

Voces: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ DAÑOS Y PERJUICIOS

Título: Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY2000-D, 1219 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 489

Sumario: SUMARIO: I. Liminar. - II. Las grandes líneas que exhibe la jurisprudencia de la Corte. - III. La responsabilidad estatal por actividad ilegítima o ilícita: de la responsabilidad indirecta a la directa. - IV. La interpretación dinámica del artículo 1112 del Código Civil y su actual función. - V. Los avances jurisprudenciales de la Corte en materia de responsabilidad por actividad legítima o lícita. - VI. La responsabilidad por omisión. - VII. Reflexiones finales.

I. Liminar

Es algo así como acudir a un lugar común referirse a la trascendencia que ha alcanzado, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, tanto por su actividad ilegítima como legítima o lícita.

Considerada por Hauriou, junto al contencioso administrativo, uno de los dos pilares en que se apoya la construcción teórica y práctica del derecho administrativo, la responsabilidad, que comenzó transitando por un camino plagado de incertidumbres y contradicciones, ha culminado reconociéndose en plenitud gracias a una evolución jurisprudencial firme, que se ha caracterizado, en general, por mantener una armonía razonable entre los distintos intereses y valores que ella procura tutelar.

En el desarrollo progresivo de esa evolución de la jurisprudencia de la Corte se advierte, en principio, un marcado predominio de las concepciones imperantes en el derecho público, el cual se refleja en tres grandes aspectos básicos, como son el fundamento de la responsabilidad, la naturaleza objetiva del factor de atribución que corresponde aplicar para resarcir los daños provenientes de faltas de servicio producidas por acciones u omisiones de los órganos estatales y, finalmente, el reconocimiento generalizado de la responsabilidad por los actos ilegítimos o legítimos, en ambos casos, en forma directa (1).

Al igual que lo acontecido en España -a partir de la gravitación que han tenido las ideas de García de Enterría- la doctrina vernácula ha influido decisivamente no sólo en dichos aspectos básicos sino también en cuanto al tipo o clase de responsabilidad estatal y los presupuestos o condiciones requeridos para establecerla.

Pero no siempre ha sido así y en algunos períodos de esa evolución jurisprudencial puede advertirse un marcado divorcio con la doctrina y también es cierto que, en la actualidad, subsisten opiniones doctrinarias y minorías jurisprudenciales que continúan postulando la concepción civilista de la culpa como factor de atribución así como la responsabilidad indirecta o refleja, en contra del criterio que ha prevalecido en los fallos del Alto Tribunal, a partir del caso "Vadell" del año 1984 (2).

Superadas las concepciones que negaban la responsabilidad por los actos de imperio, el punto de partida de esa evolución hay que situarlo en el caso "Devoto", resuelto por la Corte en el año 1933. Fue recién a partir de ese precedente que pudo desarrollarse la institución, al sortearse la valla que representaba el texto del antiguo art. 43 del Cód. Civil para responsabilizar a las personas jurídicas por los daños provenientes de cuasidelitos y, al propio tiempo, aplicarse al Estado el art. 1113 que regula la responsabilidad del patrón o comitente por los actos de las personas que de él dependen.

Ese caso, que motivó la crítica de Bielsa (3) en cuanto asimilaba la responsabilidad del Estado a la del patrón, sobre la base de un texto del Código Civil, ha constituido, sin embargo, un punto de partida importante en la historia de la responsabilidad por cuanto permitió salir del campo de la irresponsabilidad y contrastar diferentes concepciones dando paso al desarrollo de las teorías que, sin ley que específicamente regulara la materia, basaron el fundamento de la responsabilidad estatal en principios de derecho público, fundamentalmente en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional (igualdad ante las cargas públicas y garantía de la propiedad) (4).

II. Las grandes líneas que exhibe la jurisprudencia de la Corte

Si una de las características que ha exhibido la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha sido la de mantener una postura que combina la tradición mediante la confirmación de principios y criterios reiteradamente sostenidos, con una inclinación moderada a introducir cambios, impulsada generalmente por la doctrina, resulta difícil suponer un retroceso de la tendencia jurisprudencial que ha venido predominando hacia fines del siglo XX.

Un análisis objetivo de esa tendencia revela que, en sus grandes líneas, el reconocimiento de la responsabilidad estatal se apoya, básicamente, en cuatro pilares:

1) la división de la responsabilidad según provenga de la actividad ilegítima o de la actividad legítima o lícita y la consecuente fijación de criterios distintos en cuanto al factor de atribución y la extensión de los rubros indemnizables, aunque esto último de una manera relativa conforme a la situación que se plantea y juzga en cada caso;

2) el reconocimiento de una responsabilidad directa, en principio, en ambos tipos de responsabilidad;

3) el abandono de la culpa y la admisión de la falta de servicio como factor específico de atribución en la responsabilidad por acto ilegítimo o ilícito;

4) la introducción de presupuestos inherentes a (i) la imputabilidad material del hecho u omisión dañosos; (ii) la conexión causal y, (iii) específicamente, la ausencia del deber de soportar el daño (este último juega de un modo particular en la responsabilidad por actividad legítima). En cuanto al daño, en conexión con el criterio que excluye de la responsabilidad por acto legítimo los daños generalizados, la Corte ha exigido, en algunos precedentes, que se trate de un daño que genere un sacrificio especial en el patrimonio de la persona que lo padece.

Pues bien, esos criterios que, con muy pocas excepciones, ha venido aplicando la Corte en los últimos quince años, fueron precisamente los que expusimos en dos trabajos publicados en la revista E.D. entre 1982 y 1983 (5), aunque algunas de las ideas, como la relativa a la falta de servicio y la interpretación que cabe asignar al artículo 1112 del Código Civil, habían sido anticipadas por Linares en un artículo publicado en 1974 (6), sin sistematizar, no obstante, la responsabilidad del Estado, al circunscribirse el tema, principalmente, a la del funcionario público.

Hay, sin embargo, dos puntos de capital trascendencia que aún no han sido resueltos en forma definitiva por la evolución jurisprudencial, susceptibles de generar ejemplaridad en los tribunales inferiores. Se trata del fundamento constitucional en que se apoya la responsabilidad del Estado y la especie de justicia en que ella se articula y desenvuelve su aplicación.

Y, en esta cuestión, aparecen dos diferentes escenarios armados por la doctrina. En el primero, la corriente civilista, sostiene la unidad del derecho de daños y la inexistencia de la división de la responsabilidad según provenga de la actividad ilegítima a legítima, sin admitir, por ende, la procedencia de los criterios que propugnan limitar la reparación cuando el daño proviene de la actividad lícita (7).

El fundamento en que se apoya esta corriente, propiciado por las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, no difiere del propuesto por Marienhoff en su monumental Tratado (8), es decir, los principios generales del Estado de Derecho.

Sin embargo, aparte de que existen diferencias de régimen jurídico entre un tipo de responsabilidad estatal y si algunos de esos principios -tal como el de igualdad ante las cargas públicas o el que predica que el sacrificio patrimonial por causa de utilidad pública debe ser indemnizados diferentes fines que persiguen los principios en los ordenamientos públicos y privado, uno fundado en la prevalencia del interés público y otro, básicamente, en la autonomía de las relaciones jurídico-privadas. Tal diferencia, es obvio decirlo, no es de matiz sino sustancial, proyectándose a la técnica y a los criterios de aplicación de las formulaciones dogmáticas del derecho administrativo.

