

La Responsabilidad Extracontractual del Estado por su actuación ilegítima. Con especial referencia a la Responsabilidad del Estado por Omisión

La Responsabilidad Extracontractual del Estado por su actuación ilegítima. Con especial referencia a la Responsabilidad del Estado por Omisión

LARA NATASHA BOGUT SALCEDO | 2012

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21 | RÍO CUARTO

ABOGACÍA |

TFG

El Estado, como sujeto de derecho, es pasible de ser obligado a reparar el daño que cause a sus administrados en el ejercicio de sus funciones. El camino hacia el reconocimiento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado ha sido arduo, y generador de controversias, debido a los sujetos comprendidos en la cuestión: por un lado los administrados que encuentran vulnerados sus derechos y por el otro, el Estado, entidad que promueve el bien común, propende al afianzamiento de la justicia y protege el orden jurídico.

Pese a que se acepta que el Estado es susceptible de ser obligado a responder ante el daño causado, se plantea la necesidad de dar respuesta a determinados interrogantes, tales como, cuál es el fundamento que obliga al Estado a responder, cuáles son los requisitos que han de reunirse para que se configure la responsabilidad estatal, cuál es la jurisdicción competente para entender en estos casos y cuál es el alcance de la reparación debida al damnificado por el Estado. Inclusive, es preciso preguntarse si el Estado es responsable sólo por sus acciones o también por sus omisiones, puesto que la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se manifiesta restrictiva al reconocimiento de la Responsabilidad estatal por omisión.

Los mentados interrogantes devienen como consecuencia de la ausencia de una regulación positiva orgánica en el tema que, frente al planteo de un caso concreto, conduce inevitablemente a recurrir a las normas de nuestro Código Civil y en gran medida al derecho judicial, ya que frente a los exiguos preceptos legales en la materia, ha quedado en manos de los jueces la dificultosa y delicada tarea de completar la ordenación legal, elaborando las pautas y criterios rectores a seguir en lo relativo a la Responsabilidad Estatal.

The State, as subject of law, is liable to be compelled to repair the damage caused to in the exercise of their functions. The road to recognition of the liability of the State has been arduous, and generator of controversies, this is due the subjects included in the topic: the administered, who find their rights violated and the State, who promotes the common good, the strengthening of justice and protects the legal system.

Although it is accepted that the State is liable to be compelled to respond for the damage, there is the need to respond to some questions, such as, what is the foundation that requires the State to respond, what are the requirements to be met in order to configure the State's liability, what is the jurisdiction competent to hear in these cases and what is the extent of the reparation owed to the victim by the State. And yet, one must ask whether the State is responsible only for their actions or for too their omissions, because the jurisprudential trend of the Supreme Court of the Nation is restrictive in the recognition of liability's State for omission.

The mentioned questions are consequence of absence of one positive organic regulation in the subject that, before a concrete case, inevitably leads to resort to the rules of the Civil Code and largely to the judicial law, due to the ungenerous legal principles in the matter, has been taken over by the judges difficult and delicate task of completing the legal system, developing the standards and guidelines to follow in terms to State Liability.

A mi mamá y a mi papá, por creer en mí,
por su paciencia y por su apoyo incondicional;
A mis hermanos y a mi abuela, por estar presentes;
A mi novio, por entender mis malos momentos;
A Camila, mi sobrina, por estar siempre
pendiente de cada uno de mis pasos;
A la memoria de mis abuelos, por esa cuota
de perseverancia que dejaron en mí.

10 | INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

12 | 1.1. Presentación del tema elegido

12 | 1.2. Justificación

13 | 1.3. Objetivos

13 | 1.3.1. Objetivo General

13 | 1.3.2. Objetivos específicos

14 | 1.4. Metodología de trabajo

14 | 1.4.1. Recolección y presentación de datos

14 | 1.4.2. Método de análisis de la información relevada

CAPÍTULO II. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

15 | 2.1. Clasificación de la Responsabilidad del Estado

15 | 2.2. Breve reseña de la Evolución de la Responsabilidad Estatal

19 | 2.3. Fundamento Jurídico de la Responsabilidad del Estado

26 | 2.4. Aplicación de las normas del Código Civil al caso administrativo no previsto

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTUACIÓN ILEGÍTIMA

29 | 3.1. Aspectos que definen el régimen de responsabilidad extracontractual por actuación ilegítima

29 | 3.1.1. Directa

29 | 3.1.2. Objetiva

30		3.2. Requisitos para su procedencia
30		3.2.1. Daño o perjuicio
30		3.2.1.1. Cierto
30		3.2.1.2. Subistente
30		3.2.1.3. Evaluable en dinero
30		3.2.2. Posibilidad de imputar el hecho u omisión a un órgano del Estado
32		3.2.3. Relación de Causalidad
33		3.2.4. Factor de Atribución
34		3.2.4.1. Falta de Servicio
34		3.2.4.2. Riesgo Creado
36		3.3. La Reparación
36		3.3.1. Alcance de la Reparación
37		3.4. Prescripción de la Acción Resarcitoria
38		3.5. Jurisdicción Competente
39		3.5.1. Competencia Originaria de la CSJN y el concepto de causa civil

CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD AQUILIANA DEL ESTADO POR OMISIÓN

41		4.1. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión
41		4.1.1. Caracterización de la omisión
41		4.1.2. Clasificación de las omisiones
42		4.1.3. Ubicación del supuesto de Responsabilidad del Estado por omisión
42		4.2. Los presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión

43		4.2.1.	La omisión antijurídica
44		4.2.1.1.	¿Qué condiciones deben reunirse para que se genere la omisión antijurídica?
45		4.2.1.2.	El caso “Torres”
45		4.3.	Fundamento normativo de la Responsabilidad del Estado por omisión
45		4.3.1.	Evolución Jurisprudencial
47		4.3.2.	¿Art. 1074 o Art. 1112?

CAPÍTULO V. DERECHO COMPARADO. ANTEPROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL, AÑO 2012

50		5.1.	Derecho Comparado
50		5.1.1.	Países Latinoamericanos
50		5.1.1.1.	República Oriental del Uruguay
51		5.1.1.2.	República Federativa de Brasil
52		5.1.1.3.	Colombia
52		5.1.1.4.	República de Chile
53		5.1.2.	Países Europeos
53		5.1.2.1.	Francia
54		5.1.2.2.	España
55		5.1.2.3.	Inglaterra
56		5.2.	Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, año 2012
56		5.2.1.	Surgimiento y Estado Actual del Proyecto
57		5.2.2.	Aspectos Valorativos del Anteproyecto

57 | 5.2.3. El Anteproyecto y el Sistema de Responsabilidad

57 | 5.2.3.1. Ubicación metodológica

58 | 5.2.3.2. De la Responsabilidad Civil

60 | 5.2.3.3. De la Responsabilidad del Estado

61 | 5.2.3.4. De la Prescripción

63 | CONCLUSIONES

65 | LISTADO DE REFERENCIAS

65 | Doctrina

69 | Legislación

70 | Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

72 | Jurisprudencia de tribunales inferiores del país

INTRODUCCIÓN

La *Responsabilidad del Estado* es un tópico que ha sido sumamente controvertido y que aún con el pasar de los años no ha perdido vigencia en el debate. El tema en cuestión constituye un elemento esencial del Derecho Administrativo, pudiendo entenderse éste como aquel que regula la actividad administrativa pública en general (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), la estructura y funcionamiento de todo órgano destinado a ejecutar funciones administrativas, como así también las relaciones entre los órganos y los administrados y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado (Cassagne, 2006; Gordillo, 2009a; Torr , 2003).

Las normas del derecho administrativo, por su carácter público, regulan relaciones de subordinación entre el Estado y los particulares.

Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración –decía Hauriou– que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder Público puede formularse en estos dos brocardos¹: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio. (García de Enterría y Fernández, 1998, p. 351)

Este sujeto de quien se pretende obedezca la ley y pague los perjuicios que ocasione –el Estado– ha sido definido desde la antigüedad de diversos modos. Puede decirse

1. Brocardo: del latín, *brocardus*. “es un veredicto, axioma legal o máxima jurídica, normalmente escrito en latín, y que expresa concisamente un concepto o regla evidente”. Recuperado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Brocardo>

que es una “entidad social y política jurídicamente organizada bajo un poder supremo, que se manifiesta por la coexistencia de tres elementos: un territorio determinado, una población asentada en ese territorio y una autoridad común o gobierno...” (Moreno Rodríguez, 1974, p. 217).

No debe olvidarse que el concepto de Estado, no sólo se refiere al Estado Nacional, sino que se hace extensible a los Estados Provinciales y a los Municipios.

El Estado posee personalidad jurídica propia, de carácter público –única–, ya actúe en el campo del derecho público o ya en el del derecho privado. Es una persona jurídica que, como tal, necesita de la actuación de personas físicas que reproduzcan su voluntad. Es así que el Estado ejerce sus funciones –siempre orientadas al bien común– mediante la actuación de órganos que integran su estructura, de modo que cuando un órgano actúe sea el propio ente quien lo haga (Cassagne, 2006; Dromi, 1997; Gordillo, 2009a, 2009b; Marienhoff, 1997). Es en pos de este fin último –el bien común– y en el desenvolvimiento de sus actividades que el Estado puede causar daños a los particulares, susceptibles de generar responsabilidad, y dado el caso la obligación de responder, por ser sujeto de derecho.

La expresión “obligación de responder” exige hacer referencia a la Responsabilidad Civil que, como enseña Bustamante Alsina (1997), es la obligación de reparar todo daño injustamente causado con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento obligacional.

Aunque al tratar la Responsabilidad del Estado, suele referirse a ella como Responsabilidad Civil, los autores (por ejemplo, Vedel, 1980) manifiestan que sería preferible denominarla Responsabilidad Patrimonial del Estado.

I. DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

Partiendo de la idea de que el Estado en el cumplimiento de sus funciones y en la búsqueda del bien común, puede causar –y de hecho lo hace– daños a sus administrados y, considerando que el Estado como sujeto de derecho que es, es posible de ser obligado a reparar el daño causado, cabe plantearse determinados interrogantes:

En general, ¿cuál es el fundamento que obliga al Estado a reparar el daño causado?, ¿qué normas deben aplicarse?, ¿qué requisitos deben reunirse para que el Estado sea obligado a la reparación del daño?, ¿es necesaria la regulación de esta problemática por vía legislativa?

