



**“RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO  
POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS”**

**Trabajo Final de Graduación  
Abogacía**

**María Constanza Pires**

**2014**



## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

¿En qué supuestos es responsable extracontractualmente el Estado por los daños que cause a sus administrados proveniente de su actividad administrativa?

**Alumna:** Pires, María Constanza.

**Legajo:** ABG02573

**Carrera:** Abogacía.

*A Dios, por permitirme  
culminar la carrera.*

*A mi familia, con  
profundo amor.*

## **Resumen.**

El estudio de la responsabilidad del Estado constituye uno de los puntos más difíciles e interesantes del derecho público contemporáneo y a la vez da gran importancia al progreso y dinámica de la sociedad humana.

El tema que abordaremos se ajusta dentro de los requisitos necesarios para que se torne viable la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho administrativo por su actividad lícita e ilícita.

La responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños.

El propósito del presente ensayo es demostrar cómo ha ido evolucionando y variando, a lo largo del tiempo la legislación y la jurisprudencia, en torno a la responsabilidad del Estado. Atravesando para ello, diferentes senderos políticos e ideológicos, que van desde la ausencia total de una normativa específica, y por lo tanto solo recurrible a la analogía, hasta la contemplación expresa de legislación sobre responsabilidad del Estado recientemente sancionada por la Cámara de Senadores de la Nación.

**Palabras claves:** Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Extracontractual, Jurisprudencia – Ley de Responsabilidad del Estado.

**Abstract.**

The study of State responsibility is one of the most difficult and interesting points of contemporary public law and at the same time, gives great importance to the progress and dynamics of human society.

The topic we will consider fits within the necessary requirements so as the non-contractual liability of the State is possible in the field of administrative law for its legal and illegal activity.

The non-contractual liability for facts and administrative acts is the most important from the practical point of view because it is the quantitatively the most common cause of damage.

The purpose of this essay is to show how the legislation and jurisprudence have been developing and changing through the time concerning the responsibility of the State. And for this, going through different political and ideological paths from the whole absence of a specific law, and therefore only appealed to the analogy, until the express contemplation of legislation on State liability recently sanctioned by the Senate Chamber of the Nation.

**Keywords:** State Responsibility – Non-Contractual Liability – Jurisprudence – Law of State Responsibility.

## Índice

### Capítulo I

#### **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

1. <i>Introducción</i> .....	11
2. <i>Rasgos generales del sistema. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funciones</i> .....	11
2.1. <i>Qué se entiende por “responsabilidad”</i> .....	13
2.2. <i>Conceptualización de “responsabilidad extracontractual”. Alcance</i> . ....	15
2.3. <i>La responsabilidad por hechos y actos administrativos. Distinción</i> . ....	17
3. <i>Características del régimen argentino de responsabilidad</i> .....	19
3.1. <i>Responsabilidad directa</i> .....	19
3.1.1. <i>Nuestra opinión</i> . ....	20
3.2. <i>Responsabilidad de base objetiva</i> . ....	20
3.3. <i>Reparación de los daños: distinción entre actos ilícitos y lícitos</i> . ....	21
3.4. <i>La regulación de la responsabilidad es de competencia nacional y provincial</i> .....	23

### Capítulo II

#### **EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS FUNDAMENTOS**

1. <i>Introducción</i> .....	25
2. <i>Importancia</i> .....	25
3. <i>Evolución de la responsabilidad administrativa</i> . ....	25
4. <i>Evolución de la jurisprudencia argentina</i> . ....	27
5. <i>Fundamentación jurídica de la responsabilidad del Estado</i> . ....	30

5.1. Teoría de la expropiación. ....	30
5.2. Teoría de los riesgos sociales. ....	31
5.3. Teoría de la proporcionalidad ante las cargas públicas. ....	32
5.4. Teoría del sacrificio especial. ....	32
5.5. Teoría de la falta de servicio.....	33
5.6. Doctrina que fundamenta la existencia de responsabilidad del Estado en una ley formal que expresamente la reconozca. ....	33
5.7. Fundamentación en los principios constitucionales del Estado de derecho. ..	34
5.8. Doctrina de la Finalidad del Estado.....	34
5.9. Fundamento en la Constitución Nacional.....	35
5.10. Nuestra opinión.....	35

### **Capítulo III**

#### **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL PROVINIENTE DE LA ACTIVIDAD ILÍTIMA DEL ESTADO**

1. Introducción.....	37
2. Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Importancia. ....	37
2.1. Distintas doctrinas sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.....	37
2.1.1. Teoría de la Ficción (principal exponente Savigny).....	37
2.1.2. Teoría Organicista (realista) .....	37
2.2. El antiguo art. 43 del Código Civil. ....	38
2.3. El art. 43, luego de la reforma del año 1968, con la ley 17.711.....	39
3. Origen y desarrollo del régimen de responsabilidad estatal argentino. ....	39
4. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ....	41
4.1. Primera época. Desde la sanción del Código Civil – 1933 - hasta el caso “Tomás Devoto y Cía. Limitada c/ Nación” .....	41

4.2. Segunda época. Desde la causa “Tomás Devoto y Cía. Limitada c/ Nación” hasta “Vadell” (1984).....	42
4.3. Tercera época. Responsabilidad estatal directa y objetiva, amplia con basamento en la idea de “falta de servicio”. .....	45
4.3.1. Doctrina establecida en Vadell. ....	46
4.3.2. ¿Es la doctrina de la falta de servicio el único fundamento que admite la Corte Nacional en materia de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima? .....	46
5. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad.....	47
5.1. Daño resarcible. Requisitos. ....	47
5.1.1. Certidumbre. ....	47
5.1.2. El daño debe ser personal del accionante. ....	48
5.1.3. Lesión a un simple interés jurídicamente protegido .....	48
5.1.3.1. La lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño resarcido. ....	48
5.1.3.2. La doctrina del simple interés (no ilegítimo). ....	49
5.1.4. Subsistencia del daño. ....	49
5.2. Imputación material del hecho generador del daño a la Administración pública.....	50
5.3. Relación de causalidad. ....	50
5.4. Factor de atribución.....	51
5.4.1. Doctrina de la falta de servicio. Fundamentación.....	52
5.4.1.1. Aplicación del art. 1112 del Código Civil. ....	52
5.4.2. Responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo creado. Principales aplicaciones. ....	53
6. Extensión del resarcimiento.....	55
7. Prescripción de las acciones resarcitorias frente al Estado. ....	55



## Capítulo IV

### **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS LÍCITOS**

1. <i>Introducción</i> .....	57
2. <i>Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de daños derivados de actividad estatal legítima</i> .....	57
3. <i>El debate en torno a la denominada “responsabilidad del Estado por su actividad legítima”</i> .....	58
4. <i>Requisitos necesarios</i> .....	58
4.1. <i>Comunes</i> .....	58
4.2. <i>Propios de la figura</i> .....	58
4.2.1. <i>Sacrificio especial (o singular) por parte del damnificado</i> .....	59
4.2.2. <i>Ausencia de un deber jurídico de soportar el daño</i> .....	61
5. <i>Supuestos de aplicación</i> .....	61
5.1. <i>Realización de obras públicas</i> .....	61
5.2. <i>Actos normativos</i> .....	62
5.3. <i>Revocación legítima de actos administrativos por razones de oportunidad, conveniencia o mérito</i> .....	62
5.4. <i>Daños causados por fuerzas de seguridad</i> .....	62
6. <i>Extensión del resarcimiento</i> .....	63

## Capítulo V

### **ANÁLISIS SOBRE LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL Y DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

1. <i>Introducción</i> .....	65
2. <i>Ambito de aplicación</i> .....	65
3. <i>Eximición de la responsabilidad estatal</i> .....	68

4. Requisitos de la responsabilidad del estado por actividad e inactividad ilegítima.	68
5. Requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima.....	69
6. Responsabilidad del Estado por contratistas y concesionarios.....	72
7. Acción de indemnización.....	73
Conclusión. ....	75
Bibliografía. ....	77
1. Doctrina.....	77
2. Legislación.....	77
3. Jurisprudencia.....	77

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

#### 1. Introducción.

En este primer capítulo, se realizará un análisis conceptual de la responsabilidad en general y de la responsabilidad extracontractual en particular resultante de los daños que por el actuar de la Administración causen lesión a un interés patrimonial privado.

Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, porque en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los administrados.

Resulta imprescindible tener en cuenta que se está ante un derecho fundamental de los particulares de exigir la reparación de los daños y perjuicios generados por la actividad administrativa.

#### 2. Rasgos generales del sistema. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funciones.

El problema de la responsabilidad puede plantearse en el campo del derecho privado y en el campo del derecho público.

En el campo del Derecho público, la responsabilidad del Estado *lato sensu* es del Estado y de los entes jurídicos menores. La responsabilidad de los entes públicos no puede en ningún caso prescindir del elemento dañoso, es decir, del daño causado. La sola ilegitimidad o irregularidad de la acción, si llega a producirse sin daño para un tercero, no da lugar a ninguna responsabilidad, aun cuando pudiera llegarse a la invalidación del acto. Por lo demás, el elemento dañoso, es decir el daño, puede ser consecuencia de una actividad lícita, legítima. En el derecho público la responsabilidad se basa sobre un principio sustancial de justicia distributiva que tiende a evitar la producción de cualquier daño injustificado y no repartido equitativamente entre la población. En el campo del derecho público la responsabilidad se concreta en la obligación de resarcimiento del daño, mientras que en el campo del derecho privado, no solamente existe la obligación de reparar el daño sino también la posibilidad de sufrir sanciones punitivas de carácter penal. Habrá responsabilidad del Estado, entonces, toda vez que un particular haya sufrido un daño material o moral causado directamente por el Estado y que deba ser indemnizado por éste. Como ya se dijo, en algunos supuestos la conducta dañosa puede ser ilícita, en otras, no. Por fin, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral. (Diez, 1981).

Considero que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado—, sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la

generalidad de los casos el funcionario que lo cometió. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

La teoría de la responsabilidad en el campo del derecho público tiene una gran importancia, desde que representa la posibilidad para el administrado de obtener reparación de los daños imputables al Estado. Es una pieza esencial del Estado de derecho y toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización. Para que exista responsabilidad en el campo del derecho público es necesario que se reúnan tres elementos: en primer lugar, un daño, en segundo lugar, la imputabilidad de ese daño al Estado, en tercer lugar, el daño puede ser producido por un acto o hecho lícito o ilícito, como se desarrollará más adelante. Como ya se sabe, el Estado ejerce las tres funciones clásicas: administrativa, legislativa y judicial; por consiguiente, puede ser responsable en cualquiera de los tres supuestos, es decir, cuando ejecuta funciones administrativas, cuando ejecuta funciones legislativas y cuando ejecuta funciones judiciales.

Se señalan tres clases de responsabilidad de la administración, atendiendo al origen de los daños: a) una vez el daño ha sido producido por la ejecución de actos ilegales o porque el servicio público ha funcionado de modo irregular y anormal, es decir con impericia, error, negligencia o dolo de los funcionarios; b) otras veces, el daño tiene su origen en la actividad administrativa ejercida legalmente para el funcionamiento regular y normal de los servicios públicos, sin acto ilícito de nadie; c) en otros supuestos el daño ha sido causado sin acto ilícito de los funcionarios, de un modo

anormal, excepcionalmente, sin que pueda decirse que la administración ha obrado ilegítimamente pero sin que tampoco pueda afirmarse que se trata de un funcionamiento normal de los servicios públicos; así, si por causas desconocidas, se agrega un polvorín y causa daños a terceros no podrá declararse la obligación de la administración pública a indemnizar, a título de actividad ilegal o por culpa de sus funcionarios, ya que era perfectamente legal la existencia de un polvorín y no se ha demostrado la culpa de nadie. Tampoco puede decirse que el servicio público ha funcionado de un modo normal, ya que no puede considerarse normal la explosión de un polvorín y causar víctimas.

Se afirma que el problema del daño en la responsabilidad administrativa hace aparecer la cuestión de saber si éste provino de una irregularidad de la administración o si ésta también sería responsable aun en el supuesto que se demostrara que el daño causado es consecuencia de una actividad de la administración, culpable o no. Este es el famoso dilema que se encuentra en la teoría de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad sin culpa, por riesgo. (Diez, 1981, p. 410).

### **2.1. Qué se entiende por “responsabilidad”.**

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suumcuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o cuando la víctima ha

sido culpable del daño<sup>1</sup>. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño es considerada una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal. El principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

Ahora bien, ¿por qué se debe responder cuando se causa un daño? La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, se basa *en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente*. El derecho es una herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible, lo que se logra instaurando un sistema de controles variados, que se expresan mediante normas, mandatos, prohibiciones, costumbres, etc., los que en caso de no ser respetados generan en el sujeto el deber de responder. Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos, éticos, pero sin embargo todos tienen en común la existencia de dos elementos la ilicitud y la sanción. El presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud, y la consecuencia la sanción (Bustamante Alsina, 1993, p. 79).

Tanto en el derecho público como en el privado solemos afirmar que se trata de la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico. Acto seguido, con cierta pomposidad, proclamamos que para que ella se configure es menester que exista un daño causado a otro, pues no hay responsabilidad sin daño material o moral resarcible; que ese menoscabo patrimonial o espiritual debe ser injustamente causado, lo cual no significa que de manera necesaria deba provenir de una acto ilícito (aunque ordinariamente así ocurra, tanto en el

---

<sup>1</sup> Esto nos permite diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad moral cuando se viola un precepto religioso, por ejemplo se comete un pecado de pensamiento o se viola un mandamiento religioso que no causa daño a nadie (inasistencia a celebración religiosa, codicia de bienes ajenos) o un deber moral que no es un deber jurídico (no se paga una deuda prescrita). Se trata de “acciones privadas... reservadas sólo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” como dice el art. 19 de la Constitución. Pero cuando se daña a un tercero y aparece la responsabilidad civil, lo más común es que también haya responsabilidad moral, como por ejemplo en el homicidio o el robo.

derecho privado como en el derecho público), ni mucho menos que siempre sea menester culpa del agente. Es el carácter injusto del daño el que determina que no sea la víctima quien deba soportarlo y que justifica su pretensión resarcitoria contra el responsable. Afirmamos luego que la obligación de resarcir el daño causado tiene una finalidad jurídica eminentemente reparadora, que debe orientarse hacia la situación de la víctima, por ser ésta quien padece el detrimento, aunque sin perder de vista al sindicado como responsable (Pizarro, 2013, p. 6).

Sin embargo, la realidad no permite tanto optimismo, o, al menos, lo desmiente en buena medida. Enfocada la cuestión desde una perspectiva económica (patrimonial), el daño es siempre irreparable y la pretensión de hacerlo desaparecer del mundo de los hechos, por vía de su reparación, no es sino una expresión de deseos o, peor aún, una cabal ilusión (Pizarro, 2013, p. 7).

## **2.2. Conceptualización de “responsabilidad extracontractual”. Alcance.**

“La responsabilidad enrola en el área extracontractual cuando hay un deber preexistente que es *genérico* (deber general de no dañar) e *indeterminado* en cuanto a los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley, y que rige por el mero hecho de la convivencia social” (Pizarro, 2013, p. 81).

Dentro de este tipo de responsabilidad deben distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea legítima de aquellos otros casos en que se traten de actuaciones ilegítimas.

El concepto de ilegitimidad no lleva como presupuesto la noción de culpa sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa, así asimila a la falta de servicio del derecho francés. Este funcionamiento defectuoso puede configurarse por acción u omisión del Estado, esta última

en tanto sea antijurídica, es decir, que aunque no exista norma expresa, debe existir un deber jurídico que consagre la obligación de obrar del Estado en determinado sentido. En tales casos la reparación debe ser integral, ya sea que se trate de la actuación, de la administración pública como de los daños ocasionados por la actividad legislativa (por ejemplo ley inconstitucional) o judicial (por ejemplo condena dictada por error). La razón de esto radica en que no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado.

Cuando se trata de daños causados por una actuación estatal que se reputa legítima ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, si bien existe el deber de los administrados de soportar sacrificios patrimoniales por razones de interés público o bien común es justo que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad estatal, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas.

Esta solución se justifica ya que no parece justo que la restitución de los demás conceptos deba ser soportada por la comunidad, produciendo un beneficio para el particular por causa de utilidad pública, la indemnización acordada para restaurar el equilibrio patrimonial debe limitarse al daño emergente<sup>2</sup>. Aunque es de destacar que la Corte en la caso Sánchez Granel<sup>3</sup> da una reparación integral por actividad legítima.