Si hay, por lo tanto, principios específicos que fundan y rigen la responsabilidad estatal y si difieren los factores de atribución así como las reglas y criterios que prescriben la reparación de los daños, la pretensión de unificar el derecho de daños no pasa de ser una postura idealista, sin anclaje en la realidad.

El propio proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, de elaboración reciente (1999) contiene prescripciones especiales y diferentes en cuanto a la responsabilidad del Estado, regulada, erróneamente a nuestro juicio, como si fuera una responsabilidad especial del derecho civil -a fin de mantener aquella pretendida unidad del derecho de daños- cuando en realidad se trata de reglar supuestos de responsabilidad de otro derecho común y sustantivo, como es el derecho administrativo.

De cara al segundo escenario se puede observar, en primer término, la división existente en la doctrina administrativista en cuanto a la necesidad de proporcionar un único fundamento o conjunto de principios para la reparación proveniente de daños ocasionados por la actividad, tanto ilegítima como legítima. En este marco, aparece la teoría de la indemnización en Italia (Alessi) que propone distinguir entre responsabilidad e indemnización, esta última para regir el campo de la reparación de las consecuencias dañosas de los actos lícitos o legítimos.

Pero tanto en Francia, país en el que se ha impuesto el principio de igualdad ante las cargas públicas para fundamentar la responsabilidad estatal (9), como en España, donde ha prevalecido la tesis de la lesión antijurídica resarcible (10), no se distingue entre responsabilidad e indemnización pues, por más que se acepte, como en Argentina (11), que ambas especies de responsabilidad pueden diferir en algún aspecto de su régimen, participan de un fundamento jurídico común.

Un sector de la doctrina nacional, ha sostenido que la fuente de la responsabilidad se encuentra en la propia Constitución, principalmente en el principio de la igualdad ante las cargas públicas que fluye del art. 16, Constitución Nacional, al que cabe adicionar otro principio también fundamental del derecho constitucional según el cual todo sacrificio patrimonial impuesto por razones de utilidad pública y por extensión de interés público, debe ser indemnizado, por aplicación del precepto contenido en el art. 17 de la Constitución Nacional.

En resumidas cuentas, y con apoyo en la doctrina que surge de una serie de precedentes de la Corte Suprema

(12), el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado se encuentra en esos dos principios (igualdad ante las cargas públicas y reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público) que se encuentran unidos como por un cordón umbilical, habida cuenta que si un particular tuviera que soportar, en forma desigual, un sacrificio en su patrimonio por razones de interés público tanto si se trata de un acto ilegítimo como legítimo que no soportan la generalidad de los ciudadanos, se afectaría también, además de la garantía de la propiedad individual, la igualdad ante las cargas públicas.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad en la teoría de la justicia, no obstante que ello no ha sido objeto de mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte, juegan las tres especies clásicas (13), por cuanto si bien la reparación, en sí misma, se rige por los criterios propios de la conmutativa (donde la igualdad se realiza de objeto a objeto) la determinación de límites para fijar la indemnización, en particular respecto a la responsabilidad estatal por acto legítimo se lleva a cabo conforme a las pautas de las justicias distributiva y legal. La primera indica el grado de distribución de los bienes comunes mientras que es materia de la llamada justicia legal el establecer los criterios para medir los estándares de normalidad del funcionamiento del servicio que presta el Estado y, consecuentemente, del deber de soportar el daño.

III. La responsabilidad estatal por actividad ilegítima o ilícita: de la responsabilidad indirecta a la directa

III. 1. El caso "Devoto"

Recién en el año 1933, como ya anotamos, la Corte consagró la responsabilidad aquiliana del Estado proveniente de daños que, en el caso fueron ocasionados por empleados de la oficina de telégrafos en un campo que alquilaba la empresa "Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A."

En tal caso, la Corte dio por probada la culpa o negligencia de los empleados por el incendio del campo, originado en las chispas que se desprendían de un brasero deficiente que usaban en el campamento, y consideró, en definitiva, que la responsabilidad se extendía al Estado, por ser la persona bajo cuya dependencia se encontraban los autores de los daños, lo que hacía aplicable los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

III.2. El fallo dictado en la causa "Ferrocarril Oeste c. Prov. de Buenos Aires"

En este precedente del año 1938 la Corte reconoció la responsabilidad de la Provincia demandada por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de la Propiedad en virtud del cual se realizó una operación de compraventa que produjo daños al adquirente, al dar margen a que se promoviera, contra él, una acción reivindicatoria por el verdadero propietario del inmueble.

La característica peculiar que exhibe la fundamentación de este caso radica en el hecho de introducir, por primera vez, en la jurisprudencia de la Corte, el art. 1112 del Cód. Civil para fundamentar la responsabilidad de la Provincia, si bien correlacionándolo con lo prescripto en el art. 1113 de dicho Código, en una interpretación distinta a la que la Corte se inclinará en la evolución posterior de la jurisprudencia (a partir del caso "Vadell").

El razonamiento que utilizó la Corte en esa oportunidad, seguido en fallos posteriores, se apoya en un extenso considerando que comienza expresando:

"Que, en principio, 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 ocasionare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los artículos 625 y 630 del Cód. Civil)" agregando que "si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también aplicación en este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que lo impida" y que "haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño que se trata, siendo así de aplicación el caso de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil...".

Es evidente que esta línea jurisprudencial, como la que surge del caso "Devoto" no implicó, sin embargo, el reconocimiento de una responsabilidad directa ni tampoco de naturaleza objetiva como es, a nuestro juicio, la falta de servicio sino que, soslayando implícitamente la prohibición del antiguo artículo 43 del Código Civil y limitando más tarde en forma expresa su aplicación sosteniendo que esta norma se refería sólo a los delitos (14), consideró que el art. 1112 del Cód. Civil jugaba como una norma especial, similar a la norma general del art. 1109 del citado Código, que establece la responsabilidad por culpa en las relaciones entre particulares.

En el caso, se trataría no de la falta personal del funcionario o empleado, contemplada por el referido art. 1109, sino de la responsabilidad del Estado basada en el art. 1112, norma que parece haber tenido originariamente la función de establecer las condiciones conforme a las cuales se podrán imputar hechos u omisiones a los funcionarios para fundar la responsabilidad del Estado como comitente, en la inteligencia de que, en el ámbito de la responsabilidad indirecta o refleja, no se concibe la responsabilidad sin acreditar la culpa de los dependientes.

En tal concepción, al reglar esas faltas de un modo especial, el art. 1112 del Código las considera consumadas cuando los hechos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones deriven del incumplimiento irregular "de las obligaciones legales que les están impuestas", lo que no pudo haber tenido otra

finalidad que aplicar el art. 1113 del mismo Código (15).

Sin perjuicio de volver sobre el punto, cabe puntualizar que la importancia del fallo estribó en el hecho de reconocer que las relaciones en materia de responsabilidad se rigen por el derecho público y que la aplicación del Código Civil se realiza por razones de justicia y equidad, indicando un camino que oscila entre la aplicación analógica (como aconteció en el caso "Los Lagos") de los preceptos del Código Civil (opinión esta última que sostenemos junto a un importante sector de la doctrina) (16) y la aplicación supletoria o subsidiaria.

III.3. El caso "Vadell": un hito fundamental en la jurisprudencia de la Corte

En esta causa el Alto Tribunal consideró que la Provincia era responsable por los perjuicios derivados del funcionamiento defectuoso e irregular del Registro de la Propiedad sosteniendo que ello configuraba una falta de servicio, de naturaleza objetiva, que encuentra fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil (17) (LA LEY, 1985-B, 3).