El Estado ¿es también responsable por sus omisiones? Y en caso de respuesta afirmativa, ¿cualquier omisión genera responsabilidad?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La Responsabilidad del Estado es una temática que genera controversias desde antaño, y no sólo controversias doctrinarias o jurisprudenciales, sino también sociales, debido a los sujetos que involucra la cuestión. Por un lado, los administrados que se ven damnificados y, por otro, el agente causante del daño: el Estado, la Administración Pública, aquella entidad suprema que promueve el bien común, el afianzamiento de la justicia y que protege el orden jurídico, convirtiéndose así en la máxima expresión de éste.

Si bien a través de un arduo camino se ha reconocido la Responsabilidad Patrimonial del Estado cuando actúa como persona pública, es decir en el ámbito del derecho administrativo, el problema aún no está resuelto, puesto que no existe una regulación positiva orgánica del tema, lo que genera complicaciones en cuanto a cuáles

son las normas que deben aplicarse en cada caso que se plantee.

Por otra parte, no se niega ya la responsabilidad del Estado por sus acciones positivas, pero puede observarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que existe una tendencia restrictiva al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños causados por sus omisiones.

De lo dicho precedentemente se pone de manifiesto la relevancia de la cuestión a desarrollar en el presente trabajo.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Determinar en qué casos es procedente –y bajo la reunión de cuáles presupuestos– la obligación de responder del Estado por sus omisiones, la jurisdicción competente, el alcance de la reparación debida.

1.3.2. Objetivos Específicos

A los fines de alcanzar el objetivo general planteado, se procederá a:

- a. Analizar brevemente la evolución en torno a la Responsabilidad Patrimonial del Estado;
- b. Indagar sobre los fundamentos por los cuales el Estado debe responder ante el daño causado;
- c. Delimitar los presupuestos para la procedencia de la Responsabilidad extracontractual por actuación ilegítima;
- d. Caracterizar la Responsabilidad Extracontractual del Estado por actuación ilegítima por omisión;

- e. Determinar si es necesario que concurren otros presupuestos para que proceda la Responsabilidad Estatal por omisión –además de los que se requieren para que proceda la Responsabilidad Extracontractual por actividad ilegítima–;
- f. Analizar diversas posiciones de doctrinarios en lo referido al tema en cuestión, en relación a cada temática propuesta;
- g. Recolectar y sistematizar jurisprudencia nacional relevante para la problemática planteada;
- h. Indagar sobre la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado.

1.4. METODOLOGÍA DE TRABAJO

1.4.1. Recopilación y presentación de datos

Los instrumentos de recolección de datos a utilizarse en el presente serán sólo fuentes secundarias, a saber:

- a. Libros;
- b. Artículos publicados en repertorios de doctrina y jurisprudencia;
- c. Jurisprudencia;
- d. Constitución Nacional y Código Civil Argentino.

1.4.2. Método de análisis de la información relevada

A los fines de analizar la información recabada se hará uso de los métodos mencionados a continuación:

- a. *Método descriptivo*;
- b. *Método deductivo*.

II. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN GENERAL

2.1. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La Responsabilidad del Estado puede ser clasificada de acuerdo a diferentes criterios. Así, cuando la causa generadora de responsabilidad fuere la actuación del Estado en el ámbito del derecho privado, en una relación de igualdad con los particulares, se podrá hablar de Responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Privado, siéndole aplicable este derecho. Por el contrario si la causa generadora se encontrara en la actuación en el ámbito de la función administrativa –siguiendo un criterio objetivo– o en ocasión de la misma, la responsabilidad será de Derecho Público, y por ende regida por los principios de Derecho Administrativo, pese a que puedan aplicarse artículos del Código Civil (Cassagne, 2006; Marienhoff, 1997).

A su vez, la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, según se aplique a un vínculo contractual o extracontractual.

Deben distinguirse además, los supuestos en que la actuación del Estado es legítima, de aquellos en los que es ilegítima o ilícita. La ilegitimidad alude o hace referencia a la noción de *falta de servicio*, como cumplimiento irregular de una función administrativa. Éste puede originarse por la acción u omisión del Estado, siempre que esta última sea antijurídica, es decir, aún cuando no vulnere una norma expresa, si existiese un deber jurídico que consagre la garantía o la obligación de obrar el Estado en un sentido determinado (Cassagne, 2006).

2.2. BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Si bien en la actualidad la responsabilidad estatal se entiende como una

consecuencia inexcusable del Estado de Derecho en que vivimos, no siempre se ha presentado de esta manera, exhibió diferentes matices y variantes en la medida que se transformaban las nociones de Estado y Soberanía.

La noción de responsabilidad del Estado en un principio fue por completo desconocida. La idea de soberanía –que proponía que el Estado Soberano no podía dañar–, primero con el absolutismo de los monarcas (*The King can do no wrong*) y luego con la soberanía del pueblo, fue concluyente para el mantenimiento del *principio de la irresponsabilidad del Estado* por varios siglos (Cassagne, 2006; Gordillo, 2009a, 2009b; Marienhoff, 1997; Reiriz, 1969).

En los albores del siglo XIX, el principio de la irresponsabilidad estatal comienza a ceder lentamente: sin un mínimo reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los derechos de los hombres y las garantías consagradas en los ordenamientos supremos que cada país determinaba, carecían de sentido. Es así que la llamada teoría del Fisco –que tuvo origen en el Derecho Romano– según la cual el patrimonio no pertenecía ni al Príncipe ni al Estado, vino a contribuir en el reconocimiento de la Responsabilidad del Estado, aunque sólo se admitía la responsabilidad del Estado por los llamados actos de gestión que revestían naturaleza civil, y no así en relación a los actos de imperio.

En Francia, los particulares que resultaban víctimas de daños causados por la Administración –no por actos de gestión sino por actos de autoridad– no tenían a quién reclamar una justa reparación y visto que ante sus pedidos frente a la autoridad administrativa no obtenían respuesta, comenzaron a presentarse ante los tribunales judiciales, invocando las prescripciones del Código Civil Francés, manifestando que el texto civil tenía un alcance general, asimilando la posición jurídica del Estado a la de un comitente, que debe responsabilizarse por los actos de las personas que de él dependen.

Pese a la vigencia del principio de la separación de los poderes los tribunales judiciales se declaraban competentes para entender en las causas en las que se perseguía la responsabilidad de la Administración, aún actuando en ejercicio del poder público; es frente a esta realidad que se comienza a sostener la inaplicabilidad de los textos del Código Civil para regir la Responsabilidad del Estado basándose en que no es lo mismo la responsabilidad del Estado como persona pública que la responsabilidad de las personas privadas (Cassagne, 2006).

Conforme lo resalta Cassagne (2006) es a partir de los casos “Blanco” y “Pelletier” –resueltos en el Tribunal de Conflictos en Francia en el año 1873– que se delineó una concepción publicista de la Responsabilidad del Estado que diferenciaba entre falta personal y falta de servicio y que finalizó en el abandono de la noción de culpa como presupuesto forzoso para la procedencia de obligación de responder del Estado por la ejecución irregular de la función administrativa, cuando por ello ocasionare daños a los administrados.

La Responsabilidad estatal tal y como la conocemos en nuestros tiempos es –tal como ya se ha dicho– el resultado de un largo proceso de evolución.

En nuestro país, la idea de Soberanía como infalibilidad dejó su huella, puesto que a partir de la ley n° 3952 (vigente desde el año 1900) para demandar al Estado cuando éste actuaba en el ámbito de derecho público era necesaria una *venia* del Congreso; este requisito fue luego suprimido por medio de la ley n° 11634 en el año 1932, pero se exigía un reclamo previo hasta agotar la vía administrativa, y sólo en caso de ser denegado el reclamo o mediando silencio de la Administración por el plazo de nueve meses, podía demandarse al Estado en sede judicial (Marienhoff, 1997; Gordillo, 2009a).

Los contornos actuales de la responsabilidad del Estado en nuestro país, han sido

delineados fundamentalmente por la jurisprudencia, y es menester por tal motivo hacer referencia a tres relevantes fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sintetizan la evolución por la que atravesó la idea de Responsabilidad del Estado.

El primero de estos casos es “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”², que fuera resuelto el 22 de septiembre de 1933, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó la responsabilidad del Estado por actividad extracontractual en los arts. 1109³ y 1113⁴ del Código Civil (en adelante C.C.) en el intento de sortear el antiguo art. 43 del C. C., que prescribía que bajo ningún aspecto se podía ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños (Cassagne, 2006).

En el año 1938, con el fallo “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala un nuevo rumbo puesto que funda la responsabilidad del Estado en los arts. 1112⁶ y 1113 del C.C., expresando que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe realizarlo en condiciones adecuadas para cumplir ese fin, siendo responsable de los daños que causare su incumplimiento o su irregular ejecución.

En el trayecto marcado por esta evolución jurisprudencial, por medio de la ley 17711 en el año 1968, se sustituyó el art. 43 del Código Civil, el cual quedó redactado del siguiente modo: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden*

2. C.S.J.N., “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, Fallos 169: 111 (1933).

3. **Art. 1109 Código Civil:** “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil...”

4. **Art. 1113 Código Civil:** “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado...”

5. C.S.J.N., “F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires”, Fallos 182:5 (1938).

6. **Art. 1112 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”.

también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Por último, es en el fallo “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”⁷ del año 1984, donde el reconocimiento de la responsabilidad del Estado adquiere sus contornos definitivos.

En efecto, consolida nuestra Corte Suprema de Justicia el criterio expuesto con anterioridad, al consagrar la responsabilidad objetiva, e introduciendo la noción de *falta de servicio*, que se articula a partir del art. 1112 del Código Civil.

Además, se imputa la responsabilidad *directamente* al Estado, por medio de la denominada *Teoría del órgano*. Según esta teoría, los funcionarios y empleados no son *mandatarios* ni *representantes* de la persona jurídica –en este supuesto el Estado– sino precisamente, “*órganos*” de él, estructuras del ente mismo que no constituyen una persona diferenciada; de modo que cuando un órgano actúa, actúa el propio Estado (Cassagne, 2006; Gordillo, 2009a; Marienhoff, 1997).

