ambos casos, la actividad (por cierto legítima) del Estado había consistido en efectuar trabajos de infraestructura que redundaron en la inundación de campos de propiedad de las accionantes. El tribunal optó, por cierto, por resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante de los propietarios. Sin embargo, una solución contraria habría resultado profundamente inequitativa y disvaliosa. Es que, en casos de esta índole resulta dificultoso trazar la división entre el daño emergente causado por la inundación (el daño a la tierra, propiamente dicho) y el lucro cesante (la pérdida de la posibilidad de explotación).

60. Fallos, 328: 2.496, considerando 9.

61. Fallos, 328: 2.496, voto de la doctora Highton De Nolasco.

62. Fallos, 307: 1.515.

63. El Tribunal optó por reducir porcentualmente el monto del lucro cesante futuro, en tanto entendió que por la naturaleza de la actividad, no correspondería indemnizar una rentabilidad futura ideal, despojada de incertidumbres.

La valuación de los terrenos agrícolas no puede hacerse sino en función de su rendimiento productivo, ¿de qué otro modo podría medirse el daño emergente sufrido por el propietario si no es determinando las ganancias que se dejarían de percibir?

El propio “Rodríguez Pereyra”, aquí cuestionado, ha establecido como criterio para estudiar los regímenes especiales de responsabilidad “el alcance de los derechos involucrados”,⁶⁴ de lo que podría desprenderse que la Corte está dispuesta a flexibilizar el régimen cuando se trata de cuestiones patrimoniales –la indemnización en “Rodríguez Pereyra” tenía como causa una incapacidad física–.

De este modo, pareciera ser que el Tribunal podría estar dispuesto a admitir ciertas limitaciones de responsabilidad en casos en los que los derechos en juego sean estrictamente patrimoniales, y siempre contemplando las circunstancias del caso para que el resultado no resulte abusivo el particular.

Algunos autores⁶⁵ proponen como solución la establecida por el inc. 2 de su art. 21, la CADH dispone 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”. Sostienen, a ese efecto, que la norma en cuestión es aplicable a todos los casos de responsabilidad por actividad lícita del estado.

En mi opinión, no puede entenderse que se desprenda del texto citado que la intención de la norma es regular la generalidad de los derechos de los particulares. Pareciera ser, por el contrario, que se buscó establecer una prohibición convencional de la confiscación, es decir, una barrera a los regímenes expropiatorios. Es por eso que el texto no hace referencia a “derechos” de los particulares, sino a sus “bienes”. Además, si bien podría resultar interesante la introducción del valor justicia como eje de la indemnización, también es cierto que las soluciones tasadas⁶⁶ proporcionan una seguridad jurídica mucho mayor. En definitiva, si se estableciera un criterio subjetivo, tanto el particular como la administración quedarían sometidos al criterio del magistrado que les toque en suerte, lo que no parece conveniente para la generalidad de los casos.

Si dejamos de lado los conceptos jurídicos indeterminados, para buscar normas más seguras, entre las que fijan parámetros objetivos podemos encontrar la clásica ley de expropiación. De acuerdo al art. 10 de la Ley 21.499, “...la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de

64. Considerando 17.

65. Ver, por caso, PERRINO, P., “Indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos” (pp. 255-78) en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 267.

66. No me refiero a soluciones tasadas en sentido formal sino, por ejemplo, a criterios como el reconocimiento exclusivo de un rubro, o el expreso rechazo de otros.

carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

Es cierto, como señalan algunos autores,⁶⁷ que la expropiación es un régimen especial, cuya reglamentación surge expresamente de una norma constitucional, y que está revestida de garantías con las que no cuentan otros procesos en los que se dilucida la responsabilidad del Estado, como ser, la garantía de pago previo de la indemnización. Sin embargo, existen otras normas de derecho público que establecen limitaciones similares, sin esas garantías, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por el Tribunal superior. Así, por ejemplo, el art. 26 de la Ley 25.344 dispone que “Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos”. Por su parte, el decreto 1.023/2001 establece, en su art. 12 inc. b) que “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. En consecuencia de la naturaleza de las actividades que regulan (relaciones contractuales del Estado con los particulares), estas normas subsisten a pesar de las limitaciones que establecen a la responsabilidad.