De otra parte, esta nueva interpretación que se le asigna a dicho precepto legal, aplicable según la Corte por vía subsidiaria, condujo a otra consecuencia no menos importante como fue la de declarar que la responsabilidad indirecta o refleja establecida en el art. 1113 del Código resulta inaplicable a la responsabilidad del Estado que se desenvuelve en el ámbito del derecho público. Lo dice el fallo sin rodeos:

"En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (18).

La obvia y principal consecuencia que se desprende de la doctrina de "Vadell", consiste en que al desplazarse la culpa como factor de atribución, no resulta necesario acreditar la culpa del agente y ni siquiera individualizar al autor del daño

Basta con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad (19).

Esta línea fue perfeccionada en precedentes posteriores a través de la recepción jurisprudencial de los restantes presupuestos que condicionan la responsabilidad exigiéndose la imputación material del hecho u omisión a un órgano estatal (lo que excluye el factor subjetivo de atribución) un daño cierto en el patrimonio del administrado y la relación de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio (20).

Este ha sido el flanco en el que la Corte ha mostrado un mayor rigor a la hora de reconocer la responsabilidad del Estado, sin incurrir en la tendencia de caer en las viejas denegaciones de justicia que caracterizaron el período anterior al caso "Devoto".

IV. La interpretación dinámica del artículo 1112 del Código Civil y su actual función

Como lo venimos sosteniendo desde hace algunos años, la idea del autor de nuestro Código, al incorporar a dicho cuerpo legal un precepto específico que comprendía dentro de las disposiciones sobre responsabilidad aquiliana, no fue consagrar la responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares y al propio Estado (por otra parte comprendida en el art. 1109 del Código, que agrupa los arts. 1382 y 1383 del Cód. Civil francés) sino la conexión del respectivo factor de atribución con la responsabilidad del Estado, como se desprende de un estudio hecho por Linares que sirvió de punto de partida para la concepción de la responsabilidad que años más tarde desarrollamos (21).

Esta concepción, que implica el establecimiento de un factor objetivo de atribución, reflejada en la configuración de una falta de servicio, por acción u omisión, ha sido seguida por la jurisprudencia de la Corte a partir del caso "Vadell" y viene a completar el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado (principios de igualdad ante las cargas públicas y reparabilidad de los sacrificios patrimoniales fundados en razones de interés público).

Muchas de las interpretaciones contrarias a esta idea han soslayado el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado basándose en una interpretación exegética y aún histórica del precepto contenido en el art. 1112 del Cód. Civil, con olvido de las posibilidades que brindan la analogía y la interpretación dinámica de las normas.

En realidad, lo importante, en esta materia, habida cuenta de su fundamento constitucional, no es si la responsabilidad se funda o no en un precepto positivo del Código Civil. Lo que realmente importa son dos cosas: a) reconocer que se trata de una responsabilidad directa fundada en principios de derecho público (arts. 16 y 17, Constitución Nacional) y b) aceptar que la culpa se excluye como factor de atribución sustituyéndolo con la figura de la falta de servicio originada en su funcionamiento irregular o defectuoso.

Sin embargo, lo expuesto no es óbice para responder a las críticas formuladas por algunos autores en el plano de la interpretación de los textos del Código Civil.

En esta tesitura, Guastavino (22), en postura que en sus votos ha venido siguiendo el juez Vázquez, en sus reiteradas disidencias con los otros miembros del tribunal (23), ha sostenido que dicha interpretación del art.

1112 del Código resulta equivocada por entender que se basa en una posterior edición de Aubry et Rau (LA 4ª ed. de 1871) que por la fecha de su aparición, Vélez no pudo tener a la vista al momento de redactar el Código Civil.

Sin embargo, de la certeza de esa afirmación (que, por otra parte, tiene origen en los considerandos del fallo "Ferrocaril Oeste c. Prov. de Buenos Aires") no se sigue que el razonamiento hecho sea erróneo por cuanto, con ligeros cambios en la numeración de las notas, el texto de la 3ª edición de 1856 y el de la 4ª de 1871, al comentar dichos autores los arts. 1382, 1383 y 1384 (párrs. 446 y 447), son prácticamente idénticos (24).

Tampoco cabe suponer que se hubiera tenido la intención de confundir a los intérpretes argumentando que la nota que figura al pie del art. 1112 del Código corresponde al párrafo 447 de la obra de Aubry et Rau (25).

Lo que sí se ha sostenido es que en la obra de dichos autores franceses no hay una sola palabra sobre la responsabilidad de los funcionarios y que para captar el sentido de la parte pertinente del párr. 446 (y de su nota 7) hay que acudir al "pasaje" que figura en el comentario al art. 1384 del Cód. Civil francés (y a la nota 15 de la ed. de 1856), en el que se señala que el Estado es "como todo comitente responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio".

Y si bien parece adecuado interpretar que, según el sistema originario del Código Civil, la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas no era directa -interpretación esta que se extendió al Estado- (a diferencia de lo acontecido en Francia a partir, del caso "Blanco") y que el art. 1112 en su contexto anterior debía correlacionarse con el art. 1113 del Código, lo cierto es que hubo dos cambios significativos que hicieron que el art. 1112 viniera a cumplir otro papel, adquiriendo un nuevo sentido.

Precisamente, las dos circunstancias que han influido para que el precepto del art. 1112 del Código adquiriera un sentido diferente, a la luz de una nueva interpretación dinámica y sistemática, fueron:

1. las decisiones jurisprudenciales acerca del antiguo texto del art. 43 del Código (actualmente reemplazado por una nueva redacción) que hicieron posible que las personas jurídicas fueran declaradas responsables por los actos ilícitos cometidos por sus dependientes; y

2. la reforma del contenido primigenio del art. 43 que, en combinación con lo preceptuado en el actual art. 33 del Cód. Civil, ha prescripto la responsabilidad directa del Estado como persona jurídica por los actos cometidos por sus representantes en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

Ergo, si la norma contenida en el artículo 1112 del Código Civil ("los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título") constituía el presupuesto en que el Estado respondía por aplicación del artículo 1113 del Código Civil (responsabilidad indirecta del Estado como comitente) al desplazarse esta clase de responsabilidad a raíz de la reforma introducida al artículo 43 del Código Civil y admitirse la responsabilidad directa del Estado como persona jurídica, el artículo 1112 pasa a cumplir una nueva función como presupuesto del citado artículo 43 del Código Civil, es decir, se convierte en el factor de atribución objetivo de la responsabilidad directa.

Ese nuevo cuadro civilista, aplicable por analogía a las relaciones de derecho público, es el que permite configurar la noción de falta de servicio que sería aplicable, incluso con independencia o no de la interpretación que se haga en torno del art. 1112 del Cód. Civil y que permite configurar esa responsabilidad sin acudir a la noción de culpa. No obstante haberse sostenido por la doctrina que en tal caso el factor de atribución no deja de tener naturaleza subjetiva (26) lo cierto es que el factor de atribución no es ya más la culpa del agente sino la configuración de un incumplimiento irregular o funcionamiento defectuoso del servicio, lo cual excluye la voluntad culpable del funcionario causante del daño. Por ello no creemos que, en tales supuestos, quepa hablar de una culpa objetivada (27) por cuanto se trata de conceptos inconciliables habida cuenta que la falta de servicio se configura por un factor de atribución no subjetivo, que difiere de la culpa en que pueda haber incurrido el funcionario o empleado de la administración y se apoya en la circunstancia objetiva de que el servicio no funciona, o funciona mal, o en forma tardía (28).