2.3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una vez reconocida la Responsabilidad del Estado en el campo del Derecho Público, se hace necesario encontrar sus fundamentos. Numerosas son las teorías por las que se ha intentado explicar cuáles son aquellos principios que sustentan la Responsabilidad Estatal, habiéndoselos buscado tanto en el ordenamiento positivo como en el Derecho Natural.

7. C.S.J.N., “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030 (1984).

Las principales teorías expuestas –desde el Derecho Público– para responsabilizar al Estado, pueden sintetizarse –siguiendo a Barraza (1988) y Reiriz (1969), entre otros– en los siguientes párrafos.

a. Teoría de la Expropiación

Consolo fue uno de los primeros autores –dejando a un lado a los autores alemanes– en buscar sustento para responsabilizar al Estado en los principios que rigen en materia de expropiación.

La regla de la indemnización por expropiación reconoce el principio que establece que si el derecho de propiedad de un particular debe ceder al bien público, no debe ser sacrificado al mismo.

Se trata de expandir los principios de la Expropiación a los supuestos de Responsabilidad del Estado. “...Es claro que podemos hablar de paralelismo, pero no de identidad entre estas dos instituciones jurídicas...” (Reiriz, 1969, p.27)

Siguiendo esta línea de pensamiento, se afirma que el patrimonio del administrado no puede sufrir menoscabo alguno derivado de la actividad estatal. Se encuentra el fundamento de la Responsabilidad Estatal en la garantía del derecho de propiedad. En nuestro país, consagrada esta última en el art. 17 de la Constitución Nacional (en adelante C.N.).

b. Teoría del sacrificio especial

Expuesta por *Mayer*, quien sostuvo que la responsabilidad del Estado surge cuando el administrado ha sido afectado o perjudicado de forma desigual y desproporcionada respecto de otros. Esto es, que el particular haya sufrido un sacrificio especial.

c. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas o proporcionalidad de las cargas

Tesis expuesta por *Teissier*, según la cual ningún ciudadano debe sufrir las cargas públicas más que sus iguales.

Encuentra sostén en el art. 16 de nuestra Carta Magna, el que reza: “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”.

d. Teoría del enriquecimiento sin causa

Propuesta por *Hauriou*, quien partiendo del Derecho Natural, expone que ante los daños que cause el Estado por su culpa y que deriven en un enriquecimiento por parte de la Administración, deben ser indemnizados.

e. Teoría de los derechos adquiridos

Gierke postula que la Responsabilidad del Estado encuentra fundamento en el principio de derecho natural de inviolabilidad de los derechos adquiridos, el que establece que toda vez que se cause un daño a un particular en violación a sus derechos, surge un derecho a indemnización contra el Estado.

De acuerdo a *Reiriz* (1969) los derechos adquiridos son aquellos que la Constitución Nacional consagra en su Primera Parte y en su Preámbulo. Siendo sólo la misma Constitución la que puede disminuir o anular estos derechos (art. 28 C.N.).

f. Teoría del seguro contra el riesgo social

Duguit se aleja de toda idea de culpa o ilegalidad, centrándose en el criterio

objetivo de riesgo y considerando como cuestión neural conocer cuál es el patrimonio que debe soportar el riesgo inherente a la actividad –puesto que le desconocía personalidad al Estado–.

En este sentido expresa que es la Caja Pública –representante de la colectividad y beneficiaria de los servicios públicos– la que debe reparar el perjuicio que sufra un particular en aras del interés público, sea que el daño se haya causado con o sin violación del derecho.

g. Derecho de propiedad

La garantía reconocida en el art. 17 de la C.N. de inviolabilidad de la propiedad privada, se erige como fundamento de la Responsabilidad estadual puesto que si bien no lo hace expresamente obliga a indemnizar cuando se produzca un detrimento en aras del interés público. El mencionado artículo establece que *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”*

h. El afianzamiento de la justicia

Principio que encuentra mención –como objetivo en miras a alcanzarse– en el Preámbulo⁸ de nuestra Carta Magna.

i. La equidad y la moral

El Estado se encuentra obligado a indemnizar a los particulares, siempre que haya obtenido alguna ventaja, con detrimento excepcional de los derechos de éstos.

j. Teoría del bien común

Esta es la tesis que propugna *Altamira Gigena* (2005), manifestando que si el Estado debe atender a las necesidades de los particulares y simultáneamente, propender al bien común, éste debe buscar la armonía entre ambas obligaciones. Debiendo por lo tanto, indemnizar al particular por los perjuicios que ocasione en la búsqueda del bien común.

k. La existencia de ley formal que obligue al Estado a indemnizar

Autores como *Bielsa* entienden que la responsabilidad del Estado adolece de un fundamento jurídico propio, y es por tal motivo que para que existiera tal responsabilidad debe haber una ley formal que expresamente la reconozca (*Marienhoff*, 1997). 1)

l. Teoría de la lesión antijurídica resarcible

Es la postura sostenida por *García de Enterría* y *Fernández* (1998), quienes manifiestan que la responsabilidad “...se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de la acción u omisión de la administración pública...” (p. 371).

8. Preámbulo de la Constitución Nacional: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.”

Para que se configure una lesión patrimonial es preciso que el perjuicio patrimonial sea antijurídico, siendo antijurídico no cuando el autor del daño haya actuado contrario a derecho, sino cuando el damnificado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (García de Enterría y Fernández, 1998).

m. Fundamento en la Constitución Nacional

Hay autores que sostienen que el fundamento de la Responsabilidad Estatal se encuentra en nuestra Carta Magna, en esta línea se encuentran Dromi, Gordillo, Reiriz.

Nuestra Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de cualquiera de sus órganos (P. L.; P. E.; P. J.) cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus artículo 14 a 20 (Reiriz, 1969, p. 45).

La imperatividad de nuestra Constitución según Gordillo surge del Preámbulo de la misma. En éste sentido disiente Reiriz al considerar que la mencionada imperatividad emana de los artículos 31⁹ y 100 (actual 116¹⁰) de la C.N. (Reiriz, 1969).

9. Art. 31 C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

10. Art.116 C.N.: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

n. El Estado de Derecho y sus postulados

Su principal expositor en el país es Marienhoff (1997), y en el mismo sentido se expresan Barraza (1988), Comadira (2002), Mertehikian (2000), Sarmiento García (2000), entre otros.

También Cassagne (2009) manifiesta que son los postulados del Estado de Derecho los que constituyen el fundamento de la responsabilidad estatal, aunque siempre haciendo hincapié en el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 C. N.) y el principio *alterum non laedere* (art. 19 C.N.)

No existiría entonces –al menos en apariencia– consenso en la doctrina respecto de cuál es el fundamento jurídico de la responsabilidad estatal. Es admisible aventurarse a expresar que, gran parte de las teorías aquí reseñadas encuentran cabida en los principios del Estado de Derecho, puesto que estos principios fundamentales surgen principalmente de nuestra Constitución Nacional y, es por las disposiciones de esta misma que el Estado se halla sometido al ordenamiento jurídico.

Entre los postulados del Estado de Derecho se encuentran:

- El respeto del derecho a la vida e integridad física;
- El afianzamiento de la justicia;
- El reconocimiento de derechos esenciales (art. 14 C.N.);
- La igualdad ante las cargas públicas (art 16 C.N.);
- Las normas sobre expropiación, aplicables a todos aquellos supuestos en que un derecho individual ceda ante el interés de la comunidad (art. 17 C.N.);
- Las garantías a la libertad (art. 18 C.N.).
- No dañar a otro (art. 19 C.N.);

- El respeto a los derechos adquiridos, reconocidos en los artículos 14 a 20, 28, y el inciso 22, art. 75 C.N¹¹ incorporado con la reforma constitucional del año 1994.

Mediante la inclusión de esta última norma se le otorga jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enumerados por este inciso y a los que con posterioridad sean aprobados por el Congreso, en las condiciones de su vigencia y como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, erigiéndose entonces también los derechos reconocidos por estos Tratados como postulados integrantes del Estado de Derecho.

2.4. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL AL CASO

ADMINISTRATIVO NO PREVISTO

La cuestión de la Responsabilidad del Estado carece de una regulación positiva orgánica. Siendo así, lo relacionado con esta temática surge de la elaboración de la jurisprudencia, de los aportes doctrinarios y de normas positivas dispersas y parciales.

Como ya se ha dicho, la Responsabilidad del Estado por su actuación en la función administrativa pertenece al ámbito del derecho público y por lo tanto se rige por los

11. Art. 75 “Corresponde al Congreso:... **inc. 22 C.N** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

principios de este derecho. Pero sucede que existen casos administrativos que no están previstos, y es por ello que suele recurrirse a las normas de nuestro Código Civil.

Existen dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. La primera de ellas consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra, en tomar ciertas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y válida directamente para el derecho administrativo (Marienhoff, 1995).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la aplicación de carácter *subsidiario* de las normas del Código Civil (Vadell, y más recientemente Serradilla¹²; entre otros) siempre partiendo del supuesto de que el caso no puede resolverse por los principios generales del derecho administrativo.

Pese a lo antedicho, gran parte de la doctrina científica argentina sostiene la inaplicabilidad de forma directa de las normas del Código Civil, pero si acepta el recurso a la analogía. El rechazo a la aplicabilidad directa encuentra sustento en la realidad de que los sistemas normativos –Civil y Administrativo– tienen naturaleza y finalidades diferentes (Cassagne, 2009; Dromi, 1997; Perrino, 2000; Marienhoff, 1997; Reiriz, 1969; entre otros).

En este sentido, se afirma que las normas civiles no se aplican directamente, sino que se recurre al procedimiento de la *analogía*, puesto que al aplicarse normas del

12. C.S.J.N. “Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro”. Fallos 330:2748 (2007).

“...Considerando 6º) Que las circunstancias descriptas determinan la responsabilidad concurrente de las demandadas en los términos de la doctrina establecida por esta Corte en reiterados precedentes, con arreglo a la cual “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines 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” (Fallos: 306:2030; 316:2136; 318:1800; 324:492; 325:2949; 326:4003, etc.)...”

derecho civil al derecho administrativo, *“se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste”* (Gordillo, 2009a, p. VIII-2).

Un supuesto particular se presenta con el art. 1112 del Código Civil que establece que *“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.”*

Suele postularse de este artículo, que se trata de una disposición de Derecho Público, y no de Derecho Común pese a su ubicación en el Código Civil, *“puesto que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública...”* (Cassagne, 2006, p. 487). De acuerdo a este razonamiento, la aplicación de esta norma –en los casos de Responsabilidad del Estado Nacional– sería directa.