---

<sup>2</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró expresamente esta tesis en el caso “Cantón, Mario Elvio c/ Gobierno Nacional”, allí se sostuvo que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial alterado por el accionar legítimo de la administración. Se trató de una demanda donde se perseguía la reparación de los perjuicios provocados por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 2118/71 que prohíbe la importación de determinados



Por el contrario, la indemnización tienen que ser integral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública, sino en el ejercicio irregular de la función administrativa (Passarini, 2004, p. 22).

### **2.3. La responsabilidad por hechos y actos administrativos. Distinción.**

Puede decirse que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de juicio; los hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa ejecución. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento; no que se ejecuta al exteriorizarse.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (destrucción de la casa, retiro de obstáculos que cerraban la calle, etc.) no estamos ante un acto sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

Ordenar la detención de una persona es un acto, aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho, y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo, el cual puede ser realizado con

---

productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional que afecto contratos concluidos y en vía de ejecución.

<sup>3</sup> CSJN., “Sánchez Granel c/ O.S.N. s/ incumplimiento de contrato”, Fallos S 695 XXXVII (2003).

posterioridad, al llegar a la comisaria el comisario decide constituirme detenido y así lo certifica por escrito: esto es ahora un acto. Cuando me llevan al calabozo, esto será otra vez un hecho administrativo. Si más tarde advierten que se trata de un error en la persona y que debieran detener a otra persona de nombre parecido, podrán abrir la puerta del calabozo y esto será un hecho; decirme: “salga, está usted en libertad” será un acto. Finalmente, cuando ante mi requerimiento se aplique una sanción administrativa a los agentes policiales que me detuvieron irregularmente, ello será un acto; el cumplimiento de la sanción un hecho (Gordillo, 2003).

Con ello aparecen ya cuatro divisiones en la actividad administrativa: los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos.

Actos no jurídicos: son decisiones de la administración que no producen efecto jurídico alguno. Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: los informes; los dictámenes El profesor decide explicar un tema antes que otro y así lo comunica a los alumnos; decide volver sobre un tema anterior que no quedó claramente expuesto; el funcionario asesor decide emitir determinada opinión en un informe o dictamen, etc.

Actos jurídicos: son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber. Estará acá la decisión de designar a una persona en un cargo; de pagar una indemnización, la decisión de un tribunal examinador de dar por aprobada una materia, etc.

Hechos no jurídicos: Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado, la ordenanza barre el aula o trae café.

Hechos jurídicos: La posesión de una cosa durante un determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción; el agente de policía que me detiene sin una decisión previa, produce a través de este hecho distintos efectos jurídicos: hace nacer una responsabilidad para él y para la administración y me da el derecho de reclamar indemnización; el agente policial que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo, etc. (Gordillo, 2003).

La responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos, es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños.

La responsabilidad extracontractual de la administración puede ser que resulte de hechos materiales contrarios a derecho, como la ocupación arbitraria de la propiedad de otro, la destrucción de bienes. En cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas, la ley 17.711, modificatoria del Código Civil, establece que: en los supuestos de daños causados con las cosas del 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, según art. 1113<sup>4</sup> (Diez, 1981).

Diez (1981) considera que la disposición del art. 1113 tiene carácter de principio general por lo que es aplicable en el campo del derecho administrativo. La responsabilidad también puede ocurrir como consecuencia de actos jurídicos ilícitos o lícitos. Estos actos darán origen a la responsabilidad, no por sí mismos sino por los efectos que pueda haber producido su ejecución en el patrimonio jurídico de otros sujetos. Si por efectos del acto irregular se lesiona un derecho subjetivo, el afectado puede obtener la reparación del daño producido independientemente de la invalidez del acto.

### **3. Características del régimen argentino de responsabilidad.**

El régimen argentino de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita presenta las siguientes características:

#### **3.1 Responsabilidad directa.**

En materia de derecho privado la responsabilidad de los particulares se divide en directa o indirecta. Responsabilidad directa es la que corresponde a una persona por un hecho propio<sup>5</sup>. La responsabilidad indirecta es la que corresponde a un patrón o a un superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo<sup>6</sup>; la misma se ha extendido al campo del derecho público (Diez, 1981).

En el campo del derecho público el Estado tiene un poder jurídico, poder que se refleja directamente sobre la esfera de los particulares, modificándola o produciendo eventualmente daños dependientes de la citada modificación. Por consiguiente, el daño en el campo del derecho público resulta del ejercicio de un poder que produce lesiones en la esfera jurídica individual jurídicamente protegida. En el campo del derecho público no se acepta que los funcionarios actúen como mandatarios o representantes de la persona jurídica Estado, sino que se los considera como órganos del mismo. Esa persona, el funcionario, debe actuar dentro de la esfera de su competencia y todos los actos que realice son actos de la persona jurídica del Estado y en consecuencia éste responde directamente por los mismos (Diez, 1981).

---

<sup>4</sup>Art. 1.113. 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.

<sup>5</sup> Se rige por el art. 1109 del Código Civil, que establece que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.

<sup>6</sup> El Código Civil resuelve este problema en el art. 1113, donde establece que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causen los que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirvió o que tiene a su cuidado.

Al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos la responsabilidad estatal es directa, ya que no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los agentes públicos. La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados del Estado se explica a través de la teoría del órgano. Consecuentemente, cualquier sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura administrativa se identifica con la propia autoridad estatal. Él es una parte integrante del aparato administrativo, por lo que no constituye una persona diferenciada del Estado, sino que en su condición de órgano se confunde como parte integrante suya (Perrino, 2004).

Eso nos llevaría a la conclusión de que en todos los supuestos la responsabilidad del Estado es directa porque actúa por medio de sus órganos, cuyos actos son actos del mismo Estado. (Diez, 1981).

### **3.1.1. Nuestra opinión.**

El Estado responde directamente por los actos de sus agentes. La idea de responsabilidad indirecta desaparece completamente por aplicación de la teoría del órgano. Como además el Estado actúa por intermedio de sus funcionarios, que integran los órganos, llego a la conclusión de que responde directamente por los actos de los mismos.

### **3.2. Responsabilidad de base objetiva.**

No se discute que la responsabilidad estatal con sustento en el factor de atribución riesgo creado es de índole objetiva. Lo mismo sucede con la responsabilidad estatal derivada de comportamientos lícitos. En ambos casos está ausente la idea de culpa o falta o de reproche por una actuación irregular o defectuosa.

Sin embargo las explicaciones no son coincidentes cuando el deber de responder deriva de la existencia de una falta de servicio, que es el factor de atribución cuantitativamente más relevante. La mayoría de la doctrina afirma que se trata de responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquella se configure. La culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo. De ahí que se diga que, como en Francia, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, pues no es preciso individualizar a su autor.

Debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la responsabilidad por falta se predica de conductas y no de resultados. Lo que con ello se quiere significar es que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa *un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio*. Pero ese juicio conlleva una valoración en concreto de la actividad desplegada por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en cuenta la naturaleza

de la actividad, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

De ahí que, no baste acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización, sino el *anormal o irregular funcionamiento de la Administración*, cuya determinación debe realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Como se puede apreciar, el régimen argentino difiere en este aspecto del sistema español y de aquellos que lo han tomado como modelo que han consagrado un sistema de responsabilidad objetiva más amplio que se sustenta básicamente en la idea de daño antijurídico, esto es aquel que no se está jurídicamente obligado a soportar (Perrino, 2004).

Según Diez (1981) la responsabilidad se va extendiendo a casos en los cuales no es necesario el dolo o la culpa de los funcionarios públicos. La responsabilidad objetiva nace en todas las situaciones en las cuales un sujeto causa, sin culpa, un daño accidental. Un daño puede considerarse accidental cuando ha sido querido en un cierto sentido pero sólo por error de hecho, porque de lo contrario se habría cumplido la acción dolosa. En todos los supuestos de error de hecho debe distinguirse si se trata de un error culpable o excusable. Solamente en este segundo caso subsiste la responsabilidad objetiva, mientras que en la primera hipótesis estaríamos frente a un ilícito culposo.

### **3.3. Reparación de los daños: distinción entre actos ilícitos y lícitos.**

En los supuestos de responsabilidad por actividad ilícita la indemnización es amplia ya que puede abarcar los daños de carácter patrimonial y extrapatrimonial, presentes y futuros, comprendiendo no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante.

La situación no es tan clara cuando el Estado produce daños mediante comportamiento lícitos. Debido a la inexistencia durante largo tiempo de regulaciones que determinen la extensión de la indemnización en tales casos, surgieron dos posiciones antagónicas. Una de ellas, de carácter restrictiva, que postula que la indemnización se debe acotar solo al pago del daño emergente. Quienes se enrolan en esta postura consideran que la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre expresamente el principio de integralidad del resarcimiento y que ante la falta de una normativa que contemple esta problemática cabe aplicar por vía analógica, los principios establecidos en la legislación expropiatoria, que excluyen el pago del lucro cesante. Los partidarios de esta postura parten de la base de que tanto en la expropiación, como en los casos de perjuicios causados por la actividad válida del Estado, existe un comportamiento estatal legítimo que produce el sacrificio de derechos particulares en aras del interés general. Y como en ambos supuestos el perjuicio es el resultado del ejercicio válido de una potestad ablativa, ante el vacío normativo existente en la materia, concluyen que debe aplicarse por vía analógica la

solución consagrada en la normativa expropiatoria, que margina la indemnización del lucro cesante.

La otra posición afirma que en estos casos corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante cuyo contenido se encuentra amparado por el derecho que la Constitución Nacional garantiza (arts. 14 y 17)<sup>7</sup>. Quienes participan de esta postura entienden que la falta de un texto legal expreso que establezca la extensión del quantum resarcitorio, no autoriza a efectuar una aplicación extensiva por vía analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones que marginan la reparación del lucro cesante porque existe una regla interpretativa, consagrada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos. Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y los supuestos de perjuicios causados por la actividad lícita estatal median importantes diferencias. Así, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad de pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación, etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcta asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario, importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

No obstante que ambas posturas han sido receptadas en distintos momentos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la actual integración del alto tribunal ha expresado claramente su opinión favorable, como principio, al reconocimiento del resarcimiento del lucro cesante en tales casos.

Perrino (2004) comparte dicha postura, pues entiende que de los artículos 14,16,17 y 19 de la Constitución Nacional y 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup> y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte

---

<sup>7</sup>Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Art. 17.- 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. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4o. 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.

<sup>8</sup>Art. 21.- (Derecho a la propiedad privada). 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Art. 24.- (Igualdad ante la ley). Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa”, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. Y para que ello ocurra, la indemnización debiera comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional.

#### **3.4. La regulación de la responsabilidad es de competencia nacional y provincial.**

Una peculiaridad de nuestro régimen de la responsabilidad estatal regida por el derecho público es su carácter local y nacional. En efecto, según el sistema constitucional de reparto de competencias entre la Nación y las provincias, propio del esquema federal adoptado por la Constitución (art. 1), éstas conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (art. 121 de la Const. Nac.) y poseen la plenitud normativa correspondiente a su calidad de Estado autónomo, que incluye la atribución de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas.

De tal modo, el Gobierno federal, como consecuencia de sus facultades asignadas por la Constitución (art. 75,99 y 109 de la Const. Nac.), dicta leyes y reglamentos en materia administrativa federal. En efecto, *para el cumplimiento de los respectivos fines puestos a su cargo por la Constitución, la Nación goza de todas las consiguientes potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus esferas, las provincias gozan de tales potestades.*

En consecuencia, la Nación y las provincias, cada uno en su órbita, están válidamente facultadas para legislar en materias de derecho administrativo.

Uno de aquellos poderes no delegados por las provincias concierne a la facultad de establecer las regulaciones de las instituciones propias de su régimen administrativo local; es decir para legislar en materias de derecho público. Y dentro del cúmulo de esas materias que las Provincias están habilitadas a legislar está, claramente, la responsabilidad estatal de derecho público. En consecuencia las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen.

En cambio, al encontrarse regido la responsabilidad de la Administración por su actuación en el campo del derecho civil o mercantil por las mismas disposiciones del Código Civil aplicables a las personas privadas, únicamente el Congreso de la Nación es el órgano facultado para su regulación a tenor de lo establecido en el art. 75, inc. 12 del texto constitucional que faculta al legislador nacional a “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social...”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente que la responsabilidad estatal es un instituto cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y del resorte de los gobiernos locales a partir del fallo dictado el 21 de marzo de 2006, en la causa “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires,

Provincia de y de otro s/ daños y perjuicios”<sup>9</sup>, en el cual el alto tribunal modificó su doctrina sobre el concepto de “causa civil”, al que se refiere el art. 24, inc. 11, del decreto-ley 1285/58 para determinar su competencia originaria (art. 116 y 117 de la Const. Nac.) De acuerdo con lo allí expresado, se excluye de tal naturaleza a las causas en las cuales se pretenda atribuir responsabilidad patrimonial a una provincia por los daños y perjuicios derivados de una presunta “falta de servicio” en la que habrían incurrido sus órganos, por entenderse que se trata de una materia de derecho público ya que su regulación corresponde al Derecho Administrativo y, por ende, resulta del resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional. Expresamente aclara la Corte que no obsta a lo expuesto la circunstancia de que ante la ausencia de normas de derecho público se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

---

<sup>9</sup> CSJN., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, Fallo B.2302.XL (2006).



## CAPÍTULO II

### EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS FUNDAMENTOS

#### 1. Introducción.

Al pasar revista a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos demuestra que por la casi total carencia histórica de normas referidas a la responsabilidad del Estado, fue la evolución jurisprudencial la que hizo posible abandonar la antigua concepción francesa de la irresponsabilidad total del Estado, a favor de su plena responsabilidad. En este cambio progresivo, adquieren importancia central los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, y a partir de allí el desarrollo que la materia ha tenido en los tribunales del país.

#### 2. Importancia.

La responsabilidad del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal. El Estado al actuar y moverse para cumplir los fines que se ha propuesto, choca inevitablemente con otros intereses, que por pertenecer a un individuo o a un grupo de ellos, debe ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y que por esa misma razón son más dignos de tener en cuenta.

Esa cesión de intereses por parte de la minoría no puede quedar desamparada, por lo que es necesaria una reparación.

De esa tendencia a reparar las injusticias cometidas en aras de una justicia mayor, surgió el concepto de *responsabilidad*.

El concepto de responsabilidad del Estado abarca un espectro amplio, que va desde el Estado propiamente dicho, como entidad con una personalidad jurídica independiente de los funcionarios que los representan, y también la de los mismos funcionarios por los actos que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, el concepto de Estado hace referencia tanto al Estado Nacional, como al Provincial y al Municipal y a los distintos estragos de gobierno, es decir, al Poder ejecutivo, legislativo y judicial.

Lo que se presente con la teoría de la responsabilidad del Estado, es hacer cargo a éste y a los funcionarios, de los actos de gobierno, y con ello limitar el accionar de aquellos con el fin de proteger los derechos individuales de los administrados (Diez, 1981).

#### 3. Evolución de la responsabilidad administrativa.

El problema de la responsabilidad administrativa ha sufrido una larga evolución, distinguiéndose distintos períodos de la misma. Se estudiarán las siguientes teorías: a) irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios; b)

irresponsabilidad del Estado pero responsabilidad del funcionario; c) responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios y por el funcionamiento del servicio público; d) responsabilidad del Estado o de los funcionarios; e) acumulación de responsabilidad.

a) En el primer sistema el Estado era irresponsable. La irresponsabilidad del mismo se consideró, en la primera mitad del siglo XIX, como corolario de la soberanía. Esta situación de irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios se mantuvo a lo largo del Medievo y también de la Edad Moderna, debido a la consideración de la monarquía como forma de gobierno (Diez, 1981). El Estado era el Rey y éste, como soberano, no podía obrar mal, ni causar daños resarcibles. Soberanía y responsabilidad del monarca eran, de tal modo, nociones incompatibles entre sí (Pizarro, 2013).

b) Durante el segundo período se consideró irresponsable al Estado pero quien resultare perjudicado por un acto dañoso, ilegal o injusto de un funcionario público, tiene una acción contra él para reclamarle el resarcimiento correspondiente. Este sistema se admitió en Roma con ciertas limitaciones, llegándose a declarar responsables a algunos magistrados. Pero estos derechos fueron casi teóricos, era difícil obtener éxito ya que presentaba dos tipos de limitaciones: sólo era responsable por su dolo o culpa grave y en cuanto al procedimiento para que este funcionario sea demandado y llevado ante los estrados judiciales, se requería la previa autorización del poder administrador. La responsabilidad del funcionario en este sistema se funda en la circunstancia que se le considera como un mandatario del Estado, por lo que todo hecho que signifique una responsabilidad para éste implica una verdadera extralimitación del mandato, extralimitación que no puede recaer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que la ha cometido. En estos supuestos, en la acción dirigida contra el funcionario fracasaba porque éste era insolvente; no había posibilidad de dirigirse contra el Estado (Diez, 1981; Passarini, 2004).

c) El Estado de derecho emplazó a la propia Administración pública *en sujeto de y para la norma jurídica*, consagrando el principio de legalidad *como base fundamental de la estructura política y jurídica* de nuestro tiempo. Pues quien sanciona el derecho debe vivir dentro de él. Con ello se abrió camino lentamente a la responsabilidad del Estado y a la de sus funcionarios (Pizarro, 2013).

d) Durante el tercer período el Estado responsable por los actos de sus funcionarios y del funcionamiento del servicio público. Es decir que si las cargas públicas deben ser repartidas entre todos los habitantes y si ese peso no puede gravitar más fuertemente sobre un habitante que sobre otro, el principio de igualdad de las cargas públicas exige la reparación por el Estado del daño causado a un particular por un funcionario del poder público. Esta doctrina señala que el derecho a la reparación no surge a favor de los particulares sino cuando el perjuicio es imputable a un ejercicio ilegítimo del poder público o a la marcha defectuosa del servicio correspondiente. Vale decir, entonces, que de acuerdo con esta teoría la responsabilidad del Estado fundada en el principio de igualdad ante las cargas

públicas encuentra su limitación en la naturaleza de los actos cometidos por la administración, es decir que ésta sólo es responsable cuando se ha excedido en el ejercicio de sus poderes legales o cuando la prestación del servicio público ha sido defectuosa (Diez, 1981).

e) Durante un cuarto periodo la responsabilidad incumbe, según el caso, sea al funcionario, sea a la persona público. La víctima debe dirigirse a uno o a otro, según las condiciones en las cuales el daño es provocado, la doctrina sostiene que el daño puede ser causado a la vez por una falta de servicio y una falta personal. Así nace la teoría de la acumulación de faltas en el año 1911. Esta fórmula de acumulación consiste en que en ciertas hipótesis el particular dañado puede, a su juicio, perseguir al funcionario o a la administración (Diez, 1981).