En suma, el concepto de falta de servicio se independiza de la noción de culpa, configurándose -tal como surge de la jurisprudencia de la Corte posterior al caso "Vadell"- como el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio (criterio regulado por el art. 1112 en su interpretación dinámica) para lo cual ha de realizarse una verificación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (29).

Finalmente, aún con la reserva acerca de la regulación de la responsabilidad del Estado en el Código Civil, corresponde señalar que en el Proyecto de Unificación del Código Civil con el de Comercio, el art. 1675 prescribe que "el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar a su autor", lo que, obviamente, excluye la culpa como factor de atribución.

V. Los avances jurisprudenciales de la Corte en materia de responsabilidad por actividad legítima o lícita

V.1. Las diferencias de estructura y fines entre la responsabilidad civil y la patrimonial de la Administración

por actividad legítima o lícita

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad legítima o lícita ha reflejado uno de los más grandes avances habidos en la jurisprudencia de la Corte, pues de la total irresponsabilidad se ha pasado, en los últimos treinta años, a la aceptación generalizada de su procedencia, cuando se presentan los requisitos necesarios para su configuración.

Se trata de una responsabilidad típica del derecho público, extraña a las relaciones entre particulares regidas por el derecho privado y por más que se pretenda sostener -en el plano doctrinario- la unidad del derecho de daños, esta concepción no llega a demostrar cómo se alcanza a configurar una unidad cuya consecuencia primordial consiste en derivar de ella la aplicación irrestricta del principio de reparación integral a todos los supuestos de responsabilidad de la Administración por actividad legítima o lícita.

Esa unidad es nada más que una premisa errónea de la que parte la corriente civilista de la responsabilidad que extrae de ella conclusiones que no reflejan la auténtica visión de la realidad y de la justicia, amén del olvido en que incurre sobre la naturaleza de los fundamentos que nutren la responsabilidad en el campo del derecho administrativo.

Por de pronto, en la estructura del sistema administrativo la responsabilidad por acto legítimo constituye la regla o principio general, a diferencia de la existente en el derecho civil, donde resulta excepcional y para supuestos específicos expresamente contemplados en la ley. No hay que olvidar que en el sistema del Código Civil, el art. 1071 prescribe que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, en tanto que el principio del derecho administrativo es que los daños provocados por la actividad legítima y regular de la Administración, bajo ciertas condiciones que impongan un sacrificio especial al particular, si bien no transforman a la actividad en ilegítima o ilícita, generan el derecho al resarcimiento.

Así, mientras en el derecho civil, la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el derecho público (constitucional y administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad.

En este último marco, las distintas especies de justicia confluyen en un armónico equilibrio de forma que si bien los criterios para medir la indemnización se rigen por la justicia conmutativa, hay supuestos en que, por el grado de generalidad y naturaleza de los daños, éstos aparecen regulados por principios inherentes a la justicia distributiva (que establece la medida de distribución de los bienes de la comunidad) y, hasta puede ocurrir que el perjuicio o daño tenga que ser soportado por el particular como carga pública o en aquellos en que se opera la extinción de un derecho debilitado o precario (v.g. revocación de un permiso por razones de interés público).

Ello no es óbice, sin embargo, a que se reconozca que la tendencia que exhibe la evolución jurisprudencial de la Corte se orienta, con las salvedades de cada caso, hacia la aplicación del principio de que la reparación ha de ser lo más integral que sea posible para restituir la igualdad, poniendo el acento restrictivo más bien en los presupuestos de la responsabilidad (imputabilidad, sacrificio especial, ausencia del deber de soportar el daño) antes que en la extensión de la reparación.

Con todo, de generalizarse dicha tendencia, puede desembocar en fuente de desigualdades si se repara en que un sistema que tenga en cuenta un menor rigor en la apreciación de los presupuestos de la responsabilidad, juntamente con la limitación del alcance de la reparación, podría generar una distribución más justa de los bienes comunes, puesto que no hay que olvidar que, en última instancia, quienes costearán las indemnizaciones serán siempre los ciudadanos de carne y hueso, a través de los impuestos y demás gravámenes.

V.2. El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración por actividad legítima o lícita

No puede dejar de llamar la atención que, en este punto, sea donde haya mayores coincidencias con algunos civilistas por la sencilla razón de que quienes se han ocupado del tema (30) se apoyan en los argumentos de derecho público desarrollados por la doctrina del derecho administrativo (31) y, finalmente, por la jurisprudencia de la Corte, afirmada especialmente a partir del conocido caso "Laplacette"(32).

El fundamento principal de la responsabilidad del Estado por actividad legítima no es otro que el principio de igualdad ante las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional toda vez que cuando se impone un sacrificio especial que excede la medida de los que corresponde normalmente soportar, el particular que padece el daño se encuentra en una situación de desigualdad respecto de quienes no lo soportan y, en consecuencia, posee el derecho a ser indemnizado a fin de restablecer el equilibrio patrimonial a que conduce el principio de igualdad.

En consecuencia, la obligación de resarcir los perjuicios no nace del daño (33) sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la configuración del daño, éste es un presupuesto de la responsabilidad y no su fundamento.

Mientras en el caso "Laplacette" -como se verá más adelante- la Corte Suprema de Justicia de la Nación basó la responsabilidad del Estado por su actividad legítima en dos normas constitucionales que aplicó en forma combinada (los arts. 17 y 18, Constitución Nacional) en otro precedente "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional"⁽³⁴⁾ al hacer lugar a una acción que perseguía la reparación de los perjuicios por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional, fundó la responsabilidad estatal en el art. 17 de la Constitución Nacional (garantía de la propiedad frente a los poderes públicos) en forma exclusiva, omitiendo fundarla también en el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional).

Con posterioridad, siguiendo un criterio que compartimos, la jurisprudencia del Alto Tribunal se apoyó en la aplicación conjunta de dos principios constitucionales combinando el principio de igualdad ante las cargas públicas del art. 16 de la Constitución Nacional ⁽³⁵⁾ con la garantía de la propiedad frente a los poderes públicos que preceptúa el art. 17 de la Constitución Nacional. Estos dos fundamentos, huelga decirlo, integran el bloque de principios del Estado de Derecho en que se basa Marienhoff ⁽³⁶⁾ para fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado tanto si la actividad que produce el daño es legítima o lícita, cuando no lo es ⁽³⁷⁾.

En línea con nuestra doctrina la Corte, en el caso "García, Ricardo Mario", luego de indicar como fundamento de la responsabilidad por la actividad legítima se ubicaba en los arts. 17 y 16 de la Constitución Nacional puntualizó que dicha responsabilidad se genera cuando se impone al particular una carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad ⁽³⁸⁾.

V.3. Los presupuestos o condiciones que deben reunirse para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado

La sistematización de los requisitos que se exigen como presupuestos de configuración de la responsabilidad estatal ⁽³⁹⁾, en especial respecto de la actividad legítima ⁽⁴⁰⁾, fue recepcionada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Tejedurías Magallanes"⁽⁴¹⁾, en el que estableció tres condiciones: a) existencia de un daño actual y cierto, b) imputabilidad material de los daños al Estado y c) relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio. Estos requisitos, si bien concurren en la responsabilidad por actividad ilegítima (en la que se añade la falta de servicio), presentan algunos matices diferenciales habiendo sido completados más tarde, en el caso "Columbia", con los relativos a la necesidad de que se configure un sacrificio especial en el perjudicado por el accionar legítimo del Estado junto a la ausencia del deber de soportar el daño ⁽⁴²⁾.

a) El daño y los factores de atribución en el derecho civil y en el derecho administrativo

Aunque no sea su fundamento, el daño constituye uno de los principales elementos de la responsabilidad. Sin embargo, como es sabido, no cualquier menoscabo patrimonial o moral resulta siempre indemnizable; desde una compraventa civil desventajosa hasta una operación comercial que provoca pérdidas por un erróneo pronóstico financiero, son muchas las actividades de la vida social en que las personas sufren perjuicios que no se reparan por ser actividades que traducen el ejercicio regular o normal de los derechos, siempre que no se alteren otros principios como el de la buena fe y la interdicción de abusar del derecho.