Siguiendo con esta línea, no sucedería lo mismo con la aplicación del art. 1112 C.C. al ámbito provincial, en cuyo caso debiera ser aplicada por vía analógica para lograr la integración de los vacíos legales en los ordenamientos locales. Esto así, debido a que el Derecho Administrativo es un derecho local, es una competencia no delegada por las provincias a la Nación, y tal como lo expresa el art. 121 C.N. *“las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...”* (Gambier y Perrino, 1996; Perrino, 2000).

Por otro costado, y siendo en definitiva, la misma la solución indicada, Reiriz ha dicho que el art. 1112 del Código Civil, es una norma incompleta o de reenvío, puesto que a los fines de determinar la ilicitud de la conducta dañosa debe indagarse en las leyes que rigen el servicio o función pública (Perrino, 2000).

III. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTUACIÓN ILEGÍTIMA

La Responsabilidad Extracontractual del Estado por hechos o actos administrativos ilegítimos puede provenir de cualquiera de los órganos del Estado (Poder Ejecutivo, Poder Judicial o Poder Legislativo), puesto que se atiende a un criterio objetivo -no orgánico- al hacer referencia a la función administrativa.

3.1. ASPECTOS QUE DEFINEN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR ACTUACIÓN ILEGÍTIMA

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia en que la Responsabilidad Extracontractual Ilegítima es:

3.1.1. Directa

Es a partir del caso “Vadell” que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la responsabilidad estatal por actuación es siempre *directa*, y no refleja o indirecta (Barraza, 1988, 2000, 2009; Cassagne, 1982, 1983, 2005, 2009, 2011; Gordillo, 2009; Linares, 1980; Marienhoff, 1997; Mertehikian, 2006; Perrino, 2000, 2001, 2004; Rebollo, 2001; Reiriz, 1969; entre otros).

En este sentido, la Dra. Reiriz –varios años antes del leading case en cuestión– expresaba: “...Aceptada la teoría del órgano estatal, queda desprendida la persona física. Pasa al primer plano la actividad directa del Estado, como centro de imputación de las normas regulatorias de la responsabilidad frente a los administrados...” (1969, p. 170).

3.1.2. Objetiva

La Responsabilidad del Estado nada tiene que ver con la idea de culpabilidad,

pues no es necesario demostrar la existencia de *culpa* o *dolo* en el hecho u omisión del agente estatal, toda vez que encuentra sustento en factores objetivos de atribución (Cassagne, 1982, 1983, 2005, 2009, 2011; Gordillo, 2009; Mata, 2001; Mertehikian, 2006; Perrino, 2000, 2001, 2004; Rebollo, 2001; entre otros). Tan es así, al punto de que no se constituye como exigencia para que proceda la responsabilidad estatal la individualización del agente.

3.2. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilegítima, es necesario que se reúnan determinados presupuestos. Conforme Marienhoff (1997), Gambier (1990), Cassagne (2006), Mertehikian (2006), Perrino (2004), Barraza (2009) y distintos fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia¹³, éstos son: a) daño o perjuicio; b) posibilidad de imputar el hecho u omisión al Estado; c) relación de causalidad; y d) existencia de un factor de atribución.

3.2.1. Daño o perjuicio

El daño consiste en la lesión o *“menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”* (Bustamante Alsina, 1997, capítulo IX, parágrafo 319). El interés vulnerado por el daño debe ser un interés jurídicamente protegido por la ley.

13. C.S.J.N., “Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L. c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario”, Fallos 320:266 (1997), Considerando 2º; C.S.J.N. “Giménez Zapiola Viviendas S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 321: 2144 (1998), considerando 5º; C.S.J.N., “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos 328: 2546 (2005), Considerando 7º; C.S.J.N., “Bea, Héctor y otro v. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios”, Fallos 333:1623 (2010), considerando 9º; entre otros.

El daño consiste en una lesión antijurídica, y de acuerdo a García de Enterría y Fernández (1998), ésta se configura cuando el damnificado no tiene el deber jurídico de soportarla. Para que el daño sea resarcible debe ser:

3.2.1.1. *Cierto.* La existencia del daño –sea actual o futuro– debe ser posible de ser constatada, no debe ser hipotético o potencial. Si el daño es futuro, será resarcible en la medida en que medie certidumbre acerca de su existencia.

3.2.1.2. *Subsistente.* El daño debe permanecer en la ocasión en que deba ser resarcido, es decir, el obligado no debe haberlo reparado.

Puede ocurrir que la víctima repare la cosa destruida o deteriorada, y en este caso el daño subsistirá en su patrimonio puesto que éste habrá disminuido en la medida del desembolso que haya realizado a tal fin. Igual situación se presentará si es un tercero quien repara el daño, ya que éste se subrogará en los derechos de la víctima, siendo acreedor del obligado.

3.2.1.3. *Evaluable en dinero.* El daño debe ser susceptible de ser apreciado o determinado en dinero.

3.2.2. *Posibilidad de imputar el hecho u omisión a un órgano del Estado*

La imputabilidad responde al interrogante respecto de a quién se atribuye el hecho u omisión dañosa (Cassagne, 2009).

Imputar directamente al Estado el hecho u omisión dañosa realizada por un *agente estatal* –carece de sentido aquí distinguir según se trate de un funcionario o de

un empleado público— es posible por medio de la aplicación de la Teoría del Órgano, como ya se ha dicho. Será entonces necesario, demostrar que el agente ha actuado en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, y que ha obrado dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones (Gordillo, 2009a).

Por otro costado, cabe precisar que los perjuicios ocasionados en el ejercicio de una concesión, en principio, no le pueden ser imputados al Estado como concedente, ya que el concesionario no es un órgano estatal. Será responsable el concesionario, puesto que actúa a su cuenta y riesgo (Perrino, 2004, 2006; Cassagne 2009b).

3.2.3. Relación de causalidad

Debe existir entre el daño causado y la conducta antijurídica un nexo de causalidad que los enlace directamente, y que a su vez, vincule indirectamente el daño con un factor de atribución. “El daño es el efecto del obrar antijurídico imputable, que reviste en consecuencia, el carácter de causa” (Mosset Iturraspe, 1971, p. 189).

Debe demostrarse que la causa del daño se origina en el hecho u omisión administrativa.

A los fines de determinar esta relación causal, se aplican analógicamente las normas de nuestro Código Civil, el cual se ajusta a la Teoría de la Causalidad Adecuada, partiendo de la idea de que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes, y por lo tanto sólo aquella condición que sea idónea para determinarlo, aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas sea capaz de producir el resultado será la causa (Mosset Iturraspe, 1971; Bustamante Alsina, 1991).

El art. 901 del Código Civil distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas y casuales. Define a las consecuencias inmediatas de un hecho como las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. La consecuencia inmediata

es la que se verá vinculada directa e inmediatamente a la causa (hecho u omisión); y será siempre indemnizable.

Consecuencias mediatas son, de acuerdo a este precepto aquellas que resultan de la conexión de un hecho con otro hecho distinto, y serán imputables sólo cuando el autor las hubiere previsto o cuando las hubiere podido prever, siendo siempre indemnizables en materia extracontractual; por su parte serán consecuencias casuales, las consecuencias mediatas que no puedan preverse (Bustamante Alsina, 1997).

No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, además de la actividad o inactividad de la Administración, por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales casos, la Administración responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso (Perrino, 2004, p. 286).

3.2.4. Factor de atribución

El daño debe conjugarse con el factor de responsabilidad que la ley reputa idóneo para atribuirlo a determinada persona.

El factor de atribución responde a la pregunta de por qué se debe responder (Cassagne, 2009). En nuestro ordenamiento jurídico coexisten factores de atribución subjetivos y factores objetivos.

En el derecho Argentino, los factores que dan lugar a la responsabilidad estatal extracontractual por actuación ilegítima son:

- a.** La falta de servicio y
- b.** El riesgo creado, aunque este último de forma excepcional (Cassagne, 2009; Perrino, 2004).

3.2.4.1. La falta de servicio

La CSJN en el caso “Vadell” ha reconocido que la falta de servicio se sustenta en el art 1112 del Código Civil y es asentándose en esta norma, que en éste y en reiterados fallos ha expresado que “*quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular*”¹⁴.

La Falta de Servicio se genera en el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de los deberes y obligaciones impuestas por la Constitución, la ley o reglamento a la Administración Pública.

No debe olvidarse que aparece como inexigible la individualización del agente estatal y también carece de relevancia la intencionalidad del hecho u omisión, puesto que se trata de una responsabilidad *directa y objetiva*. Lo que sí es exigido por nuestra Corte Suprema de Justicia es la individualización concreta de cuál ha sido la actividad que se supone irregular¹⁵ (Perrino, 2001).

3.2.4.2. Riesgo Creado

Este factor de atribución fue receptado por el art. 1113, 2º parte del Código Civil, a partir de la reforma por ley n° 17711 en el año 1968. El mencionado artículo establece

14. C.S.J.N., “Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L. c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario”, Fallos 320:266 (1997); C.S.J.N., “L., B. J. y otra c. Policía Federal Argentina”, Fallos 320:1999 (1997); C.S.J.N., “Giménez Zapiola Viviendas S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 321: 2144 (1998); C.S.J.N., “Zacarias, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos 321:1124 (1998); C.S.J.N.; “Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro”. Fallos 330:2748 (2007); entre otros.

15. C.S.J.N. “Román S. A. C. c. Estado nacional -Ministerio de Educación y Justicia-”, Fallos 317:1233 (1994), “Considerando 8º: Que, en lo atinente a los agravios racionados con la falta de servicio imputada por la actora a los órganos estatales cuya actuación se halla involucrada en el caso, cabe señalar que la pretensión de ser indemnizado sobre tales bases requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible cual ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad...”

“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

Implica entonces, que quien es dueño o se sirve de cosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan.

Cassagne (2009) y Perrino (2001, 2004) manifiestan –coincidentalmente– que la aplicación de este factor objetivo de atribución debe hacerse en supuestos excepcionales, y jamás de forma directa, sino por vía de analogía, para así adaptar la norma a los principios de Derecho Público.