#### **4. Evolución de la jurisprudencia argentina.**

Entre nosotros, la jurisprudencia de la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en esta materia en un juicio fallado el 3 de septiembre de 1864. El caso fue seguido por la casa Bates Stokes y Cía. contra el Gobierno Nacional, la cual solicitaba cobrar el importe de las averías que habían sufrido algunos afectos, debido a una inundación, en los almacenes de aduana, ocasionados por un temporal. Después de varios trámites seguidos ante el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, se pasó el asunto al Gobierno Nacional, quien aceptó las obligaciones en que había incurrido la provincia. En esta oportunidad la Corte declaró la responsabilidad del Estado, dando por supuesto que podía demandarse y exigirse al Estado indemnizaciones por perjuicios causados por sus agentes. Admite en este fallo que puede existir culpa en la acción administrativa. Sin embargo, poco después se produce un cambio total en la jurisprudencia de la Corte y el tribunal; con la misma firma de los jueces que intervinieron en el fallo anterior, establece el principio de una no demandabilidad del Estado ante los tribunales nacionales. La Corte dijo en esta oportunidad que el poder ejecutivo es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos Poderes que participan del gobierno de la República, pues por el art. 86, inc. 1 de la Constitución Nacional se declara que el presidente de la República es el jefe supremo de la nación y tiene a su cargo la administración del país. Además dijo la Corte que uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, es que el que la inviste no puede ser arrastrado por particulares ante los tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento, con el objeto de responder de sus actos y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y que tiene por garantía su buena fe. Que la voluntad de juzgar supone la de emplear los medios de hacer obedecer las resoluciones que se dicten y los tribunales nacionales no son eficaces para someter al jefe de la nación a la obediencia de sus mandatos.

Quiere decir, entonces, que la Corte aceptó el principio de la indemandabilidad de la nación, pero con posterioridad, aceptó la posibilidad de demandar a las provincias, diciendo que la Corte es competente para juzgar las controversias que se

susciten entre particulares y una provincia, ya sea ésta demandante o demandada. La Corte siguió con su tesis de que la nación no puede ser demanda ante los tribunales federales y exigió la venia del Congreso. En el mismo sentido la Corte dijo que la nación es irresponsable por los daños de guerra<sup>10</sup>. La Corte aceptó la difundida distinción que se hacía entonces entre el Estado actuando como persona jurídica y el Estado actuando como Poder Público.

La Corte admite la responsabilidad del Estado cuando disposiciones legales así lo establezcan. Existe una serie de disposiciones legales que sientan la responsabilidad del Estado cuando ejerce esa actividad.

La Corte también llegó a sentar el principio de la irresponsabilidad del Estado en el supuesto de la prestación de un servicio público. En el famoso caso Cardoso Bartolomé contra provincia de Buenos Aires<sup>11</sup>, la Corte afirmó que la provincia no es responsable de los daños y perjuicios atribuidos a la organización deficiente de su Registro de la Propiedad si no se demuestra el extremo invocado. Agregaba la Corte que las provincias no responden de los daños y perjuicios provenientes de actos ilícitos de sus empleados<sup>12</sup>.

La Corte también estableció que la nación no puede ser demandada sin su expreso consentimiento.

La jurisprudencia cambió en el caso Devoto y Cía. contra Gobierno nacional<sup>13</sup>. Se trataba de perjuicios causados por un incendio en el campo de la actora, producido por culpa o negligencia de empleados de Correos y Telégrafos. La Corte dijo que el Estado es responsable por el desempeño negligente de los empleados, aun cuando ellos no hayan procedido intencionalmente o la causa del hecho sea casual y que el Estado es responsable de los daños ocasionados por el incendio producido por culpa o negligencia de sus agentes, mientras éstos ejecutaban la reparación de líneas telegráficas nacionales. El siniestro se originó en el campamento de aquellos debido a chispas desprendidas de un brasero deficiente que se usaba en terreno cubierto de pasto seco y sin las precauciones suficientes. Invocó la Corte las disposiciones de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil<sup>14</sup>, vale decir, resolvió el problema de la responsabilidad aplicando disposiciones de derecho privado y de acuerdo con el sistema de responsabilidad indirecta que consagra el art. 1113 del Código Civil.

El caso más importante resuelto por la Corte es indudablemente el del Ferrocarril Oeste contra la provincia de Buenos Aires<sup>15</sup>. Se trataba, como en el caso

---

<sup>10</sup>La Corte cambió luego de criterio, en el fallo Hofmann, H. c/ Gob. Nacional (16/6/69) reconoció esa responsabilidad.

<sup>11</sup> CSJN., “Cardoso Bartolomé c/ provincia de Buenos Aires” Fallo: T. 95, P. 48 (1902).

<sup>12</sup>En esta oportunidad, el certificado de dominio que se había solicitado para realizar una operación inmobiliaria salió sin la información del gravamen que pesaba sobre la propiedad objeto de la operación, lo que perjudicó al actor.

<sup>13</sup> CSJN., “SA Tomás Devoto y compañía c/ Gobierno Nacional”, Fallos 169:111 (1933).

<sup>14</sup> La Corte, para consagrar la responsabilidad indirecta, debía haberse referido únicamente al art. 1113 del Código Civil, ya que el art. 1109 se refiere a la responsabilidad extracontractual directa. De allí, entonces, que la combinación de los dos art. No resulte oportuna.

<sup>15</sup>CSJN., “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallo 182:5 (1938).

Cardoso, de una certificación errónea del Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires y evidentemente en estos casos, y dentro de la terminología de la Corte, el Estado actúa *iurimperii*. Decía la Corte en este caso que el Estado provincial impone la obligación de muñirse del certificado de registro para escriturar toda operación que versare sobre transacción de inmuebles, cobrando un derecho especial de sellado, lo que lógicamente presupone la obligación de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha querido asegurar. Que cuando de tal manera procede no obra como persona de derecho privado o como persona jurídica sino como entidad de derecho público, que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de correos y telégrafos o cualquiera otra de esa naturaleza, y, siendo así, la invocación del art. 43 del Código Civil<sup>16</sup> no es pertinente. Que, en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del Código Civil)<sup>17</sup>. Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el Derecho público, la regla enunciada fundada en razones de justicia y equidad, debe también tener su aplicación a este género de relaciones mientras no haya una prohibición legal que lo impida. Que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse extendido, habrá, por lo menos, una conducta culpable del personal que en el desempeño de sus funciones y bajo la dependencia del Estado ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del Código Civil<sup>18</sup>. Que estas disposiciones no son sino el corolario lógico del principio general según el cual todos los que emplean a otras personas para el manejo de un negocio o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son responsables de los perjuicios que éstos ocasionaren en el desempeño de su función. Agregaba la Corte que en lo que particularmente se refiere al estado, considerado en su doble personalidad de derecho

---

<sup>16</sup>Art. 43.-Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden 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".

<sup>17</sup>Art. 625.- El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho.

Art. 630.- Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación.

<sup>18</sup>Art. 1112.-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.

Art. 1113.-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. (Párrafo agregado por Ley 17.711)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.

público y privado, la doctrina se ha orientado cada vez más en el sentido de reconocer su responsabilidad extracontractual por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en el ejercicio de su función cuando la entidad ejerce un monopolio, un servicio público o una industria y tan sólo diverge cuando se trata de actos *iure imperii*, en que principalmente se ejercitan los atributos de la soberanía. Que la disposición del art. 1112 del Código Civil, y relacionada con la del 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del estado cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo, cuanto porque, interpretado así, concuerda con la doctrina expuesta por Aubry y Rau, citada por el codificador en su nota al art. 1112. Como de costumbre, la Corte fundó su responsabilidad en el derecho privado.

Pero había de seguir la evolución de la Corte y llegar a establecer expresamente la responsabilidad del Estado cuando actúa *iure imperii*. Así en Echegaray, María Cecilia e hijos menos contra el Gobierno Nacional<sup>19</sup>, se hace responsable al Estado por los daños producidos en el ejercicio de una función pública: la de policía. Se trataba de la muerte del esposo de la actora, producida por un balazo disparado por un agente de policía, quien cometió el hecho en el desempeño de sus funciones, de lo cual fue condenado a ocho años de prisión. Indudablemente, el acto realizado en función de policía es considerado *iure imperii* pero no obstaculiza para responsabilizar al Estado (Diez, 1918).

## **5. Fundamentación jurídica de la responsabilidad del Estado.**

Una vez reconocida la responsabilidad del Estado, un considerable número de doctrinas ha tratado de explicar el fundamento de la misma, o lo que es igual las razones que axiológicamente sustentan su obligación de resarcir. A continuación se desarrollarán las más importantes.

### **5.1. Teoría de la expropiación.**

Proclama que la responsabilidad del Estado tiene fundamento en los principios que rigen la expropiación, que imponen que ningún ciudadano puede ser privado de su propiedad sin el previo pago de una justa indemnización. De ello se extrae otra regla, de carácter universal, según el cual el patrimonio del ciudadano no debe sufrir minoración alguna por menoscabos que puedan derivar de la actividad del Estado, sea legítima o ilegítima (Pizarro, 2013).

“Lo que la Constitución establece respecto de indemnización en materia de expropiación, constituye un principio general de derecho aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de utilidad pública” (Diez, 1981, p. 423).

---

<sup>19</sup> CSJN., “Echegaray, María Cecilia e hijos menos contra el Gobierno Nacional”, Fallo: T. 190, P. 312 (1941).

Esta concepción goza de algún predicamento en el derecho argentino por medio de distintos precedentes de la Corte Suprema, en los que se ha acudido analógicamente a la figura de la expropiación para fundar la responsabilidad del Estado, particularmente en el terreno de la actividad lesiva lícita, y para negar, con base en esos argumentos, la reparación del lucro cesante.

Es pasible de crítica en cuanto conduce a generar un esquema injustificadamente sobreprotector para el Estado y muy desfavorable para la víctima del daño causado por la actividad legítima o ilegítima de aquél, a quien se le cercena sustancialmente el derecho a la reparación del lucro cesante y, peor aún, del daño moral, todo lo cual puede resultar inconstitucional en la mayoría de los casos.

Por lo demás, confunde dos instituciones que presentan perfiles propios y diferenciales: la expropiación y la indemnización. La existencia de un paralelismo entre expropiación y responsabilidad no debe conducir a la identidad de ambas nociones. En la primera no hay técnicamente un supuesto de responsabilidad, “sino pura y simplemente ejercicio, por el Estado, de un derecho propio reconocido en la Constitución nacional y que supone la previa declaración de una utilidad pública del bien y el pago de una indemnización justa. Impone, lógicamente, que mediante el pago de dicho valor un bien se incorpora al dominio público del Estado; en cambio, cuando la Administración causa un perjuicio, por ejemplo, por un acto culpable de un funcionario, hay responsabilidad y no expropiación, pues no ha habido una “previa calificación legislativa de la utilidad pública” de tal acto culposo. Solo se procura reparar el daño que injustamente provoca el Estado al damnificado, provenga de una actividad ilícita o, de modo más restringido, lícita. “Nosotros entendemos que no hay asimilación o paralelismo posible entre ambas instituciones, que son absolutamente disímiles y que responden a finalidades diferentes. En este sentido coincidente con la opinión de Escola.” (Pizarro, 2013, p. 107).

No hay razón alguna que pueda justificar que un régimen excepcional, previsto para un supuesto específico, que no es técnicamente de responsabilidad por daños, termine modelando todo el sistema, tanto más cuando su aplicación conduce de manera injustificada al quebrantamiento del principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado, que por imperio constitucional campea tanto en el derecho privado como en el público.

Lo señalado anteriormente asume mayor relieve en aquellos casos en los cuales el daño deriva de la lesión a intereses patrimoniales o espirituales ligados a bienes jurídicos, tales como la vida, la libertad o la integridad corporal, ámbito en el cual la aplicación de esta teoría conduce a resultados francamente absurdos (Pizarro, 2013).

## **5.2. Teoría de los riesgos sociales.**

Formulada pragmáticamente por Duguit para desalojar a la culpa como fundamento principal de la responsabilidad del Estado, proclamando que ella se sustentaba en los riesgos sociales que genera su actuación, ajenos a toda idea de

ilegalidad y de culpabilidad. Una suerte de seguro contra el riesgo social que dimana del funcionamiento de los servicios estatales.

Se le ha criticado que los riesgos sociales pueden ser causa de daños y perjuicios, “pero en modo alguno constituyen el fundamento de la responsabilidad estatal”, pues “la específica teoría del riesgo queda absorbida por las consecuencias del Estado de derecho, cuyos principios, en definitiva, fundamentan la responsabilidad del Estado en el campo del derecho público (Pizarro, 2013).

### **5.3. Teoría de la proporcionalidad ante las cargas públicas.**

Según ella, el fundamento de la responsabilidad estatal anida en el principio de derecho público, reconocido por la Constitución nacional en su art. 16, de igualdad (o proporcionalidad) ante las cargas públicas y ante la ley.

Desarrollada por Teissier, en Francia, y definida en la Argentina, en ciertos ámbitos de la responsabilidad del Estado, entre otros, por Cassagne, pondera que los ciudadanos no deben ser compelidos a soportar cargas impuestas en interés general o, lo que es igual, un sacrificio especial y singular, sin tener que soportarlo, y que los daños que, en tales circunstancias, sufran deben ser soportados por todos, objetivo que sólo se concreta mediante una reparación. El fundamento reside, en esencia, en el *principio de igualdad ante la ley, ya que cuando la Administración produce a los particulares una lesión, que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infligido mediante correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad sin que ésta restableciera la igualdad alterada* (Pizarro, 2013).

### **5.4. Teoría del sacrificio especial.**

También llamada “de la equidad”, defendida por Mayer, quien pregonaba que la indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado.

Ha sido utilizada para justificar la obligación de indemnizar del Estado por actividad legítima, cuando el menoscabo gravita sobre uno o varios individuos de manera desigual y desproporcionada con relación a los demás. Su fundamento anida de modo inmediato en la garantía de igualdad o proporcionalidad constitucional ante las cargas públicas.

Para que opere la responsabilidad del Estado basada en este factor de atribución, es menester que:

- 1.- obrando legítimamente, cause un daño a un particular.
- 2.- que ese menoscabo sea experimentado por éste de manera injusta y desigual, imponiéndole de tal modo un sacrificio especial que no está obligado por ley a soportar y que la equidad no tolera.
- 3.- que este daño cause un perjuicio material o empobrecimiento a un particular.



Se trata de un sacrificio calificado, que coloca al damnificado en una situación de grave desigualdad como para dar lugar a la tutela constitucional que emerge del art 16 de la Const. Nacional. Para que tal situación se configure, es indispensable que el sacrificio haya sido hecho en beneficio de toda la comunidad o, lo que es igual, que haya respondido a finalidades de interés general o colectivo.