De otra parte, existen otras numerosas situaciones en las que los daños resultan justificados, ya sea por la ley (ej. legítima defensa, art. 2470 del Cód. Civil) o por el consentimiento del propio interesado (actos de abnegación, participación en competencias riesgosas) ⁽⁴³⁾.

Ello ha llevado a perfilar, en el derecho civil, el concepto de daño resarcible conectado con la ilicitud o antijuridicidad mediante factores de atribución de responsabilidad tanto subjetivos como objetivos.

En cambio, en el plano del derecho administrativo, con diferentes fines e intereses que proteger (pues aparece el interés de la comunidad) la resarcibilidad del daño queda condicionada a la configuración de la llamada falta de servicio (una suerte de antijuridicidad objetiva) o bien, con la singularidad o especialidad del daño, es decir, de un perjuicio que de ser asumido sólo por la víctima, generaría una violación a la igualdad frente a las cargas públicas, en tanto no exista el deber legal de soportarlo (impuesto con razonable generalidad).

Cuando la responsabilidad civil prescinde de la persona y no tiene en cuenta la culpa para imputar las consecuencias dañosas sino un factor objetivo de atribución (garantía o riesgo) ella debe estar especialmente prevista en la ley en virtud del carácter excepcional que desempeñan dichos factores objetivos en el sistema civil ⁽⁴⁴⁾.

En cambio, en el derecho administrativo el factor de atribución ⁽⁴⁵⁾ es, en principio, siempre objetivo, sea que se acuda a la falta de servicio o al riesgo (en los supuestos extraordinarios en que se ha considerado aplicable el art. 1113, 2ª parte del Cód. Civil) así como también es objetivo cuando se trata de hacer responsable al Estado por su actividad legítima (en tal caso, el factor de atribución comprende dos elementos: sacrificio especial y ausencia del deber de soportar el daño).

En suma, el molde de la antijuridicidad es distinto en la responsabilidad por actividad ilegítima y se fractura totalmente en la responsabilidad del Estado por actos legítimos, configurándose una categoría que sería difícil de encuadrar en el ámbito de la responsabilidad civil por una serie de razones, a saber:

(i) la responsabilidad administrativa no se excluye por los hechos involuntarios ni se aplica la reparación por equidad (art. 907, Cód. Civil) si la falta de servicio fuera involuntaria;

(ii) resulta inaplicable la responsabilidad reflejada del art. 1113, parte la del Cód. Civil que presupone la culpa del dependiente y aunque, ciertamente, en este último supuesto, el factor de atribución es objetivo y de garantía, en la responsabilidad administrativa la garantía es de otra naturaleza consistiendo en el funcionamiento regular del servicio y en el mantenimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

(iii) la responsabilidad por la actividad legítima o lícita, por los daños provocados por el funcionamiento regular o normal del servicio, constituye una hipótesis no asimilable a los supuestos de responsabilidad objetiva del derecho civil, tanto por los fundamentos de derecho público, cuanto por los elementos de la responsabilidad (sacrificio especial y extensión del resarcimiento).

b) Existencia del daño y extensión del resarcimiento

Para que el daño sea resarcible se requiere la existencia de un daño cierto, lo que excluye los perjuicios eventuales e hipotéticos, dado que sin la certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura este elemento de la responsabilidad.

Ahora bien, esa certidumbre puede ser tanto actual como futura, bastando como señaló la Corte en el caso "Godoy" que exista una suficiente probabilidad de que acontezca según el curso ordinario y natural de las cosas (46). En un grupo de fallos que exhiben este criterio, la jurisprudencia de la Corte, ha reconocido el lucro cesante futuro hasta que se produzca la recuperación de los suelos de diversos campos que fueron inundados a raíz de decisiones regulares y legítimas de los poderes públicos provinciales (47).

Además, el daño debe ser tanto evaluable en dinero y subsistente (48) como personal en el sentido que debe tratarse de un daño "propio de quien reclama la indemnización" (49).

En lo que concierne a la extensión de la indemnización, las grandes líneas que muestra la jurisprudencia de la Corte son básicamente dos. La primera postula que el alcance de la indemnización comprende la reparación plena de los perjuicios sufridos por el particular, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, aplicando el respectivo precepto del Código Civil (art. 1069) en forma subsidiaria, no obstante tratarse de normas adaptables a los principios que deben regir la reparación de los daños causados por la actividad estatal ilegítima (50) o legítima.

La segunda línea se caracteriza por una limitación del principio de la reparación plena o si se quiere, como ha dicho la jurisprudencia, un nuevo concepto de reparación integral propio del derecho público, como es el que fluye del art. 10 de la ley de expropiaciones (51) aplicable analógicamente en materia de daños provenientes de la actividad legítima de órganos del Estado (52).

En este punto, la evolución jurisprudencial puede, acaso, reflejar una visión contradictoria, la cual, sin embargo, se aclara en la medida en que se capte el sentido que tiene la limitación o el reconocimiento, en su caso, del lucro cesante en la responsabilidad por actividad legítima.

De acuerdo con un orden cronológico, el primer precedente en el que la Corte reconoció la responsabilidad estatal por actos legítimos del poder público fue el caso "Laplacette" sosteniendo que al afectarse el uso de una propiedad privada los daños debían repararse aplicando por analogía el criterio positivo que establecía la anterior ley de expropiaciones que, al igual que la actual (ley 21.499), excluía la indemnización del lucro cesante (53).

Esa corriente fue seguida en otros precedentes posteriores, entre los que cabe citar los casos "Los Pinos" (54), "Cantón" (55), "Winkler" (56) y "Motor Once" (57).

Pero antes de este último fallo, la Corte, en la causa "Sánchez Granel", condenó a la Dirección Nacional de Vialidad a resarcir los daños resultantes de la revocación unilateral de un contrato de obras públicas por razones de oportunidad, sosteniendo la inaplicabilidad, en tal supuesto, de la limitación del lucro cesante establecida en el artículo 10 de la ley nacional de expropiaciones (58).

No obstante el reconocimiento de la reparabilidad del lucro cesante que hizo en tal caso el Alto Tribunal, lo cierto es que lo limitó, por razones de equidad, aplicando el artículo 1638 del Cód. Civil, basándose en la circunstancia de que el contratista no experimentó los riesgos inherentes a la ejecución del contrato y al hecho de que pudo "aplicar sus esfuerzos a otros trabajos obteniendo no obstante el mismo e integral beneficio que si la obra no hubiera sido ejecutada totalmente" (59).

A nuestro juicio, en estos supuestos, como en aquellos en los cuales reconoció el lucro cesante como indemnización por los daños causados por el accionar legítimo del Estado que ocasionó inundaciones en diversos campos de propiedad privada (60), el principio que está en juego es el de la intangibilidad del patrimonio y la igualdad ante las cargas públicas, dado que, en ciertas circunstancias, si el denominado lucro cesante no se asimila al daño emergente se consumaría un verdadero despojo.