El fundamento de tal postura se encuentra en que:

- a. El Estado no es igual a cualquier persona jurídica privada. Los particulares tienen libertad para asumir el riesgo que implique el uso de la cosa o el ejercicio de una actividad; mientras que el Estado se encuentra obligado por el principio de competencia, a asumir el conjunto de riesgos que provoca su actuación normal en la búsqueda del bien común;

b. Aplicar indiscriminadamente el factor *riesgo creado*, a criterio de los autores citados en este punto, es pretender que el Estado se convierta en asegurador universal de todos los riesgos que se deriven de la actividad estatal normal, y el Estado no está en condiciones de hacerlo.

3.3. LA REPARACIÓN

La obligación de reparar consiste fundamentalmente en un deber de obrar en el sentido querido por el ordenamiento jurídico y no respetado por el agente infractor –la Administración Pública–. Se obliga así al Estado a restablecer la situación anterior, en cuanto fuere posible, desmantelándose la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presentes y futuros.

Aplicándose por analogía el art. 1083¹⁶ del Código Civil puede decirse que el principio es la *Reparación en Especie*, y de no ser posible, o de desearlo así el damnificado procederá la *Reparación Dineraria*, es decir, una indemnización consistente en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio.

3.3.1. Alcance de la Reparación

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia de que en estos supuestos procede una *Reparación Integral* de los daños, sean actuales o futuros –siempre que sean ciertos y no hipotéticos–. Es decir, la reparación comprende: el daño emergente, el lucro cesante e inclusive el daño moral cuando corresponda. Incluso es indemnizable

16. Art. 1083 C.C.: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.”

la pérdida de chance, puesto que es un daño actual y cierto (Altamira Gigena, 2005; Cassagne, 2006; Marienhoff, 1997; Perrino, 2004; entre otros).

3.4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

No existe norma específica que fije el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual –al menos no en el orden nacional–, es por tal motivo que debe recurrirse a las normas del Código Civil. Sucede que existen posturas opuestas en cuanto a cuál es el artículo del C.C. al que debe recurrirse.

Cassagne (2006) sostiene la aplicación –apelando al recurso de la analogía– del art. 4023 C.C., el que reza: *“Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.”*

Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.”

Estima que no corresponde la aplicación del art. 4037, por decir esta norma expresamente que se refiere a la acción por responsabilidad *civil* extracontractual, que es diferente en los fines y fundamentos a la acción por responsabilidad estatal.

Por su parte, Marienhoff (1997) considera que la norma a aplicarse –de modo subsidiario– por guardar mayor similitud con el supuesto de responsabilidad extracontractual, es el art. 4037 del Código Civil, el que dispone: *“Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.”*

En el mismo sentido que Marienhoff, se ha expresado en reiterados fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así en *“Wiater”*¹⁷, en el considerando 7º puede leerse:

“Que, tal como han juzgado los jueces de las instancias anteriores, se halla en juego la responsabilidad extracontractual del estado en el ámbito del derecho público, sin que sea necesario distinguir –a los fines que en el caso interesan– los supuestos en los cuales las consecuencias dañosas son producto de la actividad lícita del poder público o de la ilícita. El término para interponer la acción es de dos años conforme al art. 4037 del Cód. Civil, aplicable supletoriamente en el campo del derecho administrativo, como reiteradamente ha declarado este tribunal (Fallos: 304: 721; 307:821 –La Ley, 1986-B, 108– entre otros).”

Y en “Compañía Azucarera Concepción S. A.”¹⁸ la C.S.J.N. dijo –en el mismo sentido– en el considerando 15º: *“Que, por lo tanto, al tratarse de un supuesto en el que la responsabilidad que se pretende atribuir al Estado es de naturaleza extracontractual, resulta aplicable -como ya fue adelantado- el plazo de dos años previsto por el art. 4037 del Código Civil (modificado por la ley -/--/-- 17.711). Al respecto debe recordarse que una conocida jurisprudencia del Tribunal ha considerado que esa norma es supletoriamente aplicable en el ámbito del derecho administrativo (Fallos: 307:771; 317:1437; 320:2289, entre otros).”*

3.5. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Es necesario determinar cuál es la jurisdicción competente para declarar la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Enseña Marienhoff (1997) que el derecho a ser indemnizado por el Estado, por los daños que éste haya causado en el ejercicio de la función administrativa, constituye un derecho público subjetivo y que por tal y por ser

17. C.S.J.N. “Wiater, Carlos c. Ministerio de Economía”, Fallos 320:2289 (1997) ó L.L. 1998-A, 281

18. C.S.J.N. “Compañía Azucarera Concepción S.A. c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos 322:496 (1999).

regido el supuesto por principios de derecho público, será competente para entender en el juicio la jurisdicción *contencioso-administrativa*.

3.5.1. Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el concepto de *causa civil*.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, puede intervenir en los pleitos por competencia originaria o como intérprete final. Deben considerarse en conjunto los siguientes artículos de la Constitución Nacional:

Art. 116 C.N. *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”*

Art. 117 C.N. *“En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.”*

De la lectura de los transcritos surge que la CSJN tendrá competencia originaria cuando una provincia sea parte en el pleito. A este requisito se le agrega el requerimiento de existencia de *causa civil* (art. 1º Ley 48).

En varias ocasiones, nuestra Corte Suprema ha conocido originariamente en acciones de daños y perjuicios en las que se reclamaba por el actuar en el ejercicio de la función administrativa, pero en las que se aplicaban de forma subsidiaria las normas del Código Civil.

En el caso Barreto¹⁹, la CSJN consideró que no le correspondía conocer en competencia originaria, puesto que no se trataba de una causa civil, por encontrar sustento la responsabilidad del Estado en la falta de servicio, aún cuando ésta sea recogida por el art. 1112 del Código Civil. Entiende Cassagne, la línea interpretativa seguida por la Corte es acertada, ya que alcanza con la concurrencia de un principio o norma de derecho público para excluir la competencia originaria.

19. C.S.J.N. B.2303.XL, 21-03-06, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios".

IV. RESPONSABILIDAD AQUILIANA DEL ESTADO

POR OMISIÓN

4.1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

POR OMISIÓN

4.1.1. *Caracterización de la Omisión*

La conducta dañosa puede asumir no sólo una forma positiva (comisión) sino también una forma negativa o pasiva: la omisión.

Es preciso realizar entonces, una aproximación al concepto de *omisión*. En el Diccionario de la Real Academia Española²⁰, dice que la Omisión, en una primera acepción de la palabra, es la “*abstención de hacer o decir*”.

En el desarrollo del presente, lo que interesa es la *abstención de hacer* del Estado.

4.1.2. *Clasificación de las omisiones*

Para una acabada comprensión de la temática en cuestión, es preciso atender a la clasificación de las omisiones. Por un lado, se encuentran las *omisiones puras y simples (omisión)*, que consisten en dejar que se cumpla un acontecimiento en el que el agente no habría contribuido a crearlo, se trata de una inactividad que en principio no comprometería la responsabilidad del sujeto inactivo, pero que *excepcionalmente* puede obligarlo a responder cuando esa inacción sea antijurídica.

Por otro lado, nos encontramos con *omisiones en la acción (comisión por omisión)*, que se presentan cuando el autor del perjuicio realizando una actividad aún

20. Ver Diccionario de la Real Academia Española disponible en:
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=omisi%F3n

lícita, se abstiene de adoptar en el despliegue de la misma las precauciones de diligencia o prudencia que serían necesarias para que esa actividad no causara daño a los demás. La omisión se erige como medio para cometer la infracción. (Huici, 1993; Kemelmajer, 1997).

4.1.3. Ubicación del supuesto de responsabilidad estatal por omisión

La responsabilidad del Estado por omisión queda comprendida dentro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actuación Ilegítima, es por tal motivo que no puede negarse que se trata de una responsabilidad *directa y objetiva*.

Se presenta cuando la Administración Pública, debiendo ejercer las atribuciones que le son propias, omite hacerlo, y como consecuencia de ello, se produce –o coadyuva a que se produzca– un daño. No se hubiera producido el daño de haber sido ejecutado aquello a que el Estado estaba obligado a hacer.

Botassi (2006), entiende que la Responsabilidad del Estado por omisión es una cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con la *irrenunciabilidad de la competencia*.

4.2. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN

En primer lugar, es preciso que se reúnan los presupuestos básicos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilegítima, que –como ya se ha dicho– son: daño cierto, posibilidad de imputar el hecho u omisión al Estado, relación de causalidad y factor de atribución.

Además, se requiere como un presupuesto específico para la procedencia de la Responsabilidad Estatal por omisión, que exista una *omisión antijurídica*.

Cabe destacar que en el supuesto en análisis debe hacerse una mención especial respecto de la Relación de Causalidad, puesto que si bien se reconoce que la omisión tiene aptitud dañosa por sí misma, se torna dificultoso enlazar el *no hacer* con el daño, es decir, establecer como causa de la responsabilidad del Estado una omisión suya.

Según Lambías (2006), la omisión será causa del daño cuando un juicio de probabilidades indique que esa abstención influyó como concausa del daño, partiendo de la idea que la acción omitida hubiera bastado para la evitación del daño.

Normalmente la omisión no es la causa exclusiva, sino que concurre como coadyuvante con los demás factores desencadenantes del daño (Kemelmajer de Carlucci, 1997).

4.2.1. La omisión antijurídica

Además de la acreditación de los presupuestos básicos, como no cualquier omisión genera responsabilidad, es menester que la omisión que se le impute al Estado, sea una omisión antijurídica.

Para Cassagne, habrá omisión antijurídica “cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares” (2006, p.504). En este sentido, la omisión antijurídica se configurará cuando se esté en violación de una obligación legal expresa o implícita, que puede surgir también de otras fuentes, es decir, de todo el ordenamiento jurídico. De todos modos, esa obligación debe ser un deber concreto, no un deber genérico o difuso, una conducta jurídicamente exigible.

En el mismo sentido se expresa Marienhoff (1997) al decir que será antijurídica la pasividad que se contraponga al razonable deber jurídico del estado de haber cumplido el acto o hecho omitido.

Por su parte, Perrino (2004), entiende que habrá omisión antijurídica cuando encontrándose impuesto por el ordenamiento jurídico un comportamiento determinado, el Estado se abstenga de actuar, pese a ese deber de hacerlo.

Finalmente, Mosset Iturraspe (1971) entiende que la omisión puede ser antijurídica no sólo por su “ilicitud”, sino también por abusiva.

4.2.1.1. ¿Qué condiciones deben reunirse para que se genere la omisión antijurídica?