“Creemos que la doctrina de la igualdad ante las cargas públicas y del sacrificio especial tienen idéntico basamento y requisitos y conducen a similares resultados en su aplicación, por lo que pueden ser amalgamadas sin mayores inconvenientes” (Pizarro, 2013, p. 117).

### **5.5. Teoría de la falta de servicio.**

Esta doctrina goza de enorme prestigio y predicamento, tanto en Francia como entre nosotros, particularmente luego de su recepción por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa “Vadell”<sup>20</sup> del año 1984, en materia de responsabilidad del Estado por actividad ilícita o ilegítima, comisiva u omisiva.

Conforme a su formación más difundida, la noción de falta de servicio debe ser edificada poniendo la mira en la Administración pública y en el incumplimiento por parte de ella de las normas del servicio que lo gobiernan y que prescriben la manera como debe funcionar y ser organizado. Hay falta de servicio que compromete la responsabilidad del Estado cuando un servicio no funciona, o cuando funciona mal o tardíamente. Haciéndose eco de esta última exigencia, nuestra Corte Suprema la ha definido como *una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, que entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño* (Pizarro, 2013).

El sentido de la falta de servicio –dice Cassagne- entraña tanto la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad, incluso la innecesidad de individualizar al autor del daño como al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular u objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos (Pizarro, 2013, p. 275).

### **5.6. Doctrina que fundamenta la existencia de responsabilidad del Estado en una ley formal que expresamente la reconozca.**

Según ella, la responsabilidad extracontractual del estado carece de un fundamento jurídico propio y sólo se basa en la existencia de una ley formal que expresamente la reconozca. Esta posición, sustentada entre nosotros por Bielsa, sostiene que, para que el estado pueda ser declarado responsable, resulta menester que

---

<sup>20</sup>CSJN, “Vadell, Jorge F. c/provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030 (1984).

éste surja de una normativa expresa que así lo autorice<sup>21</sup>. En defecto de ella, el estado no responde<sup>22</sup>.

Es una concepción formalista que pierde de vista que la ley no obra en el vacío y que se sustenta en un fundamento que nutre la obligación estatal de resarcir.

### **5.7. Fundamentación en los principios constitucionales del Estado de derecho.**

De acuerdo con otra orientación, francamente mayoritaria en el derecho argentino, el fundamento de la responsabilidad del Estado anida en los principios fundamentales del Estado de derecho, que emergen del preámbulo de la Constitución Nacional y ciertas reglas jurídicas capitales del sistema, como el principio de no dañar a otro, cuyo rango constitucional ha sido reiteradamente proclamado por la Corte nacional y de los cuales el Estado debe ser *garante* de su estricto acatamiento. Entre ellos se menciona el derecho a la vida y a la dignidad humana, el respeto de los derechos adquiridos y de la propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, la garantía de libertad, el afianzamiento de la justicia, etc. Dichos principios forman un complejo que tiende, armónicamente, a asegurar la seguridad jurídica y el respeto por los derechos de los ciudadanos de todo lo cual se infiere el fundamento de la responsabilidad por daños del Estado y su emplazamiento en el terreno del derecho público.

Según Marienhoff (1993), “la responsabilidad del Estado en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, la consecuencia lógica del complejo de principios propios del ‘Estado de derecho’”, no siendo concebible “un Estado de derecho ‘irresponsable’”. Lo contrario importaría un contrasentido. ‘Estado de derecho’ y ‘responsabilidad’ son, en este orden de ideas conceptos correlativos”. El fundamento de esta responsabilidad es siempre el mismo, cualquier sea el órgano público que cause la lesión jurídica al administrado (ejecutivo, legislativo o judicial). Ello es así “porque, en cualquier supuesto, siempre se tratará del Estado cuando a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno”.

En este sentido se pronunciaron las recomendaciones aprobadas por la comisión 9 de las XVII Jornadas Nacionales del Derecho Civil, llevadas a cabo en Santa Fe, en 1999, y por las II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, celebradas en 1991. Es una doctrina sólida que sirve de fundamento genérico de la responsabilidad del Estado “y flexiblemente entendida, también para la de los particulares”, pero que no penetra de modo específico en la esencia de los distintos supuestos en que puede configurarse.

---

<sup>21</sup> Cabe señalar que, en verdad, el citado autor era partidario de la adopción de la teoría francesa de la falta de servicio, pero requería su consagración normativa expresa por normas de derecho público, rechazando enfáticamente la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del Código Civil.

<sup>22</sup> Distinta es la cuestión en materia de responsabilidad contractual, donde se reconoce plenamente esa responsabilidad. Esta concepción es tributaria de la doctrina de la doble personalidad del Estado (de poder público y de persona jurídica). Cuando actúa como poder público, el Estado es irresponsable por los daños que cause salvo previsión normativa expresa en contrario, pues obra en virtud de su soberanía “y por consiguiente no está sujeto a responsabilidad alguna respecto de sus súbditos, o mejor dicho de los particulares”.

## **5.8. Doctrina de la Finalidad del Estado.**

En posición compatible con la anterior, Cassagne (1998) propicia una tesis unitaria en derredor el fundamento de la responsabilidad del Estado y llega a la conclusión de que éste buscarse en el propio fin del Estado, que no es otro que la realización del bien común por medio de la justicia, lo cual requiere como lógico imperativo la consecuente reparación de los desequilibrios (daños) por él causados, provengan ellos de su actividad ilegítima (con basamento en la doctrina de la falta de servicios) o legítima (a la luz de los principios que rigen la doctrina del sacrificio especial y la garantía constitucional de la igualdad ante las cargas públicas). El fundamento, en última instancia, debería ser buscado en un principio de derecho natural, que constituye, al mismo tiempo, un principio general del derecho administrativo, con abstracción de que halle no incorporado al derecho escrito y que no sería otro que el del restablecimiento del equilibrio alterado por el hecho estatal dañoso, a fin de mantener la igualdad. Un principio que, así concebido, se relacionaría tanto con la justicia legal o general, como con la conmutativa.

El restablecimiento del equilibrio preexistente, alterado por la actividad estatal dañosa, debería transitar por determinadas reglas. Si el daño proviene de actividad ilegítima de la Administración, la reparación debería ser integral, pues no hay razón que imponga que el administrado deba soportar un menoscabo que no está originado en razones de interés general; si, en cambio, reconociere su génesis proviene de un acto lícito estatal, la reparación debería limitarse al valor objetivo del derecho o bien jurídico sacrificado y los que sean consecuencia directa e inmediata, con exclusión del lucro cesante, como ocurre en materia de expropiación.

En resumidas cuentas, para éste autor, el fundamento de la responsabilidad deriva del plexo de principio de derecho públicos inherentes al Estado de derecho; entre ellos, el de igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nac.) y el de la reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones del interés público (art. 17 Const. Nac.), que rectamente aplicados conducen a la corrección del desequilibrio provocado al administrado que sufre un daño.

## **5.9. Fundamento en la Constitución Nacional.**

Según otra orientación, el fundamento de la responsabilidad del Estado anida directamente en la carta fundamental. “La Constitución nacional protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferido a sus derechos individuales”. Cuando la actividad de alguno de sus órganos causa un perjuicio a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que ella consagra, es la propia carta marga, aun sin contar con una norma específica que atribuya responsabilidad reparatoria por el daño causado, la que da fundamento a dicha pretensión.

Se le ha objetado su excesivo positivismo, pues, “a contrario sensu de ella, bastaría con que el legislador y el constituyente sancionaran una norma estableciendo la irresponsabilidad del Estado, para que este fundamento caiga y quede en falsete la doctrina de la responsabilidad del Estado, lo cual en nuestros días es un verdadero

exceso, al estar lejanos los tiempos en que se aceptaba aquello”. Por lo demás, a la luz de los criterios que la propia Corte Suprema ha forjado en las causas “Santa Coloma” y “Aquino”, entre otras, también la Constitución reconoce constitucionalmente el derecho a la reparación del daño cuando es causado por particulares. Precisamente, a partir de ese enfoque constitucional, debe comenzar a diluirse buena parte de las pretendidas diferencias que suelen proclamarse, sobre todo desde el derecho público, para sustentar un régimen de responsabilidad distinto del que rige en el derecho privado.

#### **5.10. Nuestra opinión.**

Coincido con la doctrina que genéricamente sustenta, en última instancia, la responsabilidad estatal en los principios del Estado de derecho que emergen de la Constitución Nacional, de los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional) y de ciertas reglas jurídicas capitales del sistema, como el principio de no dañar a otro, cuyo rango constitucional reiteradamente ha proclamado la Corte Suprema Nacional.

Tales principios, sin embargo, no sólo sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado sino también a la de los particulares, desde el mismo momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sólidos fundamentos, ha proclamado la existencia de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente causado, sin distinguir el origen del menoscabo, o –lo que es igual- si éste proviene de particulares o del Estado.

## Capítulo III

### RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL PROVINIENTE DE LA ACTIVIDAD ILÍTIMA DEL ESTADO

#### 1. Introducción.

A través de éste capítulo, me propongo comentar algunos pasos del lento proceso de reconocimiento de la responsabilidad extracontractual estatal por actividad contraria a derecho en nuestro país puesto que el examen de su evolución puede aportar luz sobre la situación actual, así como explicar algunas afirmaciones doctrinales que precisan de matizaciones para que resulten totalmente ajustadas a la realidad.

#### 2. Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Importancia.

Es necesario aclarar primero, antes de abordar el tema que nos invoca, como se ha justificado en su evolución la responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos ilícitos que causen daño.

Para comenzar, partimos de que nunca se puse en jaque la responsabilidad contractual de las personas jurídicas, puesto que estas son, tal y como lo define el Código Civil, capaces de contraer obligaciones y susceptibles de tener derechos. Y el incumplimiento de una de las obligaciones contraídas genera antijuricidad, provocando un daño al polo activo de la relación jurídica, exacerbando así la responsabilidad civil, ergo el derecho de resarcir el daño.

Lo que si se ha discutido largamente es sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Así, nos encontramos con diferentes doctrinas al respecto.

##### 2.1. Distintas doctrinas sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

###### 2.1.1. Teoría de la Ficción (principal exponente Savigny):

Sostiene que la persona jurídica es un ente ideal y como tal carente de voluntad, por lo que es insuceptible de imputación.

Por otra parte, la persona jurídica cuenta con un estatuto que diseña y delimita su objeto, por lo tanto los representantes o dependientes que ejecuten actividades de la persona jurídica, ajenas a dicho objeto, responderán personalmente por los daños causados (Pizarro, 2013).

### **2.1.2. Teoría Organicista (realista):**

Sostiene que la persona jurídica no actúa por medio de representantes (en virtud de un contrato de mandato civil), sino que lo hace ella misma a través de sus órganos, que son los directores o gerentes, que la conducen.

Estos órganos son parte integrante de la persona jurídica, inescindible de ésta. Por lo tanto ante un obrar doloso o culposo, por parte de sus órganos, puede imputarse responsabilidad a la persona jurídica como tal, siempre que los mismos actúen en ocasión de sus funciones (Pizarro, 2013).

### **2.2. El antiguo art. 43 del Código Civil.**

Hay que analizar ahora como se interpretaba la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en nuestro derecho positivo antes del año 1968 donde llega la ley 17.711. El estudio de esta cuestión sólo tiene interés histórico, por lo que habremos de limitarnos a reseñar sucintamente las distintas líneas interpretativas del antiguo art. 43. Este artículo decía así: *“no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”*.

En ese entonces existían 3 posturas:

- Nuestro codificador adhirió a la Teoría de la Ficción de Savigny, consagrando la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los daños cometidos por sus dependientes, en virtud de una responsabilidad extracontractual.

Ello porque Vélez daba preeminencia al factor de atribución subjetivo, y por lo tanto las personas jurídicas al no poseer voluntariedad no podían ser imputadas. Una creación estatal, como la persona jurídica, no podía suponerse orientada al mal, “y si sus funcionarios hubiesen incurrido en él, se tratará de actos propios, que sólo a ellos son imputables”. Quedaba a salvo de esta irresponsabilidad los supuestos donde, como resultado del obrar ilícito de sus dependientes la persona jurídica se hubiera visto enriquecida sin fundamento jurídico alguno. Pero a esta solución se llegaba a través del ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa.

Resultaba insostenible que una persona jurídica, dotada de significativa capacidad para desenvolverse socialmente en el tráfico y en el mercado, careciera de responsabilidad extracontractual. Dicha solución era evidentemente inconstitucional por violentar el principio de igualdad, el cual se resiste a tutelar que, en similitud de situaciones dañosas, sólo respondan las personas físicas y no las jurídicas.

- La segunda postura, tan restrictiva, comenzó a hacer aguas, por lo que la doctrina busca fundamentos para flexibilizarla, así el gran maestro Llambías interpreta el art. 43 de la siguiente manera: hay irresponsabilidad absoluta de la persona jurídica en el caso de los delitos del derecho criminal o civil, es decir de actos ilícitos donde el factor de atribución es el dolo (en sus tres modalidades: directo, indirecto y eventual)

cometidos por sus representantes o administradores, o por sus dependientes, y de igual modo por los daños provenientes de los hechos de las cosas de las cuales aquélla era dueña (art. 1113 y 1133) o guardián (art. 1113).

Pero sí responderá la persona jurídica en el caso que sus administradores comentan un cuasidelito o un hecho ilícito imputable a título de culpa.

- Una tercera interpretación que no reconoció nacionalmente muchos adeptos, nos habla de que la persona jurídica debía ser responsable tanto por los delitos como por los cuasidelitos cometidos por sus funcionarios. Esta postura es claramente contraria a la norma.

### **2.3. El art. 43, luego de la reforma del año 1968, con la ley 17.711.**

Demás esta recalcar la importancia en demasía que tuvo esta ley para nuestro ordenamiento positivo, que introducirá el esquema de la responsabilidad objetiva; y el derecho de daños será visto desde la víctima, sin preguntarse tanto quien es el autor del hecho dañoso sino quien debe soportar el daño, todo ello basado en razones de solidaridad social y justicia distributiva, incorporando entre otras cosas relevantes el actual art. 43 del Código Civil, que expresa: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas el Título ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”.

La ley 17.711 se enroló en la teoría del órgano o de la realidad de la persona jurídica, según la cual los individuos que actúan en las personas jurídicas no lo hacen como representantes o mandatarios, sino como órganos de ellas. Adviértase que el representante no es un tercero, ligado a la persona jurídica por un vínculo externo, asimilable al mandato, sino que forma parte de un órgano y que, por ende, integra la persona jurídica y tiene con ésta un vínculo interno. El órgano no tiene individualidad propia y distinta; forma un todo con la persona jurídica y sus actos son imputados a ella como propios. En consecuencia, la responsabilidad de las entidades sería directa y objetiva con basamento en el riesgo creado, por hechos propios y no indirecta, refleja o por hecho de otro (Pizarro, 2013).

### **3. Origen y desarrollo del régimen de responsabilidad estatal argentino.**

Al igual que ha ocurrido en numerosos países europeos y latinoamericanos, en la Argentina la formulación del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen esencialmente jurisprudencial.

No obstante carecer nuestra Constitución Nacional de disposiciones específicas que consagren expresamente la responsabilidad estatal, como ocurre en España, Brasil, Colombia, Venezuela, Uruguay, Chile y Perú – esta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial-, ello no constituyó un valladar para que por vía pretoriana se considerara que la responsabilidad estatal tiene fundamento

constitucional. En efecto, con apoyo, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (art. 14 y 17) y en los art. 19, del cual deriva la regla que prohíbe a los hombre perjudicar los derechos de terceros y 16, que consagra el principio de igualdad en las cargas públicas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente la responsabilidad estatal por los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes públicos.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos que han regulado expresamente la responsabilidad estatal (como el español, el peruano, mejicano y la legislación norteamericana y del Reino Unido) no existe, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre este instituto. Sólo median previsiones normativas en áreas específicas y respecto de aspectos muy puntuales de esta materia. Como por ejemplo con los daños ocasionados en el marco de relaciones contractuales, empleo público, error judicial en materia penal y los generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad nacional.

De ahí que pueda afirmarse sin equivocaciones que la responsabilidad estatal carece en el derecho argentino de un tratamiento normativo sistemático y unitario.

La falta de una legislación general y orgánica que regule la responsabilidad estatal, junto con una interpretación sumamente amplia de la condición de “derecho común” y uniforme para toda la República del derecho civil (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), trajo aparejado que se aplicara al Estado durante mucho el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el Código Civil para las personas jurídicas (art. 43 del Código Civil).

No obstante que dicho recursos fue una solución loable en su momento ya que posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba, constituye una respuesta equivocada, porque salvo los daños provocados por comportamiento estatales en relaciones de derecho privado, la responsabilidad del Estado es una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son por su naturaleza y fines, diferentes de los que imperan en el derecho privado.