Sin embargo, la exclusión del lucro cesante como parámetro general ha sido desechada por la Corte los precedentes citados anteriormente,⁶⁸ por lo que tampoco pareciera ser un criterio aconsejable.

Empero, la solución propuesta el Anteproyecto de Código Civil y Comercial – antes de su modificación por el ejecutivo – es, en mi opinión, sumamente plausible.⁶⁹ Si bien en la oportunidad de regular la responsabilidad por obrar ilícito no se efectuaron previsiones en cuanto al alcance de la reparación (y, por tanto, entiendo, se sujeta al régimen general de responsabilidad), la norma referida a la responsabilidad por actividad lícita limita la reparación al daño emergente, agregando la compensación del valor de las inversiones no amortizadas –en cuanto hayan sido razonables para su giro– en caso de que se afecte la continuación de una actividad.

En este caso, se estaría evitando fijar el alcance de la reparación a través de un concepto jurídico indeterminado (como “indemnización justa”), reconociéndose

67. Ver, por caso, TAWIL, G., “Indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado” (pp. 239-54), en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 243.

68. Ver, por caso, Fallos, 306: 1.409; 312: 2.266 y 328: 2.496.

69. Me refiero a la doctrina reparatoria propuesta por la norma y no, por supuesto, a la posibilidad de establecerla a través del Código Civil, cuestión sobre la que ya me expedido en el apartado anterior.

un criterio indemnizatorio que, en mi opinión, resulta razonable en relación con la naturaleza del deber de colaboración que tienen los particulares con quien ejerce las potestades públicas.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

He intentado recorrer, someramente, la historia del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, repasando la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y cuestionando su criterio más reciente. A ese efecto, me detuve en algunas cuestiones relativas a la forma en la que, en mi opinión, deben ser dictadas las normas de responsabilidad del Estado en nuestro país, para que puedan considerarse constitucionalmente válidas.

Dirimir si el régimen de responsabilidad debe ser único, o si puede coexistir un régimen de responsabilidad iusprivatista y uno iuspublicista no es una cuestión ociosa, ya que en base a esta cuestión es que se deciden los asuntos de mayor implicancia práctica en relación a los particulares, a saber, el alcance de la reparación y el trámite o modalidad de pago de las obligaciones estatales (una cuestión no abordada en el presente, pero de análoga problemática y enorme relevancia).

Es evidente que reconocer o negar la potestad de establecer un régimen diferenciado de responsabilidad para las obligaciones del Estado, en relación con las obligaciones de los particulares, conlleva admitir también la posibilidad de que el Estado limite (o, nobleza obliga, acreciente) el alcance de la reparación en materia de indemnizaciones y establezca formas alternativas para su pago, entre muchas otras facultades.

Como reflexión final, es prudente recordar las palabras de Gordillo, quien sostuvo que, en materia de responsabilidad del Estado “estamos progresando en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable”.⁷⁰

Regular la responsabilidad del Estado, a los efectos de clarificar las reglas del juego para todos los involucrados –administrados, y también administraciones– es una responsabilidad política e institucional. No nos sometamos, como los babilonios borgeanos, al sacro desorden de los dictámenes del azar. Que sea cual sea el criterio que termine predominando, no surja de tortuosas interpretaciones jurisprudenciales, sino de una ley, dictada por autoridad competente, y emanada de los representantes

70. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, t. II, pp. XXI-4.

del pueblo. Sólo de esta manera se podrá decir que vivimos, verdaderamente, en un Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- ALTERINI, J. Y OTROS, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BIANCHI, A., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- “La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances (en el caso “Rodríguez Pereyra”)”, LL 2013-A, 25.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- HUTCHINSON, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- MAIRAL, H., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARCEZ, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- REIRIZ, M. G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 220-9.
- VV.AA., *Responsabilidad del Estado. Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.