A tal efecto, un criterio tendiente a evitar tales despojos (resultantes de la política de inundar campos para salvar poblaciones), consiste en indemnizar el lucro cesante resarcible -que cabe asimilar al daño emergente-, el

cual se refiere a la posibilidad cierta y suficientemente probada y asegurada de beneficios (según la naturaleza del bien o derecho de que se trata) que, en realidad, se encuentran incorporados al patrimonio de una persona.

Una situación similar acontece, en el campo expropiatorio, con la indemnización del rubro empresa en marcha, cuyo valor lleva incorporado las utilidades o ganancias razonablemente esperadas, deduciendo los riesgos, tal como ha sido interpretado este rubro en la jurisprudencia de la Corte (61) al aplicar, incluso, el precepto limitativo de la ley de expropiaciones.

Así ocurre con la rentabilidad que produce un campo inundado para proteger poblaciones o cuando se trata de los frutos de un capital inmovilizado por un acto del poder público, con lo que se configura, en realidad, una pérdida en el valor objetivo de un bien, cosa, o derecho, que resulta resarcible aplicando el criterio para indemnizar los daños causados por la actividad legítima del Estado (62).

Una fundamentación de este criterio, en la misma línea que venimos preconizando, se desprende del lúcido voto del doctor Bacqué en la causa "Juncalán" (63) pues allí señaló:

"13) Que la parte actora reclama el lucro cesante derivado de la imposibilidad de desarrollar la explotación agrícola y ganadera de su propiedad. Al respecto, la Corte Suprema -por el voto mayoritario de sus integrantes- ha dicho que la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración no debe incluir, como principio general, al lucro cesante (sentencia dictada en la causa "Motor Once S.A.C. e I. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", M.888.XXI. del 9 de mayo de 1988)".

El fundamento de la citada doctrina debe buscarse en la circunstancia de que, cuando el Estado causa daños a particulares por razones de interés público, no parece justo ni conveniente que el particular afectado, en su carácter de miembro de la comunidad que resulta destinataria de los beneficios de la acción estatal en cuestión, pueda descargar completamente en dicha comunidad los daños patrimoniales por él sufridos. En tales condiciones, una indemnización que no tenga en cuenta el lucro cesante, lejos de apartarse del requisito constitucional a una indemnización plena, lo satisface ampliamente en la mayoría de los casos al conciliar los derechos individuales con el interés público. Cabe resaltar que tal doctrina resultaría especialmente pertinente en autos pues aquí la actividad del Estado no sólo ha sido lícita sino que además fue motivada por la imperiosa necesidad de evitar un riesgo cierto de inundación a centros poblados.

14) Que, sin perjuicio de lo expresado anteriormente, corresponde señalar que el principio general de no admitir la inclusión del lucro cesante no debe ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones y sin tener en cuenta las características particulares de cada caso. Así, deben ser tenidas como circunstancias excepcionales que permiten apartarse del principio general aludido, aquellas situaciones en las cuales la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad.

15) Que esa resulta ser, precisamente, la situación de autos. En efecto, el perjuicio patrimonial sufrido por la actora en el campo de su propiedad está conformado principalmente, tal como se desprende de las constancias de la causa, por el lucro cesante. El excluir totalmente dicho rubro significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad.

16) Que, en consecuencia, la solución equitativa del presente caso debe fundarse en la necesidad de compatibilizar los vitales intereses públicos que motivaron la acción estatal de autos con la necesidad de evitar la destrucción del derecho individual de la actora. Por tal razón, parece justo reconocer a la damnificada el lucro cesante el cual, sin embargo, no deberá ser la expresión de una igualdad matemática que marque la estricta equivalencia con las utilidades que dejó de percibir."

En conclusión, el criterio para medir la extensión de la indemnización por el accionar legítimo del Estado responde al mandato constitucional y legal de reparar la disminución patrimonial que sufre el valor objetivo del bien o derecho por razones de utilidad pública (art. 10, ley nacional de expropiaciones) que, en cada caso, puede estar representado tanto por el daño emergente como por el lucro cesante incorporado al patrimonio, convirtiéndose en un valor objetivo indemnizable, ya sea de acuerdo a la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos (64), a una valoración ponderada o prudencial (65), o mediante la utilización de "ratios" de proporcionalidad (66).

c) Los restantes elementos de la responsabilidad: imputabilidad material y conexión causal

El elemento imputabilidad material del hecho u omisión a un órgano del Estado traduce la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa y rige tanto para el funcionamiento normal como anormal o irregular de los servicios públicos (67), entendido este concepto como el conjunto de las funciones públicas a cargo del Estado.

Cuando se trata de daños provocados por órganos del Estado, es necesario que éstos actúen dentro de la órbita de sus funciones públicas, aun en forma aparente, requiriéndose que la actividad dañosa presente un mínimo de reconocibilidad exterior en relación a los fines de la Administración o de los demás órganos del Estado (Legislativo y Judicial) (68).

Esa imputabilidad o causación material no se opera respecto de concesionarios o contratistas del Estado por no estar incluidos en los cuadros de la Administración (69) ni tampoco cuando los daños son causados por

profesionales que ejercitan funciones públicas como los escribanos o notarios, pues de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema en el conocido caso "Vadell", ellos no representan la voluntad estatal, que sólo se exterioriza a través de sus órganos (70).

Por último, en lo que atañe a la relación de causalidad que vincula al daño con una determinada acción u omisión imputable a un órgano del Estado, el Código Civil, aplicable por analogía en esta materia acoge el criterio de la causalidad adecuada (71) que requiere realizar un juicio acerca de su probabilidad o previsibilidad en el caso conforme a la experiencia y el curso ordinario de las cosas. Ello permite distinguir la causa adecuada (que es la normalmente apta para producir un resultado) de las demás condiciones que pueden coadyuvar o agravar tal resultado, pero que, de por sí, no resultan relevantes para alcanzarlo (72).

La Corte no ha seguido en este punto una línea uniforme ya que, mientras por una parte ha exigido que la conexión causal fuera adecuada (73) en otros casos, consideró que debía ser directa o inmediata (74) conforme a la tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia española (75).

VI. La responsabilidad por omisión

Una significativa porción de los daños que padece el hombre moderno, a raíz del hecho de las aglomeraciones urbanas y del desarrollo de los sistemas de transporte, obedece a omisiones de los gobernantes encargados de velar para que todos los ciudadanos puedan disfrutar las mejores condiciones de vida, protegiendo su seguridad, salud, propiedad y libertad de locomoción, entre otros derechos y valores individuales y colectivos.

Va de suyo, sin embargo, que el Estado no puede siempre asegurar con eficacia y eficiencia la prestación de todos los servicios y medios adecuados para impedir los daños que sufren los ciudadanos cuando conducen automóviles y cruzan las rutas o autopistas, cuando son asaltados en los comercios o en sus casas, cuando requieren medicamentos imprescindibles para su curación así como cuando se reclaman las obras de saneamiento ambiental necesarias para mejorar la salud de la población.

Esta problemática, que a nadie se le hubiera ocurrido plantear hace cincuenta o más años, nace como consecuencia de los reclamos sociales insatisfechos que generan demandas que muchas veces resulta imposible satisfacer por parte del Estado, principalmente por la carencia de medios humanos y financieros.

De otra parte, el Estado no se puede transformar en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que enfrentan los ciudadanos por la circunstancia de vivir en comunidades medianamente organizadas.

Hecha esta breve introducción, necesaria para captar la dimensión actual del asunto, veamos cómo es el régimen jurídico de esta clase de responsabilidad. Una primera aproximación al tema nos advierte que se trata de relaciones regida por el derecho administrativo, habida cuenta que su objeto se vincula con omisiones propias del no ejercicio de funciones públicas e imputables órganos del Estado.