Por tal motivo, hoy en día, ante la falta de una normativa en la materia, si bien se sigue acudiendo a la legislación civil para resolver los problemas que presenta la responsabilidad estatal, se lo hace extensivamente a los efectos de cubrir la laguna normativa existente en la materia mediante la técnica de la interpretación analógica o por vía de subsidiariedad.

Ello es así porque, si bien no puede negarse que existen principios y elementos afines entre la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los sujetos privados, ciertamente median aspectos diferenciales no menores que no permiten un tratamiento absolutamente homogéneo. Tal es lo que ocurre con el mismo fundamento del deber de reparar, como a diversos tópicos que derivan de la singular posición de las autoridades estatales en las relaciones con particulares, en cuanto titulares de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, como así también por la complejidad del obrar de los poderes públicos y la forma en que el mismo se desarrolla.



Probablemente, el ámbito en el cual con mayor claridad se advierte la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas del derecho privado es el de la responsabilidad lícita, pues en tales supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares ya que radica en la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), que el afectado no está obligado a soportar.

Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene analogía o concordancia en el derecho privado en el cual el deber de responder por un comportamiento válido resulta excepcional (Perrino, 2004).

#### **4. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

En materia de responsabilidad del Estado, ella muestra etapas claramente diferenciables.

El proceso evolutivo se inició con el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima de la Administración pública y fue seguido por la responsabilidad derivada legislativa (Estado-legislador), o sea, por actos legislativos, que tardó bastante más en aparecer. Finalmente, se abrieron también las compuertas para la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial (Estado-Juez), la cual se encuentra todavía en evolución, lejos de una consolidación en términos definitivos.

Si se analiza con detenimiento la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, podremos distinguir, con cierta dosis de relatividad, tres períodos más o menos bien definidos.

##### **4.1. Primera época. Desde la sanción del Código Civil – 1933 - hasta el caso “Tomás Devoto y Cía. Limitada c/ Nación”.**

En una primera época, la Corte Suprema rechazó acciones judiciales promovidas contra el Estado, por considerar que éste no podía ser demandado por actos de imperio, sin su consentimiento, en cambio, solo era responsable por los actos de gestión, pero solo en la medida que haya por parte del mismo un enriquecimiento sin causa. Se basaba para ello en la soberanía del Poder Ejecutivo Nacional en su esfera y en que uno de los atributos de dicha soberanía era, precisamente, que no podía ser arrastrado por particulares ante tribunales de otro fuero, sin aquella aquiescencia. Subyacía, en este razonamiento, el antiguo precepto de que el Estado soberano no podía dañar. La apertura de las puertas de la responsabilidad del Estado fue operando gradualmente. Durante esta etapa, sin embargo en la que impera la regla de irresponsabilidad patrimonial del Estado, se registra un precedente de la Corte Suprema, en la causa “Bates Stokes y Cía.”<sup>23</sup>, en donde se debatió la responsabilidad por actividad ilícita del Estado derivada de la recaudación de derechos aduaneros, que constituía un típico acto de poder. Los hechos eran los siguientes: la empresa actora

---

<sup>23</sup> CSJN., “Bates Stokes y Cía.” Fallos 1:259 (1864).

tenía mercaderías en un depósito de la aduana de Buenos Aires, que resultaron deteriorados por el agua. El gobierno reconoció y pago a aquella el valor de las averías. Sin embargo, este reconocimiento no fue refutado suficiente por la damnificada, que demandó la reparación de otros daños. La Corte Suprema rechazó la demanda, por considerar que con lo ya percibido por la actora se había compensado el perjuicio, lo cual obstaba a que pudiera reclamar otros daños. Pero no hizo ninguna referencia a que no podía demandarse al Estado por los actos de imperio y exigirle las indemnizaciones pertinentes, lo cual colocó al fallo en una línea más bien excepcional para lo que sería luego el criterio imperante por varias décadas en la jurisprudencia del alto tribunal y que habría de inaugurarse en un fallo posterior (en este pronunciamiento, la Corte Suprema dijo que el Estado no podía ser arrastrado a los tribunales por los daños que derivan de su actividad de imperio o soberana)<sup>24</sup>. Posteriormente, a comienzos del siglo XX, luego de la sanción de la ley 3952, de demandas contra la Nación, que acogió la distinción doctrinal entre actos de gestión y de imperio, la Corte Suprema modificó su criterio y admitió que el Estado podía ser llevado a juicio, dando lugar a una nueva línea jurisprudencial, siempre dentro de esta primera etapa. En un contexto en el que campeaba la teoría de la doble personalidad del Estado, actualmente superada, proclamó que el Estado respondía por los actos por gestión, de naturaleza contractual, pero no por los de imperio, a tenor de lo dispuesto por el antiguo art 43 del Cód. Civil<sup>25</sup>, salvo que una ley especial dispusiere lo contrario, como en el caso “Sáenz Peña, Luis c/ Gobierno nacional”<sup>26</sup>.

La responsabilidad, por tales actos, pesaba únicamente sobre los agentes y funcionarios y nunca sobre el Estado. Excepcionalmente, si – como consecuencia de la actuación indebida de aquéllos- este último se enriquecía, debía responder en la medida del deferido provecho, aunque por aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa.

En cambio, como se ha dicho anteriormente, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones convencionales y actos de gestión de su

---

<sup>24</sup> La doble personalidad del Estado se correspondía con un doble sistema de actos. Por un lado los “actos de gestión” (de iure gestionis) que quedan comprendidos en el campo del derecho privado porque la Administración no los realizaba como entidad soberana sino como intendente de los servicios públicos. Y por otro lado los “actos de autoridad o de imperio” (de iure imperii) comprendidos dentro del ámbito de las relaciones de poder, de subordinación, de desigualdad de derechos, es decir, en la esfera del derecho público”. La ley dispuso en su art. 1 que los tribunales de la Nación estaban facultados para entender en las acciones civiles que se dedujesen contra la Nación, en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de requerir previa autorización legislativa, debiendo la pretensión judicial estar precedida de un reclamo previo, que fuera denegado expresa o tácitamente por el Poder Ejecutivo. Esta regla, que determinaba que las demandas contra la Nación no requerían de autorización o venia legislativa previa, sino de un previo reclamo administrativo, subsistió hasta que en 1932 se sancionó la ley 11.634, que estableció que las acciones contra el estado nacional en su carácter de persona jurídica de derecho privado o de persona de derecho público, debían ser articuladas ante la Justicia Federal. La sanción de esta normativa abrió formalmente las puertas al segundo período que analizaremos en texto.

<sup>25</sup> Esta norma disponía que “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

<sup>26</sup> CSJN., “Sáenz Peña, Luis c/Gobierno Nacional” Fallos 124:22 (1916).

patrimonio privado fue reconocida prontamente por la Corte nacional, aplicándose por lo general las normas del Código Civil.

#### **4.2. Segunda época. Desde la causa “Tomás Devoto y Cía. Limitada c/ Nación” hasta “Vadell” (1984).**

Comienza en 1933 con el fallo dictado en la causa “Tomás Devoto y Cía.”<sup>27</sup>, aunque algunos autores emplazan su génesis cinco años después, en la relevante sentencia dictada por la Corte Suprema en “Ferrocarril Oeste c/provincia de Buenos Aires”<sup>28</sup>.

En este año la Corte consagró la responsabilidad aquiliana del Estado proveniente de daños que, en el caso, fueron ocasionados por empleados de la oficina de telégrafos en un campo que alquilaba la empresa “Tomas Devoto y Cía. Ltda. S.A.”

En “Tomás Devoto y Cía.”, el actor promovió demanda contra el Estado Nacional proclamando la reparación de los daños sufridos como consecuencia de un incendio, que se produjo por culpa de empleados públicos que intervenían en la reparación de una línea telegráfica. El fuego se inició a raíz de chispas que estaban en un brasero que utilizaban los empleados de la Administración, puesto sobre pasto seco, sin precaución alguna, que afectó la propiedad del actor.

La Corte dijo que, “en nada influye para definir la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados, que aquéllos, en el caso de autos, no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio sea causal, desde que la causalidad sólo puede equipararse al caso fortuito, en cuanto en ambas circunstancias ocurren sucesos que no han podido prever se ni evitarse (art. 514, Cód. Civil). Pero el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del Gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia (reparación de una línea telegráfica nacional). Esta Corte ha dicho en casos análogos que el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad, a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado (art. 1109 y 1113 del Cód. Civil).

El alto tribunal superó el vallado interpretativo que le significaba el antiguo art. 43 del Cód. Civil, inspirado en la teoría de la ficción de la persona jurídica, y condenó al Estado nacional por los daños derivados de un incendio causado por la culpa de sus agentes al reparar una línea de telégrafo, aplicando el art. 1113 del Código Civil, a mérito de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.

---

<sup>27</sup> CSJN., “SA Tomás Devoto y compañía c/ Gobierno Nacional”, Fallos 169:111 (1933).

<sup>28</sup> CSJN., “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallo 182:5 (1938).

Al respecto, Bielsa criticó duramente los fundamentos del decisorio, para quien el problema que abordaba el fallo era de derecho administrativo y sólo podía ser resultado mediante el dictado de una ley.

Cinco años después, en “Ferrocarril Oeste c/ provincia de Buenos Aires”, la Corte Suprema condenó a la provincia de Buenos Aires a pagar a la accionante una suma de dinero que la empresa había abonado a la reivindicante del terreno para recuperar su propiedad. El origen del perjuicio sufrido por la empresa actora se encontraba en un certificado del registro de la propiedad de la Provincia, expedido en 1914, que acreditaba el dominio de un lote de terreno en cabeza de quien había sido su titular, pero ya lo había legalmente enajenado por escritura pública –anotada en el mismo registro certificante-. El informe erróneo del registro motivó que el Ferrocarril Oeste adquiriera el fundo a quien ya no era su titular y se viera sometido a un perjuicio de reivindicación por el verdadero propietario. Perdida la reivindicación, tuvo que abonar la suma (que la Corte ordena pagar a la Provincia) para recuperar la propiedad del terreno. (Pizarro, 2013)

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

Comienza por destacar la Corte que la obligación de muñirse de un certificado del Registro para escriturar una operación destinada a transmitir un inmueble presupone la obligación de prestar un servicio regular y esa obligación está dada por la provincia actuando como entidad de derecho público, quien ha decidido monopolizar la función. Estas circunstancias descartan la invocación del art. 43, cuya consideración había soslayado en la causa “Devoto”, a pesar de que en ambos casos se examinaban daños provenientes de la gestión de un servicio público.

En segundo lugar la Corte recurre a un principio de derecho común, según el cual quien contrae obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsables de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Agrega que, si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida, y que haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño que se trata, siendo así de aplicación el caso de los art. 1112 y 1113 del Cód. Civil (Marienhoff, 1993).

El tribunal fundó su decisión en el hecho del dependiente y en el denominado servicio público irregular, dando cabida, por primera vez, a la noción de falta de servicio, que varias décadas después habría de consolidarse, estableciendo que la responsabilidad del Estado se regía por los siguientes principios:

1.- El Código Civil debe considerarse de aplicación subsidiaria y supletoria del derecho administrativo en la materia. Ello significa que, en tanto éste carezca de normas especiales, no es posible dejar al Estado afuera de los principios jurídicos que rigen la responsabilidad por daños. Se juzga intolerable que el principio que consagra el *alterum non laedere* –impuesto por el Estado a los particulares- no se aplique a él, en las mismas circunstancias.

2.- No es preciso que una ley especial establezca la responsabilidad estatal, pues en ausencia de ella el Código Civil suple las deficiencias del derecho público en la materia.

3.- El art. 1113 del Cód. Civil es una norma de derecho común y una regla general que también se aplica al estado, incluso cuando actúe *iure imperii*. La propia constitución nacional declara al código civil ley básica de la nación, por lo que si ella nada dice sobre la responsabilidad estatal, esta debe regirse por la ley que reconoce como básica o común.

4.- La correlación entre los art. 1112 y 33 del Cód. Civil (este último en cuanto menciona al Estado como persona jurídica) permite sostener que hay un doble orden de responsabilidad: la del funcionario (art. 1112) y la del propio Estado (art. 33), de la misma manera que la responsabilidad por el acto propio del art 1109 no excluye la del art. 1113.

5.- La responsabilidad del Estado por irregular o anómala ejecución de sus funciones es, de tal modo, fundada expresamente sobre normas de derecho común.

6.- La responsabilidad del Estado por el hecho de las cosas de las que es dueño o guardián se rige por el art. 1113 del Cód. Civil (y antes de la reforma de 1968, por el ahora derogado art. 1133).

Poco a poco fue alongándose el campo de aplicación por dicha responsabilidad. Así fue que se aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la actividad ilícita de sus empleados en el desempeño de sus funciones (se trataba de una agente que excedió sus funciones al pretender atrapar a un presunto delincuente). Año más tarde, se formuló una distinción entre “ocasión” y “motivo” de la función del dependiente a la luz del antiguo texto art 43. Cód. Civil, juzgándose que lo relevante para comprometer la responsabilidad del estado era el “motivo” de la ejecución y no la mera ocasionalidad, desestimándose la demanda porque la función solo dio “ocasión” a la que produjera el daño.

La jurisprudencia de la Corte suprema, por esta vía, terminó obviando el vallado interpretativo que generaba el anterior art, 43 del Cód. Civil, que vedaba la responsabilidad de la persona jurídica “en caso de ser los propios órganos del ente ideal los que hubiesen provocado el daño”. Era, a no dudarlo, una interpretación de avanzada y progresista, que permitió lograr soluciones justas allí donde, en apariencia, la fría letra de la ley lo vedaba (Pizarro, 2013).

Es importante señalar que durante esta etapa se produjo la reforma de 1968 al Código Civil, lo cual tornó todavía más razonable la aplicación de los principios de dicho ordenamiento en materia de responsabilidad del Estado, al modificarse el art, 43 del Cód. Civil, estableciéndose con total amplitud la responsabilidad de la persona

jurídica por los daños causados por quienes la dirigen y administran en ejercicio y en ocasión de sus funciones.

### **4.3. Tercera época. Responsabilidad estatal directa y objetiva, amplia con basamento en la idea de “falta de servicio”.**

Con vigencia el nuevo art. 43 del C.C, el tercer período comienza en 1984 con la doctrina sentada en la causa “Vadell” y se extiende hasta nuestros días. La Corte se adhiere a una teoría elaborada por Cassagne que es “la Teoría de la falta de servicio”, basada en el artículo 1112.

#### **4.3.1. Doctrina establecida en Vadell.**

En esta causa un particular demandó la reparación de los daños económicos experimentados a raíz de un error del registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires en la expedición de un informe registral.

La Corte Suprema en instancia originaria, acogió parcialmente a la demanda dictando condena contra la provincia de buenos aires.

El alto tribunal dijo 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 responsables de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución, principio que encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civ. Y pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento del derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil, al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de la Corte Suprema en doctrina que sus actuales integrantes no comparten”

La responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, comisiva u omisiva, es concebida, de tal modo, como directa y objetiva con basamento en la noción de falta de servicio, la cual se infiere por aplicación subsidiaria del art. 1112 del C.C. se abandona – al menos en el plano de las declamaciones- a la culpa como factor de imputación, por lo que ya no es necesario acreditar la reprochabilidad subjetiva del agente; más todavía, ni siquiera individualizarlo. Basta ahora con probar “el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad”

Se abandona la aplicación supletoria del art. 1113 del C.C. en lo atinente a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente para abastecer la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público. Ello, por cierto, sin perjuicio de la responsabilidad personal concurrente del agente o funcionario y de las acciones de regreso que puedan corresponder co0ntra éste en caso de que el Estado deba afrontar el pago de las indemnizaciones.

#### **4.3.2. ¿Es la doctrina de la falta de servicio el único fundamento que admite la Corte Nacional en materia de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima?**

Así parece entenderlo una calificada doctrina, que sostiene enfáticamente dicha aseveración. Tratándose de responsabilidad por acto ilícito o ilegítimo, el único factor de atribución aplicable sería la falta de servicio, en tanto que, en materia de responsabilidad por actos lícitos, la falta de atribución anidaría en la idea de sacrificio especial, colorario necesario del principio de igualdad constitucional frente a las cargas públicas. Concebida de tal modo la cuestión, el art 1113, párr. 2, del c.c. no sería aplicable, por lo que también los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa de la que el estado es dueño o guardián (por ejemplo un automotor) debería resolverse por aplicación de la mencionada doctrina de la falta de servicio.

Es una idea absolutamente inaceptable, que ha sido descalificada por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, que viene aplicándose sin vacilaciones dicha normativa para condenar al estado. No hay razón alguna para no hacerlo. Reconocer que la falta de servicio sea falta de atribución de responsabilidad del Estado por actividad ilícita o ilegítima no significa, de modo alguno, que sea el único posible (Pizarro, 2013).