Perrino (2004) y Salomoni (2005) citando a Gómez Puente²¹ entienden que deben reunirse las siguientes condiciones para la configuración de la mentada omisión antijurídica:

- a.** La existencia de una obligación de obrar normativamente impuesta, que surja del ordenamiento jurídico;
- b.** El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa, sea resultado de la pasividad total o parcial de la Administración;
- c.** Que la actividad omitida haya sido materialmente posible de desarrollar, en relación al interés público y a la realidad sobre la que se define, es decir, se requiere que no haya existido fuerza mayor. En este sentido, es válida la opinión de Botassi (2006) quien considera que la *fuerza mayor* debe ser examinada restrictivamente, no entendiéndose como tal a la ausencia de medios humanos, materiales o financieros.

21. Gómez Puente, Marcos en “La inactividad de la Administración”, Aranzadi, Pamplona, 1997, p.58 y ss.

4.2.1.2. El caso “Torres”

En el caso Torres, resuelto por la Corte Suprema de Mendoza, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, consideró que para que se configure una omisión antijurídica sin necesidad de que exista una norma expresa que exija actuar –y citando a Geovanni Duni–, deben reunirse tres requisitos:

- a. La existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa;
- b. La necesidad material en actuar para tutelar ese interés;
- c. La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar.

4.3. FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

4.3.1. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

a. Caso “*Franck*”²²: el actor, por sí, y en representación de sus hijos menores, demandó la reparación de los daños ocasionados por la muerte de su cónyuge y de tres de sus hijos, en un naufragio ocurrido en el Delta a causa de un tronco de árbol sumergido. La Corte condenó a la Provincia de Buenos Aires, porque a ésta le correspondía a la demandada el dominio del río y del cauce donde estaba enclavado el tronco que originó el accidente, haciendo aplicación de los arts. 1113 y 1133 –aún no derogado en ese entonces– del Código Civil.

22. C.S.J.N., “*Franck, Roberto Ángel c/ Provincia de Buenos Aires*”, Fallos 275:357 (1969)

b. Caso “Ruiz”²³: la actora demandó a la Provincia de Buenos Aires, por la muerte de un familiar suyo en una colisión con un animal suelto en la ruta provincial, alegando la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales. La CSJN resolvió que no podía responsabilizarse a la Provincia *por los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora*, y además dijo que *“el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa...”*.

c. Caso “De Gandia”²⁴: la actora demandó por daños y perjuicios a la Provincia de Buenos Aires por no haber ordenado el levantamiento de una orden de secuestro luego de devuelto el vehículo a su titular, lo que trajo aparejada su detención e incomunicación. La Corte Suprema resolvió que era responsable la provincia por la omisión procesal en que se incurrió, *“toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias. En ese sentido, cabe recordar lo expresado en reiterados casos por el Tribunal cuando sostuvo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento”*.

d. Caso “Zacarías”²⁵: el actor demandó por daños y perjuicios a la Provincia de Córdoba, el Club Instituto Atlético Central Córdoba y la Asociación del Fútbol

23. C.S.J.N., “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 312:2138 (1989).

24. C.S.J.N., “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral”, Fallos 318:845 (1995).

Argentino, debido a que en momentos previos al ingreso de los jugadores a la cancha se produjo una explosión en el vestuario destinado a los visitantes, provocada por una bomba de estruendo, lo que le provocó serias secuelas físicas y psíquicas. La CSJN resolvió que el órgano de seguridad no incurrió en *falta de servicio*, pues el deber de seguridad que le incumbe se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar.

d. Caso “Bea”²⁶: los padres del menor H.G.B. iniciaron una demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se les indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo, quien fue hallado sin vida en un lago artificial, en ocasión de realizar un viaje de fin del curso escolar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 12° dejó dicho “*Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el art. 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar; b) el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento de su hijo y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.*”

4.3.2. ¿Art. 1074 o Art. 1112 del Código Civil?

Hay autores, como Marienhoff (1997) que consideran que el fundamento formal de la responsabilidad del Estado por omisión es el art. 1074 del Código Civil, por

25. C.S.J.N., “Zacarias, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos 321:1124 (1998);

26. C.S.J.N., “Bea, Héctor y otro v. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios”, Fallos 333:1623 (2010)

tratarse de una norma genérica, siendo aplicable el art. 1112 C.C. sólo en supuestos específicos derivados de la falta de servicio.

El art. 1074 de nuestro Código de Fondo prevé que *“toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*.

El transcripto, comprensivo de las omisiones puras y simples, ha generado diversas interpretaciones. Para un sector de la doctrina –que propone una tesis restrictiva– representado por Salvat, Manchado, Orgaz, es antijurídica la omisión que viola un deber legal *impuesto formalmente*, de modo que el art. 1074 C.C eximiría a quien no obra cuando la ley no hay impuesto un específico deber de hacerlo. Para el sector dominante de la doctrina –Aguiar, Quinteros, Acuña Anzorena, Spota, Pliner, Borda, Llambías, entre otros–, que sostiene una interpretación amplia, basta con que este deber surja implícitamente reconocido en la obligación general que se tiene de obrar con prudencia para no dañar a otro, del conjunto del ordenamiento jurídico (Llambías, 2006; Mosset Iturraspe, 1971). Con esta orientación es que sostiene Llambías (2006) que la omisión pura y simple será antijurídica cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido, cuando la ley sancionara la inacción o bien cuando implique un ejercicio abusivo de un derecho.

Otros autores, como Gordillo (2009b), Cassagne (2006) o Gambier (1990) consideran que el fundamento de la Responsabilidad Estatal por omisión se encuentra en el art. 1112 del Código Civil, el que reza: *“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.”

Esto así, debido a que la obligación omitida por el Estado, no es la de llevar a cabo un hecho específico y exigido por una norma (1074), sino que está compuesta por los hechos y actos que son necesarios para llevar a cabo la función necesaria. Es decir, el funcionario del Estado debe actuar aunque la ley no lo determine específicamente (Gordillo, 2009b).

Considero, en coincidencia con Gordillo (2009b) y con Gambier (1990) que el fundamento de la Responsabilidad del Estado por sus omisiones se encuentra en la falta de servicio, con sustento en el art. 1112 del Código Civil, puesto que de tomarse como fundamento el art. 1074 C.C., sea en su tesis estricta o amplia, implica la necesidad de una ley formal o una norma expresa que ordene la conducta omitida por la Administración Pública, sin olvidar además que el art. 1074 tiene una base subjetiva, que exigiría analizar la culpa o dolo del funcionario público.

V. DERECHO COMPARADO. ANTEPROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL AÑO 2012

5.1. DERECHO COMPARADO

Enseña Cassagne (2009) que en el Derecho Comparado, hay países en los que el reconocimiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por su actuación ilegítima, considerada como directa y objetiva, encuentra sustento en sus textos constitucionales.

Por otro lado, se encuentran aquellos países, en los que si bien prevalece esta concepción –directa y objetiva–, la misma no encuentra sustento constitucional –al menos expresamente–, sino que se ha ido consolidando e imponiendo jurisprudencialmente.

Es por tal motivo que se efectúa en el presente un breve análisis de cómo se desarrolla la cuestión planteada en diferentes países latinoamericanos y también en algunos países europeos.

5.1.1. Países Latinoamericanos

5.1.1.1. República Oriental del Uruguay

El reconocimiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado surge del art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, el cual dispone: *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.”*

El administrado que encuentre lesionados sus derechos, debe accionar contra el Estado, puesto que la Responsabilidad es *directa*, aún cuando este último pueda luego repetir contra el funcionario que obró con culpa grave o dolo. Esto emana del art. 25 de la Constitución Uruguaya: “*Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.*”

Ninguno de los artículos transcritos indica cuándo surge la responsabilidad, cuál es el factor de imputación. Manifiesta Delpiazzo (2005) en relación a esta cuestión que, si bien en la doctrina se asevera que la responsabilidad del Estado se centra en el daño causado, la jurisprudencia uruguaya se ha encaminado al criterio subjetivo, apoyándose en la legislación civil, aunque reconociendo la existencia de una presunción de culpa, lo que favorece al damnificado al invertirse la carga de la prueba.

5.1.1.2. República Federativa de Brasil

La Responsabilidad Extracontractual del Estado, directa y objetiva es reconocida por la Constitución de la República Federativa de Brasil en su art. 37 párrafo 6º: “*Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa cualidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de culpa o dolo.*”

No debe olvidarse que por ser Brasil una República Federativa, se encuentra constituida por distintos Estados Federados. Pese a que éstos se rigen por leyes propias, deben siempre observar los principios establecidos por la Constitución de la República Federativa, tal como lo establece su art. 25.

5.1.1.3. Colombia

El Estado Colombiano responde extracontractualmente de forma directa por los daños que causen sus agentes por acción u omisión, pudiendo repetir luego contra el responsable si existió culpa grave o dolo. Así lo reconoce la Constitución Colombiana en su art. 90: *“El Estado responderá primordialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.”

En lo que respecta al factor de atribución, puede decirse que es la Falla o Falta de Servicio, que se presenta con diferentes matices. La *falla de servicio* se produce cuando el Estado dentro de sus obligaciones, no actuó cuando debía hacerlo, actuó de forma incorrecta o indebida, o actuó correctamente pero no cuando debía. En general, la falta de servicio debe ser probada por la víctima, demostrando la *culpa* de la Administración –no del agente– (Molina Betancur, 2007).

Por otra parte, para determinados casos el Consejo de Estado ha reconocido que la falta de servicio se presume, invirtiéndose la carga de la prueba, debiendo el Estado demostrar que ha obrado diligentemente o que intervino una causal eximente. Esto así en los casos de daños causados por la actividad operativa de la policía, la conducción de vehículos oficiales, la actividad médica, lesiones o muerte de detenidos en las cárceles (Molina Betancur, 2007).

5.1.1.4. República de Chile

No existe un cuerpo normativo que regule de forma orgánica la cuestión de la

Responsabilidad Estatal, pero esto no se convierte en un escollo para su efectividad, puesto que la mentada responsabilidad encuentra apoyo en dos pilares fundamentales: la Constitución Política de la República de Chile y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley n° 18575).

La Responsabilidad Extracontractual por Actuación Ilegítima del Estado por los hechos u omisiones de sus agentes, es de concepción publicista, *directa* y también de base objetiva, puesto que principalmente se asienta sobre la noción de *Falta de Servicio*.