En segundo lugar, nos encontramos con que ante la ausencia de normas expresas en el derecho administrativo para regir la cuestión corresponde acudir a la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil (76).

En este cuerpo normativo existen dos prescripciones aplicables a la materia, una de carácter general y otra específica para los funcionarios y empleados públicos (77). La norma que regula la generalidad de los supuestos omisivos es e art. 1074 del Cód. Civil que prescribe:

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

A su vez, en su interpretación actual, el art. 1112 del Cód. Civil dispone a este respecto que las omisiones por las que se puede imputar responsabilidad al Estado son aquellas en que incurren los funcionarios "por el ejercicio irregular de las obligaciones que les están impuestas".

Como hemos señalado (78), la clave para establecer la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración de la falta de servicio, concebida esta como una omisión antijurídica que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares (79). La omisión antijurídica se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil) y no de un deber genérico o difuso.

Con ello, al prescindir de la culpa, no se transforma la naturaleza objetiva (80) de este tipo de responsabilidad que, por lo demás, será siempre directa (81).

El análisis sobre los principales fallos de la línea jurisprudencial que exhibe la Corte en materia de responsabilidad del Estado por omisión indica que se ha seguido una tendencia equilibrada que ha tenido que basarse, sustancialmente, en los estándares medios que permiten calcular el funcionamiento anormal, defectuoso o irregular de las funciones y servicios que deben cumplir los órganos del Estado.

Así, mientras, en principio, no ha aceptado la responsabilidad de una Provincia por los daños, ocasionados por animales sueltos, a quienes circulan por las extensas rutas del país, cuando el hecho no se debió a la

intervención directa de órganos provinciales y la propiedad y guarda correspondían a terceros (82) (LA LEY, 2000-B, 757), en otro caso, hizo responsable parcialmente a un municipio por haber omitido el cumplimiento de la obligación de seguridad en el uso de torres utilizadas por bañistas en el golfo de Puerto Madryn (83), así como también, se reconoció la responsabilidad de la Dirección Nacional de Vialidad por no advertir al público la existencia de un peligroso zanjón que provocó daños al actor (84).

Inclusive la Corte ha reconocido la responsabilidad por omisión con respecto a actos del poder judicial, cuando ello traduce "el incumplimiento defectuoso de funciones que le son propias" reiterando la concepción de la falta de servicio por dicho incumplimiento o su irregular ejecución (85), tendencia que siguió en una causa donde se reclamó por los daños provocados por la prolongación excesiva de una prisión preventiva (86).

VII. Reflexiones finales

El análisis precedente ha pretendido sistematizar las grandes líneas que han venido trazándose en la jurisprudencia de la Corte y destacar cómo han ido evolucionando los fundamentos, principios y técnicas de la responsabilidad estatal en la cúspide del poder judicial argentino.

La conclusión general que puede extraerse de esa evolución consiste en la filiación propia de derecho público que posee la responsabilidad patrimonial del Estado, en forma paralela con las concepciones imperantes en los derechos español y francés, mediante un proceso que ha culminado con el reconocimiento de una responsabilidad directa y objetiva, que se materializa a través de indemnizaciones que tienden a la reparabilidad integral sobre la base de criterios que tienen en cuenta los distintos valores e intereses en juego.

Porque la responsabilidad, en el derecho público, funciona, en definitiva, como un factor de preservación de la armonía social, en la que la antigua idea romanista de restitución patrimonial precisa armonizar con las posibilidades económicas y financieras del sistema, a fin de que la comunidad no tenga que afrontar cuantiosas indemnizaciones que superen, incluso, las previsiones presupuestarias.

Y al mismo tiempo, no se puede negar que, tal como ha sido señalado por autorizada doctrina (87), ella cumple también una función de control en la medida en que la ejemplaridad de los fallos condenatorios conduce a evitar los daños futuros.

En última instancia, el establecimiento de unos estándares de calidad y eficiencia -por mínimos que sean-, puede ayudar a que el sistema objetivo de la responsabilidad directa del Estado, edificado sobre la concepción de la falta de servicio, funcione de un modo más justo y, desde luego, proporcional a los recursos públicos. Dejar librada la determinación de esos estándares a la discrecionalidad de los jueces puede derivar en consecuencias disvaliosas para la seguridad jurídica, los derechos individuales y el propio interés público.

Como señala Gustave Thibon, "nuestra época vive bajo el signo de la reivindicación" que, en el plano del derecho, deviene en responsabilidad. El fenómeno no constituye una novedad, aunque sí es nuevo en cuanto a su universalidad y a la manera sistemática como se lo plantea (88).

En definitiva, la responsabilidad del Estado es una pieza básica del orden social y es necesario establecer mecanismos que permitan la mejor convergencia posible entre el equilibrio y la armonía. El equilibrio (el mantenimiento de la igualdad a través de la restitución) solo no basta, pues se requiere que armonice con el bien común y se encuentre a su servicio. En última instancia esta es la razón de ser del derecho administrativo que no puede pretender -como decía Lord Acton- convertir a la tierra en un paraíso, ya que, en ese empeño, puede volverse un infierno.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Es la tendencia seguida en España; véase GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", p. 136 y sigtes., Madrid, 1996.

(2) Fallos: 306-2030; REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del "Estado", en el libro "El derecho administrativo hoy", p. 226, Ed. Ciencias de la Administración; Buenos Aires, 1996.

(3) BIELSA, Rafael, "Responsabilidad del Estado como Poder Administrador", en JA, 43-416 y siguientes:

(4) Uno de los trabajos pioneros, en esa línea, fue el de BULLRICH, Rodolfo, "La responsabilidad del Estado", p. 142 y sigtes., Buenos Aires, 1920.

(5) ED, 99-987 y 100-985.

(6) LINARES, Juan Francisco, "Entorno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público", LA LEY, 153-601.

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo", en libro "La Responsabilidad", Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg, p. 763 y sigtes., Buenos Aires.

(8) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, p. 705 y sigtes, 4ª ed., Buenos Aires, 1987, quien destaca, sin embargo, las diferencias de régimen jurídico entre ambos tipos de responsabilidad (lícita o ilícita).

(9) VEDEL, Georges y DEL VOLVE, Pierre, "Droit Administratif", p. 502, París, 1984, sin dejar la limitada gravitación que aún conserva la teoría del riesgo en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

(10) Véase: GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 6ª ed., p.356 y sigtes., Madrid, 1999.

(11) Cabe anotar que en el interesante opúsculo de MOSSET ITURRASPE, se nos ubica, junto a GARCIA de ENTERRIA, dentro de las concepciones que distinguen entre indemnización y responsabilidad (op. cit., p. 769) lo cual es algo así como un desliz interpretativo dado que sostenemos una tesis unitaria sobre el fundamento de la responsabilidad.

(12) Fallos: 312-1656; 315-1892; y 320-113, entre otros.

(13) Ver: BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos"; ED, 142, ps. 936-937, sostiene que el fundamento de la obligación de indemnizar se encuentra en la justicia legal o general, criterio que no compartimos, pues esta especie de justicia viene a ordenar los deberes de los miembros con la comunidad (v gr.: Impuestos y contribuciones).

(14) "In re": "Saslavsky c. Prov de Córdoba", LA LEY, 24-290 y siguientes.

(15) Véase: COLOMBO, Leonardo A., "Culpa Aquiliana (cuasidelitos)", p. 462, Buenos Aires, 1944.