### **5. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad.**

El tema que abordaremos se centra dentro de los requisitos o presupuestos necesarios para que se torne viable la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo por su actividad ilícita. Ellos son: 1) daño resarcible, 2) posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal al cual pertenece el órgano que los ocasionó, 3) la existencia de un factor de atribución y 4) la relación de causalidad.

#### **5.1. Daño resarcible. Requisitos.**

No hay responsabilidad patrimonial del Estado sin daño. Es menester, por ende, que la conducta omisiva o comisiva de aquél cause un perjuicio patrimonial o moral resarcible al administrado.

En sentido jurídico, el daño consiste en la lesión antijurídica<sup>29</sup> a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales.

No cualquier daño (patrimonial o moral) causado a otro es susceptible de resarcimiento. El derecho no impone al autor del acto ilícito, como es obvio, la obligación de responder por todas las consecuencias que de cualquier modo hayan derivado del acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de su actividad individual y de los intereses de la sociedad misma, que el derecho trata de

---

<sup>29</sup> El daño es antijurídico no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino porque el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva), dando que no existen causas de justificación que lo legitimen.

regular y favorecer (suele distinguirse entre daño de hecho - no resarcible - y daño jurídico - resarcible-).

¿Cuándo un daño es resarcible? Comparto con Pizarro (2013), para ser resarcible, el daño debe ser cierto, personal del accionante y derivar de una lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado. Analizaremos brevemente estos requisitos.

### **5.1.1. Certidumbre.**

El daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda constatarse su cuantía con exactitud.

La certidumbre del daño se relaciona con consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. Un daño puramente eventual o hipotético no idóneo para generar consecuencias resarcitorias.

Cuando el daño es eventual- esto es, ya producido al momento de dictarse sentencia-, el juicio de valoración acerca de su existencia y cuantía se realiza en términos de máxima certeza, sin que eso importe desconocer el margen de relatividad que siempre tiene la determinación del quantum indemnizatorio en materia de daño moral.

En materia de daño futuro, esto es, aquel que todavía no se ha producido al tiempo de dictarse sentencia, pero que se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, siempre hay un grado de aleatoriedad que no es incompatible con la idea de certidumbre. Cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente, en función de las consecuencias del caso, y no como una simple posibilidad contingente, el daño futuro será cierto (Pizarro, 2013).

### **5.1.2. El daño debe ser personal del accionante.**

Ello significa que solo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral, de manera directa o indirecta, puede reclamar su resarcimiento.

Por ausencia de este requisito, no es posible demandar como propia la reparación de un daño causado a un tercero.

El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito (el daño moral experimentado por quien resulta protagonista por una noticia que falazmente lo sindicaba como corruptor de menores, o por quien sufre una minoración en su integridad psicofísica). Es indirecto cuando el perjuicio propio invocado por el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero, tal lo que sucede por ejemplo en el supuesto homicidio, ámbito en el cual la viuda y los hijos del muerto - damnificados indirectos - pueden reclamar, jure proprio, la reparación del perjuicio material y moral derivado de la muerte de un tercero – víctima - (Pizarro, 2013).



### **5.1.3. Lesión a un simple interés jurídicamente protegido:**

Encontramos aquí un doble nivel de exigencia.

#### **5.1.3.1. La lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño resarcido.**

Cierto sector de la doctrina exige como presupuesto del daño resarcible que medie una lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo. Quienes se adhieren a esta idea parten de la premisa básica de la necesidad de evitar la excesiva proliferación de damnificado a raíz del acto dañoso. El acto ilícito puede afectar de manera refleja, patrimonial o espiritualmente, a un considerable número de personas, además de a la víctima inmediata.

En materia de daño patrimonial, esta doctrina procura encontrar sustento en el art. 1068 del Código Civil que constituiría una limitación a la solución amplia que emerge del art. 1079.

En materia de daño moral se hace hincapié en el art. 1068 del Código Civil que consagra un sistema rígido a la hora de determinar los legitimados activos, otorgando acción solo al damnificado directo y, de modo excepcional, a sus herederos forzosos, cuando a raíz del ilícito se hubiese producido la muerte de la víctima.

#### **5.1.3.2. La doctrina del simple interés (no ilegítimo).**

Sostiene que es suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho; esto es, a un simple interés de hecho no ilegítimo.

Comparto estas ideas. Además de los derechos subjetivos y de los intereses jurídicos, legítimamente protegidos, están los simples intereses no ilegítimos, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cuya minoración también puede generar un daño resarcible. Se trata de intereses que carecen de un medio de protección (legítimo) para asegurar su satisfacción, sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al derecho, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible.

En materia de daño patrimonial, la normativa amplia de los art. 1079 y 1069 del Cód. Civil no permiten extraer otra conclusión que la propiciada por la doctrina. Basta, pues, con la existencia de un simple interés no ilegítimo ligado al mantenimiento de una cierta situación fáctica, minorada por el ilícito, para que estemos en presencia de un daño jurídico y, en principio, resarcible.

En el ámbito del daño moral el tema también presenta importancia, aunque la solución normativa vigente en materia de legitimación activa (art. 1078 Cód. Civil) impone un criterio más rígido. El damnificado directo – único que, como principio, tiene derecho a obtener reparación del daño moral- debe verse afectado a un interés simple no ilegítimo, de naturaleza extrapatrimonial (o, con mayor razón, en un interés legítimo o en un derecho subjetivo). El criterio es más estricto respecto de los damnificados indirectos, pues la ley sólo los habilita a reclamar la reparación del daño moral (*iure proprio*) a los herederos forzosos, cuando como consecuencia del hecho se

hubiese producido la muerte de la víctima. La calidad de damnificado moral indirecto está ligada a la existencia de un específico interés legítimo de afectación vinculado a la víctima del evento, que es objetivamente determinado por la ley al tiempo de otorgar la legitimación activa (Pizarro, 2013).

#### **5.1.4. Subsistencia del daño.**

El daño debe subsistir al momento de dar sentencia. Nadie puede pretender la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido.

Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño su obligación queda extinguida por pago o por algunos de los otros modos extintivos que prevé el código civil.

Puede suceder-especialmente en materia de daño patrimonial-que la propia víctima solvente el perjuicio, costeadando con su propio patrimonio el valor de reposición o reparación del bien destruido. En tal caso, el perjuicio subsiste y debe ser indemnizado.

Si el daño es reparado por un tercero, el *solvens* estará legitimado para obtener del responsable (deudor) lo que ha pagado.

Cuando el tercero ha pagado con asentimiento expreso o tácito, del responsable, tendrá a su elección la acción de mandato (arts. 1946, 1949, 1953 y concs. Código Civil) o de la que nace del pago con subrogación (art. 7768, inc. 3°).

Si lo hizo con ignorancia del responsable dispondrá también a su elección de la acción que nace de la gestión de negocios (art. 2298 Código Civil), o de la de pago con subrogación.

Finalmente, si paga contra la voluntad del deudor-responsable-, únicamente podrá ejercer contra él la acción de enriquecimiento sin causa, en la medida en que le hubiese sido útil el pago (art. 728 Código Civil y su nota) (Pizarro, 2013, pág. 205).

## **5.2. Imputación material del hecho generador del daño a la Administración pública.**

Es preciso que el daño sea atribuible jurídicamente al Estado o, lo que es igual, que el menoscabo haya sido causado por un órgano del Estado, o por el riesgo o vicio de cosas riesgosas de las que aquél es dueño o guardián.

El autor material del hecho dañoso debe estar integrado a la estructura de la Administración y que actúe en ejercicio o con ocasión de sus funciones (Pizarro, 2013).

Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución positiva prescripta en el ámbito del Cód. Civil donde “los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna”. De este modo la Administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o

el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones.

Entonces, como se ha visto, el Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada (por ejemplo en el supuesto de la rotura de un cable del ascensor en un edificio que pertenece a la administración), por no cumplir de una manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio (Cassagne, 1998).

### **5.3.Relación de causalidad.**

La necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad. La teoría de la causalidad adecuada<sup>30</sup> vincula materialmente, de manera directa, al incumplimiento obligacional o al hecho ilícito aquiliano con el daño y, de manera sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución (Pizarro, 2013).

Es importante destacar que, si bien se requiere que el vínculo causal sea directo, no es preciso que sea exclusivo. En efecto, no se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado no sólo por la actividad de la Administración, sino también por el hecho de un tercer o la acción de la propia víctima o un supuesto de caso fortuito. En tales casos, corresponde exonerar parcialmente a la Administración de su responsabilidad y hacerla responder proporcionalmente a su participación en el evento dañoso (Perrino, 2004).

Se trata de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido a una persona física o jurídica, en nuestro caso, al Estado. Adviértase que tal indagación es independiente de la jurídica y antijurídica de la conducta del agente y del juicio de reproche subjetivo (culpabilidad) que eventualmente pueda corresponder.

La comprobación de la relación de causalidad en modo alguno importa responsabilidad civil; sólo constituye uno de sus elementos.

Cabe, de tal modo, que pueda haber relación de causalidad sin que medie culpabilidad (daño causado por un menor de cinco años), o existir causalidad sin responsabilidad -daños inferidos en legítima defensa- (Pizarro, 2013).

Admitida esta conclusión, surge de inmediato un nuevo problema. ¿Qué criterio debe presidir la determinación de si un hecho se ajusta o no al curso regular de las cosas?

Hay diferentes corrientes de pensamientos con respecto al tema, pero conviene tener presente que, dentro de nuestro Cód. Civil, el criterio de previsibilidad en abstracto que impera en la relación de causalidad adecuada toma en cuenta aquellos supuestos en los cuales, por distintos motivos, la previsibilidad del agente es superior

---

<sup>30</sup> Estrechamente ligada a la idea de regularidad, al curso normal y habitual de las cosas según la experiencia de vida, a lo que normalmente acostumbra a suceder. Solo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado.

a la que corrientemente resulta dable exigir: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (art. 902 Cód. Civil).

#### **5.4. Factor de atribución.**

Es menester, finalmente, la presencia de un factor de atribución que justifique la obligación de resarcir del Estado, provenga tanto de su actividad ilegítima como legítima.

Por factor de atribución se entiende el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado. Mediante esta figura se explica la razón por la cual un determinado sujeto deberá soportar los efectos del daño producido (Perrino, 2004).

Se ha señalado que, de un modo mediato, la responsabilidad estatal se fundamenta en los principios que nutren el Estado de derecho, emergentes de la Constitución nacional. De manera inmediata, sin embargo, la razón de ser de la obligación de resarcir puede encontrar matizaciones de relevancia, en lo que atañe al factor de atribución, siendo necesario indagar con mayor profundidad en torno a él, habida cuenta de las particularidades o modalidades que la responsabilidad puede presentar.

De allí que la falta de servicio, el riesgo creado y el sacrificio especial sean los principales factores de atribución relevantemente suficientes para que aquella se configure.

Se tratan de factores objetivos de atribución, que hacen abstracción de la idea de culpabilidad y que sustentan la responsabilidad estatal en parámetros de aquella naturaleza (Pizarro, 2013).

##### **5.4.1. Doctrina de la falta de servicio. Fundamentación.**

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita de derecho público del Estado, el factor de atribución más importante es la falta de servicio, el cual se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración pública, ya sea por la acción o por omisión cuando pesaba sobre aquella la obligación de actuar (Perrino, 2004).

Tiene gran importancia en la actualidad, pues ha sido receptada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa “Vadell”, de 1984, en materia de responsabilidad del Estado por actividad ilícita o ilegítima, comisiva u omisiva. Estaríamos, de tal modo, ante una responsabilidad objetiva y directa del Estado, que no requiere que se individualice al agente causante del daño para su configuración (Pizarro, 2013).

Son profusos los casos en los cuales se ha condenado al Estado por su obrar anómalo, entre otros, podemos citar los siguientes: perjuicios ocasionados por errores y omisiones de los registros de propiedad, daños padecidos por internos en las cárceles,

demora injustificada en la realización de trámites administrativos, daños producidos por la deficiente realización de obras públicas, etc.

En cuanto a su fundamentación, se afirma que la doctrina de la falta de servicio estaría consagrada en el art. 1112 del Cód. Civil, según el cual “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”.

Se inscriben dentro de esta doctrina, entre otros, los siguientes supuestos de responsabilidad estatal por falta de servicio: inadecuado funcionamiento del servicio de justicia, irregularidades en los registros de propiedad, poder de policía de seguridad y su inadecuado ejercicio en espectáculos públicos, irregular prestación del servicio penitenciario en establecimientos carcelarios, etc.

#### **5.4.1.1. Aplicación del art. 1112 del Código Civil.**

Se ha visto que la prescripción contenida en el art. 1112 del Cód. Civil regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Se trata, evidentemente, de una norma de derecho público, puesto que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad sin conectarla con la responsabilidad indirecta del art. 1113 de dicho código. En tal sentido, la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aun cuando no excluye la posibilidad de que se configure la falta personal del agente público.

En suma, el concepto de falta de servicio se independiza de la noción de culpa, configurándose como el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio para lo cual ha de realizarse una verificación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Aún con la reserva acerca de la regulación de la responsabilidad del Estado en el Código Civil, corresponde señalar que en el Proyecto de Unificación del Código Civil con el de Comercio, el art. 1675 prescribe que “el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar a su autor”, lo que, obviamente, excluye la culpa como factor de atribución. (Cassagne. 1998).

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

La responsabilidad del Estado por falta de servicio tendría, de tal modo, fundamento exclusivamente de derecho público y se orientaría a “restablecer el equilibrio a fin de mantener la igualdad antes los daños causados por el Estado”, constituyendo una aplicación concreta del principio de igualdad ante las cargas públicas (Pizarro, 2013).

Colorario de este razonamiento es que la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima se fundamentaría en la falta de servicio, sólo en la falta de servicio y nada más que en la falta de servicio. De tal modo no sería aplicable el Estado la responsabilidad por riesgo creado que emerge del art. 1113 del Cód. Civil, parra. 1º, ni tampoco la que consagra el párr. 2º para los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

#### **5.4.2. Responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo creado. Principales aplicaciones.**

Según Pizarro (2013), defensor de esta teoría, nada impide que ciertos supuestos de responsabilidad del Estado puedan quedar atrapados en el art. 1113 del Cód. Civil y en la teoría del riesgo creado que esta norma consagra. Las mismas conclusiones valen en materia de derecho del consumidor con las previsiones del art. 40 y concs. de la ley 24.240, normativa de orden público, cuya aplicación al Estado deviene insoslayable cuando la Administración central o entidades estatales descentralizadas revisten el carácter de proveedores profesionales en una relación de consumo.

Estas disposiciones rigen de manera directa y no por analogía. En consecuencia, toda pretensión de inaplicabilidad de esa normativa al estado requerirá, necesariamente, de su previa declaración de inconstitucionalidad, lo cual por lo demás, sería absurdo.

La jurisprudencia ha hecho aplicación frecuente del art. 1113 del Cód. Civil en materia de responsabilidad del Estado, pudiendo mencionarse diversos ejemplos:

- a) Daños causados por *automotores* cuya propiedad o guarda le corresponde al Estado.
- b) Como regla, los daños causados con *armas de fuego* cargadas, cualquiera que sea su tipo, al igual de los explosivos y las sustancias de esa naturaleza, son emplazables dentro de la categoría que nos ocupa y alcanzados, consecuentemente, por las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil<sup>31</sup>.
- c) La misma solución vale para los *artículos de pirotecnia*, cuya utilización genera con alarmante frecuencia accidentes de distinta índole.
- d) Se ha responsabilizado a quien *produce y transporta electricidad* por los daños sufridos por terceros en la vía pública, particularmente cuando provengan de deficiencias en las condiciones de seguridad que requiere tan delicada actividad.

---

<sup>31</sup> CSJN., “Baeza, Silvia c/provincia Bs. As.” Fallos: LL, 2011-C218 (2011).

De igual modo, puede responder la municipalidad cuando tenga a su cargo la guarda y el cuidado de cables de otros mecanismos eléctricos emplazados en sectores urbanos, tal lo que sucede por ejemplo, con los implementos eléctricos que se colocan en fuentes de agua en plazas públicas.

- e) Daños provocados por el mal estado de calles o rutas, derivados, por ejemplo, de baches, montículos de tierra, defectos de señalización, etc.<sup>32</sup>

En apoyo a estas ideas, se sostiene que la protección que brinda el art. 1113 del Cód. Civil es muy superior a la que emerge de la doctrina de la falta de servicio, desde el mismo momento en que, al amparo de las presunciones que emergen de aquél, la víctima no tiene que sortear la complejidad que significa la prueba de la falta de servicio. Le alcanza con acreditar la intervención activa de la cosa en la producción del daño, para que se presuma que él proviene del riesgo o vicio de la cosa y quede en cabeza del legitimado pasivo (dueño, guardián o sujeto que realiza la actividad riesgosa) la demostración de la interrupción del nexo causal para liberarse.