Lo antedicho surge del articulado de la Constitución Chilena. Así, la imputación directa emerge expresamente de su art. 38, 2° parte que establece que “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*”

Lo mismo, surge también de modo expreso del art. 4° de la Ley Orgánica, que reza: “*El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.*”

Es ampliamente reconocido el derecho de los administrados a reclamar ante los tribunales, por los daños que la Administración Pública causare, tanto por su acción como por su omisión.

5.1.2. Países Europeos

5.1.2.1. Francia

Se distingue entre la *falta personal* y la *falta de servicio*, teniendo suma rele-

vancia esta cuestión, debido a que en Francia impera el sistema de doble jurisdicción. La *falta personal* conducirá a hacer responsable al funcionario frente al tribunal judicial; mientras que, la *falta de servicio* hace responsable a la Administración Pública frente al tribunal administrativo. Esto así, porque la responsabilidad de la Administración es regida por los principios y normas del Derecho Administrativo.

En principio, el hecho dañoso debe resultar reprochable, es decir, debe existir culpa. De todos modos, existen casos en los que la culpa se presume, objetivándose el factor de atribución.

La responsabilidad por riesgo se presenta en supuestos excepcionales. Los mismos se dan en la responsabilidad por obras públicas o cuando hay un riesgo anormal de vecindad o bien cuando el riesgo es la contracara de una ventaja de la Administración Pública (Mairal, 1984, 2001).

5.1.2.2. España

Siguiendo a Bianchi (1996), García de Enterría y Fernández (1998) y Rebollo (1994), puede predicarse que, bajo la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, la responsabilidad estatal adquiere los siguientes contornos:

- Es *directa* por los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios públicos. No es un “simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios...” (García de Enterría y Fernández, 1998, p. 369).

Cuando el funcionario ha obrado con dolo o culpa grave incurre en una falta personal. En tal caso, el damnificado podrá optar por demandar al Estado o al funcionario;

- Es *objetiva*, prescinde de la noción de culpa, y surge siempre que el daño sea consecuencia del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos; también existen casos en que el factor de atribución es el riesgo creado. La Administración se exonera en los casos en que haya habido *fuerza mayor*, no así cuando haya habido *caso fortuito*;
- Encuentra sustento en un principio abstracto de protección y garantía de los patrimonios, que entra en funcionamiento cuando se configura una lesión antijurídica resarcible, es decir, un perjuicio patrimonialmente evaluable, que el damnificado no está obligado a soportar;
- No se discute en la doctrina que la responsabilidad estatal puede provenir tanto de una actividad jurídica como de una actividad puramente material, e incluso de una omisión;
- La reparación debe ser integral, abarcando tanto el daño emergente como el lucro cesante.

La Constitución Española de 1978 ha venido a consolidar estos principios, puesto que en su art. 106.2 dispone “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

5.1.2.3. Inglaterra

A partir del dictado de la *Crown Proceedings Act* en año 1947, se hizo posible que la Corona respondiera de forma directa por los hechos de sus agentes. En materia extracontractual, la Corona se encuentra en la misma situación que una persona de

derecho privado, pudiendo ser responsable por:

- a. Hechos ilícitos cometidos por los funcionarios o agentes de la Corona;
- b. Incumplimiento de obligaciones que corresponden a un empleador respecto de sus empleados;
- c. Riesgo creado por el uso de la propiedad.

La Corona no estará obligada a reparar el daño a menos que una ley se lo ordene de modo expreso o implícito.

En cuanto a la responsabilidad por los hechos de sus funcionarios, cabe destacar que no se trata de una responsabilidad autónoma de la Corona, sino que es preciso que exista responsabilidad del agente. Este supuesto comprende no sólo la responsabilidad de los agentes sino también de los contratistas.

Cabe mencionar que la Corona no responde por los daños que causen los jueces inferiores, destacando además, que los jueces de tribunales superiores gozan de inmunidad.

En relación al plazo de prescripción para intentar la acción resarcitoria, éste es de 3 años cuando se trate de daños a la persona, y de 6 años para cualquier otro supuesto (Bianchi, 1996).

5.2. ANTEPROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL, AÑO 2012

5.2.1. Surgimiento y estado actual del Proyecto de Ley

Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional –mediante decreto presidencial 191/2011– se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

La mencionada Comisión fue integrada por el Sr. Ricardo Luis LORENZETTI –como Presidente–, la Sra. Elena HIGHTON de NOLASCO y la Sra. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, quienes contaron con el apoyo del Sr. Miguel Federico De Lorenzo como Secretario de la Comisión.

El Anteproyecto de Reforma fue presentado el día 27 de Marzo de 2012 por la Sra. Presidente Cristina Fernández de Kirchner en un acto en Casa de Gobierno. La iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó al Senado, para su discusión, el día 8 de Junio de 2012.

5.2.2. Aspectos Valorativos del Anteproyecto

La Comisión elaboradora del Anteproyecto manifiesta que existen ciertos principios de los que está embebido. En este sentido se indica que en el Anteproyecto se ha intentado la constitucionalización del Derecho Privado; que es un Código con identidad cultural latinoamericana; basado en la igualdad, en un paradigma no discriminatorio; contemplativo de derechos individuales y colectivos; respetuoso de la sociedad multicultural en que vivimos; que busca la seguridad jurídica en las transacciones comerciales...

5.2.3. El Anteproyecto y el Sistema de Responsabilidad

5.2.3.1. Ubicación metodológica

La Teoría de la Responsabilidad Civil se encuentra desarrollada en el “*Libro III: De los Derechos Personales*”, “*Título V: De otras fuentes de las obligaciones*”, en el *Capítulo I: Responsabilidad Civil*.

5.2.3.2. De la Responsabilidad Civil

Se desarrolla a continuación una breve descripción de las principales modificaciones propuestas en el Anteproyecto, en lo que es relevante en relación a la problemática desarrollada.

En el Anteproyecto se enuncian y reconocen las distintas funciones del régimen de responsabilidad civil, considerando no sólo la clásica función reparatoria, sino también las funciones de prevención y punición.

El art. 1708 del Anteproyecto reza: *“Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.”*

Así, en el ámbito de la función preventiva se establece el deber de prevención del daño no justificado, para toda persona en cuanto de ella dependa. Esto implica que las personas deben evitar causar daño, adoptando las medidas razonables para evitar la producción del mismo o reducirlo al mínimo, así como evitar su agravamiento si ya se produjo. Se brinda al particular una acción preventiva que procederá cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no exigiéndose la concurrencia de factor de atribución alguno.

Por otro costado, dentro de la función resarcitoria, se establece que cuando exista violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación contractual, surgirá la obligación de reparar. En este campo, sobre los presupuestos que se requieren para la configuración de la obligación de reparar, se mencionan:

- Factores de atribución: parece haber un cambio, puesto que se regulan

en primer lugar los factores objetivos. De todos modos, ante la ausencia de norma legal se aplicaría de forma residual la culpa.

- Respecto de la relación causal no ha habido modificaciones, sólo en materia probatoria se ha establecido que cada parte debe probar los presupuestos que hacen a su pretensión, y por ello la carga de la prueba de la relación causal y de las eximentes, corresponde a quien las alega. Este principio carecería de aplicación si existiera una ley que impute la causalidad o la presuma.

- Antijuridicidad: se impone como regla que cualquier acción u omisión que no está justificada, es antijurídica.

- Daño: el art. 1733 establece que hay daño *“cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”*

La indemnización se impone como una consecuencia del daño, y comprendería de acuerdo al art. 1734 *“la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances...”*

Para que proceda la indemnización el perjuicio deberá ser directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Se reconoce que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que si contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

En este sentido, el principio general es el de la Reparación Plena. Explica la

Comisión al exponer sus fundamentos que no será una reparación integral, porque no coincide el daño real con el jurídico.

Responsabilidad directa: el art. 1749 del anteproyecto en cuestión establece que *“Es responsable directo quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.”*

Responsabilidad por hecho de terceros: establece la responsabilidad objetiva del principal por el hecho del dependiente y por quien no siendo dependiente cuando sea utilizado para cumplir con sus obligaciones; esto siempre que la conducta dañosa se presente en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades: el Anteproyecto mantiene el supuesto del art. 1113 del Código Civil vigente, por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosas, pero agrega además el supuesto de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva.

5.2.3.3. De la Responsabilidad del Estado

La Responsabilidad del Estado encuentra regulación en el Anteproyecto dentro del mismo *Capítulo I*, en la *Sección 10ª* denominada *Supuestos Especiales de Responsabilidad*.

Un único artículo es el que regula la cuestión. El art. 1764 establece que *“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, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Se introduce expresamente dentro del texto legal que el Estado responde *objetivamente* por los daños que se causen en el ejercicio irregular de sus funciones.

5.2.3.4. De la Prescripción

Lo relativo al instituto de la Prescripción se encuentra regulado en el *Libro Sexto: De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, en el Título I: De la prescripción y de la caducidad.*

Se establece un plazo de prescripción liberatoria, genérico de 5 (cinco) años, en el art. 2560, excepto que se disponga otro específico.

Además, se regulan supuestos específicos; así el art. 2562 establece un plazo de prescripción bienal para los supuestos de:

- a. El pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos;
- b. El reclamo de la indemnización de daños derivados de accidentes de tránsito;
- c. El reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo;
- d. El reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas;
- e. El reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas;

- f.** El pedido de revocación de la donación por ingratitud o del legado por indignidad;
- g.** El pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude;
- h.** El reclamo de indemnización de daños provenientes de ataques al honor, a la intimidad y a la imagen.