(16) Cf. REIRIZ, María Graciela, op. cit.; p. 224.

(17) Vid: CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", ED, 114-215.

(18) Fallos: 300: 2036.

(19) Como viene reiterando la Corte "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido y es responsable por los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular" (véase, entre otros, Fallos: 318:1800; 320:266, 1999:2539). Para PERRINO se trata de una conceptualización análoga a la falta de servicio, "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio"; ED diario del 28/12/99, p.6.

(20) Fallos: 312:1656 ("Tejedurías Magallanes", consid. 11º).

(21) Así lo reconoce recientemente PERRINO, Pablo Esteban, op. cit., p. 2.

(22) GUASTAVINO, Elías P, "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", ED, 118, p. 190.

(23) Véase: Fallos: 320:569 ("Salvatore").

(24) Véase: BONPLAND, Viviana M. C., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código)", LA LEY, 1987-A, sec. doctrina, p. 779 y siguientes.

(25) La nota del artículo 1112 reproduce la nota 7 de la 3ª ed. de 1856, que pasa a ser la nota 8 en la 4ª edición de 1871.

(26) REIRIZ, María Graciela, op. cit., p. 226.

(27) PERRINO, Pablo Esteban, op. cit., p. 4.

(28) LAUBADERE, André de, "Traité de Droit Administratif", t. I, actualizado por VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, p. 747, París, 1984.

(29) "In re": "Zacarías, Claudio H. c. Prov de Córdoba", publicado en LA LEY, 1998-C, 317, con nota de BUSTAMANTE ALSINA.

(30) Por ejemplo: ANDORNO, Luis O., "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", en "Responsabilidad por daños, Homenaje a Bustamante Alsina", t. I, p. 77 y sigtes., Buenos Aires, 1990, sostiene que el fundamento primordial de la actividad lícita lesiva se encuentra en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional.

(31) Nos remitimos a nuestro trabajo: "En torno al fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado",

ED, 99, p. 937.

(32) Fallos: 195:66.

(33) En contra: SOTO KLOSS, Eduardo, "La idea de reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por una víctima, en el libro "Responsabilidad del Estado", p. 22, Ed. UNSTA, Tucumán, 1982.

(34) Fallos 301:403 (LA LEY, 1979-C, 219).

(35) Que, en general, es seguido por la doctrina y jurisprudencia francesas.

(36) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, p. 706 y siguientes.

(37) Fallos: 312:1656 ("Tejedurías Magallanes").

(38) Fallos: 315:1892 ("García").

(39) MARIENHOFF, Miguel S. op. cit., 4ª ed. actualizada, t. IV, p. 714 y sigtes., especialmente p. 716 y siguientes.

(40) CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., ED, 100-986 y "Derecho Administrativo", t. I, 6ª ed., Buenos Aires, 1999.

(41) Fallos: 319:2658 ("Tejedurías Magallanes").

(42) Fallos: 315:1027 publicado en R.E.D.A. N° 9110, p. 139, con nota de COVIELLO.

(43) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., p. 165 y sigtes., Buenos Aires, 1997.

(44) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit., p. 381.

(45) Una distinta opinión ha sustentado REIRIZ, quien considera que el factor de atribución en la falta de servicio no es objetivo (op. cit., p. 226) lo que no es óbice a que reconozca las diferencias de fundamento y régimen jurídico entre la responsabilidad civil y la patrimonial administrativa.

(46) Fallos: 317:1225.

(47) Véase, entre otros: Fallos 307:1505; 311:233 y 744; 317:318.

(48) PERRINO, Pablo E., op. cit., p. 4.

(49) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit., p. 173. Así, no sería concebible que una Asociación de usuarios de servicios públicos reclamase daños sufridos por estos últimos.

(50) Cf.: MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED, 114-956.

(51) Fallos 301:403 ("Cantón").

(52) Cf. REIRIZ, María Graciela, op. cit., p. 228; CASSAGNE; Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, 6ª ed., p. 298, Buenos Aires, 1998. En contra: BIANCHI, Alberto B., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", p. 168 y sigtes., Buenos Aires, 1999, si bien acotando su extensión.

(53) Fallos: 195:66 ("Laplacette").

(54) Fallos: 293:317.

(55) Fallos: 301:403.

(56) Fallos: 301:1051.

(57) Fallos: 310:943 (LA LEY, 1989-D, 25).

(58) Fallos: 306:1420.

(59) Cf. BIANCHI, Alberto B., op. cit., p. 172.

(60) Fallos: 312:2269.

- (61) Fallos: 300:299 (consid. 5° del fallo "Cía. Azucarera Tucumana S.A.).
- (62) Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., t. II, ps. 609-611.
- (63) Fallos: 312:2308/2310.
- (64) CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., t. II, p. 611. Es el criterio aplicable en materia de expropiación de derechos intelectuales o patentes de invención (aunque hoy día es un supuesto teórico) vid: ABAD HERNANDO, Jesús, "La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499"; publicación de la A.A.D.A., ps. 68-69, Buenos Aires, 1977.
- (65) MARTIN REBOLLO, Luis, "Responsabilidad de la Administración", en Expropiación forzosa, Cuadernos de Derecho Judicial, XX-1993, p. 418 y siguientes.
- (66) BLANCO ESTEVE, Avelino, en "Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", p. 432, Madrid, 1993.
- (67) Véase GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", p. 277 y sigtes., Madrid, 1996.
- (68) GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 1, cap. XII, p. 417 y sigtes., 5ª ed., Buenos Aires, 1998.
- (69) Cf. PERRINO, Pablo E., op. cit., p. 5 y sus citas.
- (70) Fallos: 306:2030.
- (71) GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", p. 30 y sigtes., Buenos Aires, 1984.
- (72) Cf. PERRINO, Pablo E., op. cit., p. 7.
- (73) Fallos: 308:2095; 315:2319.
- (74) Fallos: 312:1656 y 317:1531.
- (75) Vid: GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., p. 300 y siguientes.
- (76) Cf. MARIENHOFF, Miguel S., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud 'omisiva' en el ámbito del derecho público", p. 19, Buenos Aires, 1996.
- (77) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., p. 22.
- (78) En nuestro "Derecho Administrativo", t. I, 6ª ed., p. 301.
- (79) Cf. GAMBIER, Beltrán, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia", La Ley, 1990-E, 617.
- (80) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., p. 67.
- (81) REJTMAN FARAH, Mario, "Responsabilidad del Estado por omisión judicial: una tendencia que se expande", LA LEY, 1996-D, 88.
- (82) En el caso "Ruiz". Fallos: 312:2138 y en la misma línea se encuentra el reciente fallo "Colavita" publicado en ED, diario del 30/5/2000, serie Derecho Administrativo, con nota de BARRA, Rodolfo Carlos ("Animales en las rutas. Responsabilidad por omisión de control en la concesión de obra pública").
- (83) Fallos: 315:2834 (caso "Pose"), publicado en ED, 157-85, con nota de CANOSA, Armando N., "Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado".
- (84) Fallos: 314:661 ("caso Lanati")
- (85) Caso "De Gandía" publicado en LA LEY 1996-D, 79, en el que se condenó a reparar el daño moral.
- (86) "Rosa, Carlos Alberto c. Estado Nacional-Ministerio de Justicia y otro s/daños y perjuicios varios", fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 1/11/1999, ver p. 556.
- (87) MARTIN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", R.A.P, p. 361 y sigtes., Madrid, 1999.

(88) THIBON, Gustave, "El equilibrio y la armonía", p. 95 y sigtes., versión española, Ed. RIALP, Madrid 1978.