Las eximentes idóneas para enervar la responsabilidad que nos ocupa son el hecho o culpa de la víctima, el hecho o culpa de un tercero extraño<sup>33</sup>, el caso fortuito y el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

## **6. Extensión del resarcimiento.**

La doctrina y jurisprudencia absolutamente dominantes admiten la vigencia del principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado por la actividad ilegítima del Estado.

Consecuentemente, puede señalarse lo siguiente:

- a) La extensión del resarcimiento, tanto en materia contractual como extracontractual, es reglada por los arts. 519 a 522, 622,901 y ss., y 1077 a 1079 y concs. del Cód. Civil. Es plenamente resarcible el daño moral.

- b) Rige el art. 1083 del Código Civil en lo atinente a la forma y modo de efectuarse la reparación (in natura o en dinero).

- c) La valoración y cuantificación de la indemnización por daño patrimonial y moral se ajusta a los parámetros antes indicados.

- d) Es aplicable el art. 1069 del Cód. Civil.

---

<sup>32</sup> En este sentido, en la causa “Bullorini”, la Corte nacional expresó que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos.

<sup>33</sup> S.C. Mendoza, sala I, 21/5/09, LLGC, 2009-641, donde se resolvió que “resulta improcedente el reclamo indemnizatorio incoado por el actor en orden a la pérdida o destrucción de la cosecha existente en un inmueble de su propiedad como consecuencia de la inundación provocada por el desborde de un canal, toda vez que se acredita que el taponamiento que generó dicho desborde se produjo por el hecho de un vecino que tiró al caudal del río una cantidad importante de residuos, siendo éste un hecho de un tercero inevitable para la Dirección General de Irrigación y por quien no debía responder conforme la eximente prevista en el art. 1113 del Cód. Civil”.

## **7. Prescripción de las acciones resarcitorias frente al Estado.**

A los efectos de estudiar cuando prescribe la acción del particular para demandar al Estado por los daños causados por hechos y actos administrativos, no cabe distinguir los supuestos en que los daños sean producidos por actos lícitos o por actos ilícitos de la administración. Se trata siempre, en suma, de responsabilidad aquiliana del Estado, que ha sido el causante del perjuicio por su actividad administrativa. En consecuencia el particular tiene un término de dos años para interponer la acción que correrán a partir del momento de producido el daño (Diez, 1981).

Debe destacarse sin embargo, que la reciente ley de responsabilidad del Estado en su art. 7 establece un plazo de tres años para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.



## Capítulo IV

### RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS LÍCITOS.

#### 1. Introducción.

Trataremos en esta oportunidad los supuestos en los que el Estado, en ejercicio de su actividad extracontractual lícita, esto es sin culpa, falta, actuación irregular, ni dolo y en procura de un beneficio para la comunidad, origina un daño particularizado, generándose así su responsabilidad objetiva para su compensación, indemnización o restitución.

#### 2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de daños derivados de actividad estatal legítima.

También en esta materia la jurisprudencia del alto tribunal registra una interesante evolución.

Hasta 1943, la Corte Suprema exhibía criterios contrarios a la responsabilidad estatal por actos lícitos<sup>34</sup>. *En ese año cambió su posición, en el célebre fallo dictado en la causa “Laplacette”<sup>35</sup>, y consagró la responsabilidad del Estado por acto lícito, ante una demanda de daños y perjuicios producidos como consecuencia de una inundación, a raíz de la construcción de una obra pública. El alto tribunal dijo que dicha responsabilidad nacía de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Const. Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía era necesario buscarla – a falta de disposición legal expresa- en los principios del derecho común pues, de lo contrario, aquella devenía ilusoria.*

Sin embargo, los movimientos erráticos que caracterizaban la jurisprudencia del alto tribunal lo llevaron, ocho meses después, a una solución opuesta, con la firma de los mismos jueces, donde se reiteró la doctrina que consagró la irresponsabilidad estatal cuando se trataba del ejercicio de un derecho propio.

A partir de la causa “SA. Corporación Inversora Los Pinos c/municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>36</sup>, la Corte Suprema admitió, invariablemente, la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Éste es el primer precedente absolutamente categórico que abandona la idea de que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir en ilícito ningún acto (Pizarro, 2013).

---

<sup>34</sup> CSJN., “Establecimientos Americanos Gratra S.A. c/ Nación” Fallos 180:107 (1938).

<sup>35</sup> CSJN., “Laplacette, Juan c/provincia de Buenos Aires”, Fallos 195:66 y LL 29-697 (1943).

<sup>36</sup> CSJN., “SA. Corporación Inversora Los Pinos c/municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” Fallos 293:617 (1975).

### **3. El debate en torno a la denominada “responsabilidad del Estado por su actividad legítima”**

Excepcionalmente se admiten supuestos de responsabilidad por actividades lícitas, tanto en el derecho privado como en el derecho público.

En el derecho civil encontramos aplicaciones concretas de responsabilidad por actos lícitos en los casos de perjuicios causados por búsqueda de un tesoro en predio ajeno (art. 2553), de reparación del daño necesario, al igual que en los supuestos de menoscabos que se causen en ejercicio regular de una servidumbre de paso (art. 3077) o de acueducto (arts. 3082 y 3085), entre otros.

De igual modo, en el derecho público se receptan, con mayor amplitud, importantes supuestos de reparación de daños que derivan de la actividad legítima de la Administración, cuando ella sacrifica de manera desigual y desproporcionada intereses particulares en beneficio del interés general, basada en la doctrina del sacrificio especial, con sustento en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Más todavía, suele utilizarse una terminología diferente para denominar los supuestos de daños derivados de una actuación estatal ilícita (responsabilidad) y lícita (teoría de la indemnización o del sacrificio).

Concebida de tal modo la cuestión, se admite pacíficamente que los daños emergentes del obrar legítimo del Estado pueden ser resarcidos cuando se configuren los requisitos comunes de la responsabilidad y también unos elementos específicos: existencia de sacrificio especial por parte del damnificado y ausencia de un deber de soportar el menoscabo por quien pretende la reparación.

### **4. Requisitos necesarios.**

Analizaremos seguidamente los elementos imprescindibles para que se configure la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

#### **4.1. Comunes.**

Remisión al capítulo III. Los requisitos generales: imputabilidad material del acto-hecho a un órgano del Estado, daño resarcible y relación causal adecuada entre el referido accionar del Estado y el menoscabo, dichos requisitos no ofrecen ninguna particularidad de relevancia en el tema que nos ocupa, por lo que son aplicables las consideraciones generales vertidas con anterioridad. En este caso, el factor de atribución cambia, se exige un sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño.

#### **4.2. Propios de la figura.**

Son los requisitos específicos de la responsabilidad estatal por acto lícito, la configuración de un sacrificio especial o singular por parte del damnificado y, además, la ausencia de deber de soportar el daño.

#### 4.2.1. Sacrificio especial (o singular) por parte del damnificado.

Es menester que el damnificado experimente un sacrificio especial o singular, el cual se configura “cuando una norma de alcance general (ley o reglamento) impone a una persona o grupo de personas, una carga específica o mayor que al resto de los alcanzados por aquélla, generándole así un perjuicio diferenciado”, que excede el deber normal de soportar las cargas públicas.

La teoría del sacrificio especial sostiene que los ciudadanos deben soportar los perjuicios que derivan de la actividad estatal legítima, pues ellos hacen a la propia existencia del Estado. Sin embargo, cuando tal menoscabo afecta a un individuo en particular, o a varios, de manera desigual y desproporcionada, se configura una situación de sacrificio especial, o singular, que debe ser indemnizada, no sólo por razones de equidad, sino también para preservar la garantía de igualdad constitucional frente a las cargas públicas (art. 16, Const. Nacional) y el derechos de propiedad del damnificado (arts. 14 y 17). Debe haber una afectación concreta de derechos adquiridos, y no la frustración de meras expectativas.

La determinación de la existencia de dicho sacrificio especial está imbuida en un profundo pragmatismo y librada a la determinación del juez de la causa. “No hay reglas precisas y claras. Es verdad – dice Mosset Iturraspe – que se computan los fines del Estado, las razones que motivan su obrar, así como se aprecia la generalidad o particularidad del sacrificio, pero ellos es consecuencia, más que de un “tipo de daño del derecho público”, de la índole o calidad del victimario, la persona jurídica pública necesaria, el Estado”.

Se exige que el daño sea *anormal*, expresión que debe ser entendida en el sentido de que exceda las molestias e inconvenientes que razonablemente impone la convivencia social. Se trata de un estándar que el magistrado utiliza con cierta flexibilidad y que remite, evidentemente, a la intensidad del daño. Es, en definitiva, una cuestión de hecho que debe ser sopesada en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar y, sobre todo, de la índole de los intereses afectados. Hay daños, como los que derivan de la minoración a la integridad psicofísica de una persona, que deben ser reputados “anormales” por definición.

El daño debe ser, además, *especial*, expresión que quiere poner énfasis en que resulte sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable. Algunos autores proponen, con razón, que el criterio de la especialidad no sea solamente aritmético (ponderable en función del número de personas afectadas), sino que también tenga en cuenta las posibles diferencias que pueden darse cuando una persona resulte particularmente perjudicada, dentro de una categoría de afectados.

Por ausencia de estos requisitos se ha considerado que no cabe responsabilidad “a la Administración por los perjuicios que ocasionó al actor el cambio legislativo operado mientras se estaba analizando la factibilidad de su petición, tendiente a desarrollar una actividad lícita –en el caso, agencia de remises y fletes en cierta área de la ciudad de La Plata-, la que resultó prohibida de modo sobreviniente por la nueva normativa, pues ésta toma la situación existente al tiempo de su dictado sin que ello vulnere derecho adquiridos antes de su entrada en vigencia – art. 3º, Cód. Civil-”.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen de la procuradora fiscal, rechazó la demanda promovida por una persona que se dedicaba a la pesca contra la Entidad Binacional Yacyretá, reclamándole el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le ocasionó el quebranto de su actividad comercial, a raíz de la construcción de la represa hidroeléctrica Yacyretá. Sostuvo para ello que no es posible presumir la existencia de un derecho subjetivo particular sobre recursos humanos naturales de un río, que genere derechos indemnizatorios. “Cuando se trata de la pretensión de reconocimiento de daños y perjuicios causados por el obrar ilícito del Estado –dijo el alto tribunal- únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio pueden generar un derecho a tal resarcimiento”.

Nada impide que más de una persona pueda resultar damnificada por la actividad lícita del Estado, con lo cual la solución no varía por el hecho de ser pocos o muchos los afectados. Se trata de una cuestión que se determina en base a parámetros cualitativos y no cuantitativos; así, “habrá de referirse a los individuos que se encuentren en una situación determinada, que resulten afectados de un modo específico”, idea que conduce a descartar la reparación de perjuicios que tengan carácter general y uniforme sobre los ciudadanos, en cuanto miembros de la colectividad.

Cuando el número de afectados por un sacrificio especial es muy elevado y termina alcanzando a la mayor parte de la comunidad, la figura pierde en gran medida su esencia, desde el mismo momento en que, si la carga es soportada por gran parte de aquélla, la pretensión de la reparación por toda la comunidad sólo aliviaría de manera momentánea a algunos pero sin restablecer el equilibrio. Por lo demás, conduciría inexorablemente a que un sector minoritario de la población termine indemnizando a una mayoría de afectados, lo cual puede devenir económicamente impracticable”. “El sacrificio que sufre el actor debe ser superior en su intensidad al que debe soportarse como consecuencia de la vida en sociedad”.

Ello lleva a pensar que la teoría del sacrificio no funcionaría en casos de perjuicios cuantitativamente extendidos sobre los particulares, sin que esto importe desconocer que podría llegar a invocarse la aplicación del art. 1069, párr. 2º, del Cód. Civil. En estos últimos supuestos estaríamos frente a una limitación a los derechos de todos, impuestos mediante una carga pública. “A mi entender – dice Bianchi-, habrá una situación jurídicamente protegida en la medida en que la comunidad de afectados sea suficientemente reducida como para que el resto pueda soportar el costo económico de la indemnización. De lo contrario, esa protección jurídica, basada en el perjuicio de unos pocos en beneficio de muchos, desaparece”. El problema, sin embargo, consiste de determinar cuál será el punto de inflexión en donde el sacrificio especial, proyectado sobre un número más o menos significativo de afectados, desaparece, se desvanece, y se torna en una carga pública, lo cual en definitiva, será una cuestión de hecho que habrá que valorarla caso por caso (Pizarro, 2013).

#### **4.2.2. Ausencia de un deber jurídico que imponga al damnificado soportar el daño.**

No procede la reparación del daño que deriva de actividad lícita del Estado, aunque ella configure un sacrificio especial para el damnificado, cuando pese sobre este último el deber jurídico de soportar el menoscabo.

¿Cuándo se configura esta situación?

Parece fuera de duda que el deber de soportar el daño debe derivar de un título o causa que jurídicamente imponga el perjuicio al afectado. Tal lo que sucede cuando la propia ley asigna al administrado el deber de tolerar el menoscabo sin derecho a indemnización (o bajo regímenes especiales), supuesto en el cual, en tanto no sea declarada inconstitucional, resultará apta para enervar la reparación pretendida. El tema asume especial relieve en el caso de muerte de militares y policías en actos de servicios.

Las mismas conclusiones valen cuando en un contrato se ha establecido que el afectado deba soportar el perjuicio frente a ciertos actos legítimos de la Administración, cuestión frecuente en las contrataciones administrativas.

No faltan quienes incluyen en este contexto a las actividades ilícitas, inmorales, peligrosas o perjudiciales para terceros.

Sin embargo, la realidad muestra criterios aún más flexibles, que incluyen como supuestos de daños provenientes de actividad legítimas del Estado a menoscabos que se consideran tolerables o, mejor dicho, que deben ser soportados por los administrados, ya como una suerte de “precios que se paga por vivir en sociedad”, o bien por otras circunstancias atribuibles al dañado, que son reputadas aptas para enervar su derecho a la reparación (Pizarro, 2013).

### **5. Supuestos de aplicación.**

#### **5.1. Realización de obras públicas.**

Se ha reconocido el derecho a la reparación del daño derivado de actividad estatal legítima a favor de las personas afectadas en el pleno ejercicio de su derecho de propiedad con motivo de la ejecución de obras públicas, tales como la realización de autopistas, cuando ella apareja la disminución de visibilidad de los inmuebles, o la pérdida de luminosidad, o ruidos molestos por la intensa circulación vehicular, etc.; o con la habilitación de calles o sendas peatonales, cerradas o limitadas severamente al tránsito vehicular, cuando ella trae aparejada el cierre de cocheras o playas de estacionamiento.

En este orden se ha indemnizado al propietario de un restaurante por los daños derivados de la remodelación de una ruta, hasta su finalización y consiguiente reapertura del negocio.

## **5.2. Actos normativos.**

La responsabilidad por actos normativos ocupa un lugar preponderante. Advertimos, desde ya, que –cuando se trata de normas declaradas inconstitucionales– la responsabilidad del Estado no se enmarca en la temática que nos ocupa (por actos lícitos) sino por acto ilícito.

Nos interesa, por el momento, la posible responsabilidad del Estado derivada de la sanción de leyes que no son declaradas inconstitucionales, cuando perjudican a ciertos particulares.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, en un primer momento, se mostró renuente a conceder tales indemnizaciones, argumentando que, si la norma es constitucional, aunque produzca daños, no genera derecho alguno a la reparación. Sin embargo, de modo gradual, fue generando una apertura prudencial, en casos en los cuales resultaba írrito excluir la responsabilidad. Tal lo sucedido, por ejemplo, con una ley que establecía el monopolio estatal de una industria lícita, afectando a quienes hasta el momento la ejercían o en otros casos en los cuales el daño para ciertas y determinadas personas resultaba, en definitiva, de un acto normativo irreprochable. O con un decreto que prohibía la importación de determinados productos, con la finalidad de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional y que afectaba un contrato de crédito documentado, finiquitado y pagado con anterioridad a que se dictara, y una compraventa internacional en vías de ejecución. La Corte Suprema se pronunció por la constitucionalidad de la medida, pero ordenó la reparación del menoscabo producido por la actividad lícita.