CONCLUSIONES

Luego del desarrollo del presente, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a. El fundamento jurídico de la Responsabilidad del Estado es el conjunto de principios del Estado de Derecho.

b. La Responsabilidad del Estado Extracontractual por su actuación ilegítima es una responsabilidad de base directa y objetiva; comprensiva de los supuestos de responsabilidad por omisión.

c. El Fundamento de la Responsabilidad por omisión de la Administración, se encuentra en la *falta de servicio*, recogida por el art. 1112 del Código Civil.

d. Es competente para entender en las acciones de daños y perjuicios que se susciten por la responsabilidad extracontractual por actos o hechos ilegítimos en la función administrativa, la jurisdicción contencioso-administrativa.

e. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede conocer en estos pleitos en competencia originaria, puesto que no hay causa civil, aún cuando se apliquen algunos artículos del Código Civil; si podrá entender en estas causas por vía de recurso extraordinario o por vía de apelación como intérprete final, siendo ésta última la forma más conveniente.

f. Las acciones indemnizatorias por la responsabilidad extracontractual ilegítima del Estado prescriben en el plazo de dos años, previsto por el artículo 4037 del Código Civil.

g. La reparación debe ser integral, comprensiva del daño emergente –inclusive pérdida de chance– y del lucro cesante;

h. En el Derecho Comparado la Responsabilidad Extracontractual del Estado, se asienta sobre los mismos caracteres, es objetiva y directa.

i. En relación al Anteproyecto de Reforma, podría ser criticada la inclusión de una norma de Derecho Público nuevamente en un Código de derecho privado. Pero siempre han existido algunas normas de derecho público insertas en el Código Civil, y de aprobarse el Anteproyecto el avance sería valioso, puesto que consagra expresamente la responsabilidad *objetiva* del Estado.

LISTADO DE REFERENCIAS

DOCTRINA

- 1.- ALTAMIRA GIGENA, J. I. (2005). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- 2.- BARRAZA, J. I. “Acerca de las distintas teorías que intentan explicar el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado. La incidencia de las mismas en la jurisprudencia argentina”. E. D. 178-699 (1988).
- 3.- BARRAZA, J. I. “Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”, L.L. 2000-A, 943.
- 4.- BARRAZA, J. I. “La extensión de la responsabilidad extracontractual del Estado. Reflexiones en torno a un pronunciamiento judicial”. E. D. 234-421 (2009).
- 5.- BELLUSCIO, A. (Dir.) y ZANNONI, E. (Coord.) (1984). *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado – Tomo V*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- 6.- BIANCHI, A. B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, L.L. 1996-A-, 922-953
- 7.- BOTASSI, C. (2006). *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense.
- 8.- BUSTAMANTE ALSINA, J. “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, L.L. 1990-C, 429.
- 9.- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. (9ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot –LexisNexis.
- 10.- CASSAGNE, J. C. “En torno al fundamento de la Responsabilidad del Estado”, E.D. 99-937 (1982).
- 11.- CASSAGNE, J. C. “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo”, E.D. 100-986 (1983).

- 12.- CASSAGNE, J. C. “Las grandes líneas de la evolución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema” L.L. 2000-D, 1219.
- 13.- CASSAGNE, J. C. “Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración” L.L. 2005-D, 1268.
- 14.- CASSAGNE, J. C. (2006). *Derecho Administrativo - Tomo I* (8ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- 15.- CASSAGNE, J. C. “Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte en cuestiones de derecho administrativo”, L.L. 2007-B, 1293.
- 16.- CASSAGNE, J. C. “La Responsabilidad del Estado (Balance y Perspectivas)”, L.L. 2009-F, 1226.
- 17.- CASSAGNE, J. C. “La consolidación de la concepción objetiva de la falta de servicio en la responsabilidad extracontractual del Estado”, SJA 30/3/2011.
- 18.- DELPIAZZO, C. E. (2005). Enfoque actual de la Responsabilidad Administrativa [*Versión electrónica*]. CIENFUEGOS SALGADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (coordinadores), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos* (pp. 227 - 245). Distrito Federal, México: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/13.pdf>
- 19.- DROMI, R. (1997). *Derecho Administrativo* (6ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- 20.- GAMBIER, B. “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, L.L. 1990-E-, 617-627.
- 21.- GAMBIER, B. Y PERRINO, P. E. “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, J.A. 1996-IV-793.

- 22.- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (1998) “*Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*” (5º ed.). Madrid, España: Civitas.
- 23.- GORDILLO, A. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I: Parte General* (10ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- 24.- GORDILLO, A. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II: La defensa del usuario y del administrado* (9ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- 25.- HUICI, H. “*La responsabilidad del Estado por omisión*”, L.L. 1993-D, 829.
- 26.- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1997) La responsabilidad del estado por omisión en la experiencia jurisprudencial. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Dir.) y BUERES, A. J. (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- 27.- LINARES, J. F. (1980). “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público” L. L. 153, 601.
- 28.- LLAMBÍAS, J. (2006). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones - Tomo III* (actualizado). Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- 29.- MARIENHOFF, M. S. (1995) *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I* (5ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- 30.- MARIENHOFF, M. S. (1997) *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo IV* (6ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- 31.- MAIRAL, H. A. (1984) *Control Judicial de la Administración Pública - Vol. I*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- 32.- MAIRAL, H. A. (2001) “Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”. *Revista RAP ediciones especiales: Responsabilidad del Estado y de los funcionarios público*, p. 367.

- 33.- MATA, I. (2001) “Responsabilidad del Estado por el ejercicio de Poder de Policía”.
Revista RAP ediciones especiales: Responsabilidad del Estado y de los funcionarios público, p. 169.
- 34.- MERTEHIKIAN, E. (2006). *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema* (1ª ed. electrónica). - Buenos Aires, Argentina: Eduardo Mertehikian.
- 35.- MOLINA BETANCUR, C. M. (2007). Antecedentes y fundamento constitucional y legislativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado [*Versión electrónica*]. DAMNSKY, I. A., LÓPEZ OLVERA, M. A., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (coordinadores), *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (pp. 379 - 400). Distrito Federal, México: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/16.pdf>
- 36.- MORENO RODRIGUEZ, R. (1974). *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- 37.- MOSSET ITURRASPE, J. (1971). *Responsabilidad por daños. Parte General -Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- 38.- PERRINO, P. E. “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”. E.D. 185-781 (2000).
- 39.- PERRINO, P. E. (2001) “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del estado por su actividad ilícita”. *Revista RAP ediciones especiales: Responsabilidad del Estado y de los funcionarios público*, p. 059.
- 40.- PERRINO, P. E. (2004) “La responsabilidad extracontractual de la Administración pública por actividad ilícita”. *Revista española Documentación Administrativa* (267-270), 277-295.

- 41.- PERRINO, P. E., “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, J.A. 2006-III-1141.
- 42.- PERRINO, P. E., “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, L. L. 24/08/2011, 1
- 43.- REBOLLO, L. M. (1994) “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”. *Revista española Documentación Administrativa* (237-238), 11-104.
- 44.- REBOLLO, L. M. (2001) “Los fundamentos de la Responsabilidad del Estado”. *Revista RAP ediciones especiales: Responsabilidad del Estado y de los funcionarios público*, p. 015.
- 45.- REIRIZ, M. G. (1969). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA.
- 46.- SALOMONI, J. L. “La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina”, J.A. 2005-IV-1350
- 47.- SARMIENTO GARCÍA, J. (2000). *Los principios en el derecho administrativo*. Mendoza, Argentina: Dike.
- 48.- TORRÉ, A. (2003). “*Introducción al Derecho*” (14° ed.) Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.
- 49.- VEDEL, G. (1980) “*Derecho administrativo*” - versión castellana de la 6° edición francesa, París 1976-. Madrid, España: Aguilar.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Constitución Nacional de la República Argentina.
- 2.- Código Civil de la República Argentina.

- 3.- Constitución de la República Oriental del Uruguay. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1859>
- 4.- Constitución de la República Federativa de Brasil. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1875/pl1875.htm>
- 5.- Constitución Política de Colombia. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1862>
- 6.- Constitución Política de la República de Chile. Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1871>
- 7.- Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Chile). Recuperado el 12 de Febrero de 2012 de http://www.interior.gob.cl/filesapp/Ley_18575.pdf
- 8.- Anteproyecto de Reforma y Unificación de Códigos Civil y Comercial de la Nación. Año 2012. Recuperado el 29 de Abril de 2012 de <http://dl.dropbox.com/u/11686753/Bitblioteca/PDFs/Antep-Fund-CC.pdf>
- 9.- Decreto 191/2011. Recuperado el 29 de Abril de 2012 de <http://www.iurislex.com.ar/2011/02/28/decreto-1912011.html>

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- 1.- C.S.J.N., “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, Fallos 169: 111 (1933);
- 2.- C.S.J.N., “F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires”, Fallos 182:5 (1939);
- 3.- C.S.J.N., “Franck, Roberto Ángel c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 275:357 (1969);
- 4.- C.S.J.N., “ODOL S.A.I.C. c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios”, Fallos 304:651 (1982);

- 5.- C.S.J.N., “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030 (1984);
- 6.- C.S.J.N., “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 312:2138 (1989);
- 7.- C.S.J.N., “Sarro, Antonio y otros c/ Organización Coordinadora Argentina y otros”, Fallos Sumario 313:1636 (1990);
- 8.- C.S.J.N., “Lanati, Marta Noemí y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ daños y perjuicios”, Fallos 314:661 (1991).
- 9.- C.S.J.N. “Román S. A. C. c. Estado nacional -Min. de Educación y Justicia-”, Fallos 317:1233 (1994);
- 10.- C.S.J.N., “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral”, Fallos 318:845 (1995);
- 11.- C.S.J.N., “Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L. c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario”, Fallos 320:266 (1997);
- 12.- C.S.J.N., “L., B. J. y otra c. Policía Federal Argentina”, Fallos 320:1999 (1997);
- 13.- C.S.J.N. “Wiater, Carlos c. Ministerio de Economía”, Fallos 320:2289 (1997);
- 14.- C.S.J.N., “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos 321:1124 (1998);
- 15.- C.S.J.N. “Giménez Zapiola Viviendas S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 321: 2144 (1998);
- 16.- C.S.J.N. “Compañía Azucarera Concepción S.A. c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos 322:496 (1999);
- 17.- C.S.J.N., “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 323:318 (2000).

- 18.- C.S.J.N., “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos 328: 2546 (2005);
- 19.- C.S.J.N. “Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro”. Fallos 330:2748 (2007);
- 20.- C.S.J.N. “Parisi de Frezzini, F. c. Laboratorios Huilén y otros”. Fallos 332:2328 (2009), o L.L. 18/11/2009, 11. 21.- C.S.J.N., “Bea, Héctor y otro v. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios”, Fallos 333:1623 (2010);

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INFERIORES DEL PAÍS

- 1.- SC Mendoza, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, L. L. 1989-C, 514.

TFG | 2012

LARA NATASHA BOGUT SALCEDO
ABOGACÍA | UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21