## **5.3. Revocación legítima de actos administrativos por razones de oportunidad, conveniencia o mérito.**

Entran en esta tipología los daños causados por el Estado en caso de revocación legítima de actos administrativos por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, particularmente cuando ellos determinan la revocación o caducidad de permisos, licencias o autorizaciones otorgadas. Las mismas conclusiones valen para la rescisión de contratos administrativos por análogos fundamentos. En tales circunstancias es altamente probable la causación de un daño al licenciatario, permisionario o autorizado, o al co-contratante, quien confiado en la legitimidad de su derecho comienza la realización de actividades y obras, que luego se ve obligado a interrumpir al extinguirse unilateralmente el vínculo que legitimaba su actuación. Se trata de una responsabilidad que, por lo general, es por incumplimiento obligacional o contractual.

Lógicamente, carecerá de derecho a la indemnización el afectado que diere lugar con su conducta a los actos administrativos en cuestión.

#### **5.4. Daños causados por fuerzas de seguridad.**

Se menciona también, como supuesto típico de responsabilidad del Estado por acto lícito, la que proviene de daños causados por fuerzas de seguridad, en cumplimiento regular de sus funciones; tal lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de que un particular resulte dañado por una bala que ha disparado la policía mientras reprime un delito. “No hay aquí actividad ilícita”, dice Mairal, pues “se trata de un accidente, pero así como todos nos beneficiamos con el actuar de la policía en cuanto defiende la seguridad pública, también tenemos que indemnizar todos los perjuicios que sufren los terceros ajenos al hecho, como ocurre con el transeúnte que cae alcanzado por el disparo. Es un caso de actividad lícita, pero que hace responsable al Estado.

Según Mosset Iturraspe, “cuando un vigilante en la persecución de un ladrón, dispara contra un vecino sentado al frente de su casa –por las razones que fueren: negligencia, imprudencia o impericia, o por miedo o precipitación- no está obrando de manera lícita”. Este tipo de sucesos, por lo general, plasman procederes antijurídicos, verdaderas “faltas de servicio”, para utilizar la terminología tan grata a la doctrina administrativa (Pizarro, 2013).

Sin perjuicio de todo ello considero que, en tal supuesto, la imputación puede también formularse basada en el art. 1113, párr. 2º, parte 2º, del Cód. Civil, supuesto en el cual la antijuridicidad objetiva por causación de daño con una cosa riesgosa o peligrosa, como es un arma de fuego, subsiste, quedando emplazada la responsabilidad estatal en el terreno de la antijuridicidad y no en el ámbito que ahora analizamos.

#### **6. Extensión del resarcimiento.**

Hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regula la responsabilidad del Estado sancionada recientemente por la Cámara de Senadores de la Nación y promulgada por el Poder Ejecutivo, corresponde aplicar analógicamente las reglas que rigen en materia de expropiación (ley 21.499). Sólo es indemnizable el daño emergente derivado del acto lícito y no el lucro cesante, ni menos aún el daño moral; es más una compensación que una indemnización.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido tradicionalmente esta orientación en numerosos pronunciamientos, limitando el principio de reparación plena a los daños que provienen de actividad ilícita de la Administración y excluyendo el lucro cesante en los casos de responsabilidad por acto lícito.

## Capítulo V

# ANÁLISIS SOBRE LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL Y DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

### 1. Introducción.

El Congreso de la Nación sancionó la nueva Ley de “*Responsabilidad del Estado Nacional, de sus funcionarios y agentes públicos*”, sobre la base de un Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo. Esta ley forma parte del conjunto de normas que integran las leyes federales por lo que sus disposiciones no serán de aplicación a los daños provocados por las provincias, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por los municipios, solo se aplicarán a la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.

La tarea de nuestra Corte en este sentido ha sido decisiva y de carácter evolutivo. No se puede desconocer la jerarquía y trascendencia que poseen sus precedentes, como cabeza del Poder Judicial (art. 108 de la C.N.), quien durante los últimos 100 años, fue la encargada de diagramar el régimen jurídico aplicable a pesar de que algunas de las soluciones consagradas en la ley que comentamos se apartan de su doctrina judicial.

Esta ley regula la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas. Determina que la sanción pecuniaria disuasiva sea improcedente. Exceptúa la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del Código Civil a dicha responsabilidad. Exime de responsabilidad al Estado en determinadas circunstancias. Establece los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima limitando la extensión de la reparación a la vez que excluye de esta responsabilidad los daños causados por la actividad judicial. Desliga al Estado de toda responsabilidad por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios. Incluye plazos para demandar al Estado por actividad ilegítima, reglamenta la responsabilidad de los funcionarios o agentes causantes de daño estableciendo plazos de prescripción. Remite a normas específicas la responsabilidad contractual del Estado e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de la ley.

Ahora bien, expuesto lo cual, únicamente desarrollaremos en este análisis a la ley sancionada por nuestro Congreso Nacional, los artículos de relevancia y de relación con los temas considerados en este trabajo.

### 2. Ámbito de aplicación.

La responsabilidad patrimonial del Estado, es la obligación de responder ante la justicia por los daños que éste ocasione ya sea por acción u omisión. Dicha



responsabilidad tiene fundamento de derecho público y la obligación de reparar surge de las garantías constitucionales consagradas por los arts. 14, 16, 17 y 19 de la CN.

Recordemos en este punto que según la materia del poder que ejerce el Estado, dicha responsabilidad podrá ser administrativa, legislativa o judicial y de acuerdo al ámbito en que ésta responsabilidad se exteriorice, podrá ser contractual, extracontractual o precontractual. A su vez, a diferencia de la responsabilidad de las personas de derecho privado la responsabilidad de la administración puede ser derivada de su actividad lícita o ilícita.

En tal sentido como consecuencia la responsabilidad del Estado incluye la reparación del daño indemnizando a la víctima. La cuestión es si la medida de esa reparación debe ser diferente a la de daños causados por particulares y si ello amerita excluir las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado, como lo hace la ley.

En el primer artículo delimita su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

La CSJN en el fallo Los Lagos<sup>37</sup>, sostuvo: *“Que las reglas de los arts. 1037 y ss. C.Civ. acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo sino al Derecho Privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina”*.

Por lo tanto, aunque la ley asegure que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, no puede desconocerse la doctrina judicial sentada y que se mantiene, a la que se suma la doctrina del fallo *Meridiano*<sup>38</sup> cuando dice que *“...se considera que son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil, lo que significa que no hay subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos”*.

Por lo tanto, ello no significa que no se pueda acudir a la legislación civil para cubrir las lagunas existentes en la materia, mediante la técnica de la analogía lo que conlleva una tarea de adaptación de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público.

<sup>37</sup> CSJN. “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina” Fallos: 190:142 (1941).

<sup>38</sup> CSJN. “Meridiano S.C.A. c/ Administración General de Puertos” Fallo T. 301, P. 292 (1979).

Con respecto a la responsabilidad estatal nuestra Corte Suprema de Justicia a partir del caso *Vadell (1984)*, reconoció, en el art. 1112 exclusivamente, la responsabilidad extracontractual del Estado por sus actos irregulares, como una responsabilidad directa y objetiva sobre la base de la teoría del órgano, fundada en la figura de la falta de servicio, que se independiza de la idea de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño.

En este sentido la ley recoge la jurisprudencia imperante y a su vez extiende el concepto de responsabilidad directa y objetiva a toda la actividad o inactividad estatal que cause daños a los bienes o a las personas; sin embargo en el art. 5° aclara que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho de indemnización.

Aquí, la Corte determina también la inaplicabilidad del art. 1113 en los casos de responsabilidad del Estado, ya que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen ha de ser considerando propia de estas, que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Cassagne, 2013).

En cuanto a la “sanción pecuniaria disuasiva” contra el Estado sus agentes y funcionarios, prevista en la norma que comentamos, aunque no queda claro si la ley se refiere a la aplicación de astreintes o a la de daño punitivo, en cualquiera de los casos la norma no consolida la doctrina sentada en la *causa Mendoza*<sup>39</sup>, en la cual el tribunal, en aras de garantizar el cumplimiento de la manda judicial en cabeza del Estado, recurrió a sanciones pecuniarias, que cumplen una función similar al instituto de las astreintes y los daños punitivos.

Por lo tanto la limitación impuesta por el proyecto permite concluir que la sentencia que se pronunciará contra el Estado se podría tornar ilusoria ya que no sería posible perseguir su cumplimiento mediante la aplicación de sanciones pecuniarias.

Dentro de los conceptos de “agentes” y “funcionarios” públicos, queda incluida toda persona física vinculada con el Estado por una relación de función o empleo público en sus diversas modalidades<sup>40</sup>, en la medida en que realice o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias del

---

<sup>39</sup> CSJN. “Mendoza Beatriz Silvia c/ Estado Nacional” Fallo: M 1569.XL Originario (2006).

<sup>40</sup> En los diversos ámbitos territoriales locales, con la declarada finalidad de evitar designaciones por los mecanismos que prevén los estatutos correspondientes a la función pública, atento a las inhibiciones prescriptas en la legislación de emergencia, cuya meta imponía el achicamiento del gasto público, el ingreso a la administración pública, pasó a efectuarse a través de un régimen que incorpora trabajadores en calidad de contratados, bajo diversas formas jurídicas –contratos de empleo público ad-hoc, locación de servicios, designados como funcionarios políticos, o bajo la modalidad de pasantías, becas, etc.-. Estas figuras fueron diseñadas para regular relaciones jurídicas totalmente diferentes a las que generalmente se aplican. Ello por cuanto, por lapsos prolongados, la labor diaria de tales agentes se identifica con la prestación laboral normal, debida por los empleados públicos del sector al que se encuentran incorporados. En reiterados casos, los contratos de este tenor son renovados sucesivamente, por períodos temporales prolongadísimos. Considero que estos agentes se hallan incluidos dentro del grupo obligado a responder patrimonialmente en forma análoga a los empleados públicos de planta permanente. A nivel nacional rige el art. 130 de la ley de administración financiera.

sector o dependencia en el que se desempeñe, dentro de cualquiera de los poderes estatales, en organismos centralizados o descentralizados (Ivanega, 1996)<sup>41</sup>.

La naturaleza jurídica de los daños punitivos fue objeto de discusión, ya que para algunos se trataba de una indemnización, mientras que para otros era sólo una reparación, con prevalencia del aspecto penal. Los daños punitivos consisten en un plus indemnizatorio. La finalidad de su imposición no es solamente indemnizatoria, sino que procuran disuadir al dañador evitando la repetición de conductas similares.

### **3. Eximición de la responsabilidad Estatal.**

El Art. 2° dice:

*“Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:*

- a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;*
- b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder”.*

Sin embargo en virtud de la regla general en materia de daños, que en nuestro país se traduce en el principio *alterum non laedere* de raigambre constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental), no excluye la responsabilidad del Estado por su deber de asistencia, ni cuando por acción u omisión haya concurrido en algún porcentaje a la producción del daño (Araldi, s.f.).

En definitiva tanto los conceptos contenidos en la ley como los que hacen a los requisitos que configuran la responsabilidad ilegítima del Estado están incluidos en el Código Civil y no están regulados por la ley administrativa de modo que a efectos de asignar plenitud al ordenamiento jurídico este cuerpo legal tendrá que recurrir a su aplicación, no obstante la exclusión prevista en el art. 1° del proyecto.

### **4. Requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima.**

La responsabilidad por actividad ilícita es la que corresponde al Estado por los daños que guardan relación con su actividad antijurídica, también denominada ilegalidad objetiva.

En el art. 3° se expresa que:

*“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:*

- a) Daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;*

---

<sup>41</sup> Miriam Ivanega apunta que “aún en la actualidad subyace en la figura de la función pública una idea principal: aquella que nos recuerda que la voluntad estatal se manifiesta a través de las personas físicas, dentro de las cuales podrán incluirse tanto a los empleados, funcionarios como al personal contratado o temporario, los cuales deberán desempeñarse en el marco de las competencias asignadas y consecuentemente responder por su accionar”.

c) *Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*

d) *Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.*

El proyecto original en su art. 3° inc. a) se refería a “daño cierto y actual”, pero el dictamen de la comisión de la mayoría introdujo en un caso posterior una modificación y elimino la palabra “actual”, reconociendo también el daño futuro. La doctrina allí sentada se refiere a la reparación en caso de daño para la cual sostiene que: *“Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro”.*

Asimismo el proyecto pone como requisito del daño cierto que este sea “mensurable en dinero” con lo cual estaría excluyendo el llamado daño moral.

Recordemos que tratándose de daños patrimoniales la indemnización es reparatoria y que en el caso de los daños morales, que no son propiamente patrimoniales, la indemnización cumple una función de compensación respecto de la víctima en reemplazo del bien del que ha sido privada. Por lo tanto en este último caso una vez probado el daño este debe ser compensado, a pesar de la aparente exclusión pretendida por la norma comentada.

En consonancia con esta postura en el caso *De Gandia*<sup>42</sup>, se condenó a la Provincia de Buenos Aires, por falta de notificación a las autoridades policiales del levantamiento de una orden de secuestro sobre el vehículo de una persona que fuera detenida, y se reconoció daño moral a la actora detenida en la frontera.

En cuanto al inciso d) del art. 3° que admite la responsabilidad estatal por omisión solo “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”, la norma así proyectada no recepta la doctrina del caso *Mosca*<sup>43</sup>, en el que nuestra Corte admitió dicha responsabilidad tanto en el caso de mandatos expresos, como en el de *“aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible”*, aclarando a continuación que *“La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”* (Araldi, s.f.).

---

<sup>42</sup> CSJN. “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” Fallos: 318:845 (1995).

<sup>43</sup> CSJN. “Mosca, Hugo Arnaldo c/ pcia. de Buenos Aires”. Fallos 330:563 (2007).

## 5. Requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima.

Es este también un supuesto de responsabilidad directa y objetiva, con total prescindencia de la noción de culpa y sin vinculación con la idea de falta de servicio pues la responsabilidad deviene del daño originado a causa de un obrar legítimo del Estado.

En relación a la responsabilidad del Estado por su actuar lícito, podemos decir que marca la diferencia del instituto respecto de la concepción civilista, ya que al constituir la misma la regla general en el ámbito del derecho público, contrasta con el carácter excepcional de responsabilidad por actuar lícito o legítimo en el ámbito civil. En este sentido, cabe recordar que el art. 1071 del Cód. Civil establece que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

El art. 4º de la ley dice:

*Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:*

- a) *Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) *Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) *Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) *Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) *Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.*

En este artículo el proyecto vuelve sobre la existencia de daño actual para la procedencia de la responsabilidad, en cuanto a los demás requisitos que estipula la norma, a diferencia de lo reglado, la Corte en la causa *Columbia*<sup>44</sup>, sostuvo: “*Que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es 1) la existencia de un daño cierto; 2) la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, 3) la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada. A los cuales cabe añadir atendiendo la particular relación que en el caso vincula a las partes, la 4) necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también 5) la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.*”

También ha dicho la Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.

La doctrina sentada por la Corte y que se mantiene, no requiere que el daño sea actual, toda vez que como ya se dijo nuestros tribunales han reconocido el daño

---

<sup>44</sup>CSJN. “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina” Fallos: T. 315, P. 1026 (1992).

futuro, ni mensurable en dinero, ni de exclusiva responsabilidad del Estado lo cual elimina la culpa concurrente. Tampoco se refiere a que quien ha sufrido el daño tenga que demostrar que es titular de un derecho adquirido ya que más allá de la calificación jurídica que se pretenda dar al demandante la doctrina uniforme de nuestros tribunales reconoce que quien ha sufrido un daño tiene derecho a reparación.

Ahora bien la ley nada dice de la extensión de la reparación por actividad ilegítima del Estado pero no se puede desconocer que doctrina y jurisprudencia son contestes en la procedencia de la reparación general (Araldi, s.f.).

A su vez el art. 5° dice:

*“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.*

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte, el criterio actual se inclina por aceptar el rubro lucro cesante sólo en indemnizaciones tendientes a resarcir daños ocasionados por la actividad ilegítima. Con respecto a la actividad legítima, el Máximo Tribunal ha preferido, recurrir al instituto propio del derecho administrativo: la expropiación. Precisamente, el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones (Ley 21.499), dispone: *“La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.* Sobre la cuestión, es ilustrativo lo expresado en el considerando 8° del caso “Cantón”<sup>45</sup>, en el sentido de que: *“la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16, Código Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedentes las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil”* (Cassagne, 2013).

De todas formas, si bien hoy en día la jurisprudencia se inclina por denegar el lucro cesante cuando los daños son provocados como consecuencia de la actividad administrativa legítima, no siempre fue así. En ese sentido, lo rechazó al lucro cesante en “Laplacette” (1943), “Corporación Inversora Los Pinos” (1975), “Cantón” (1979) y “Motor Once” (1989), aunque lo admitió en “Eduardo Sánchez Granel” (1984).

<sup>45</sup> CSJN. “Cantón, Mario Elbio c. Gobierno Nacional” Fallos 301:403 (1979).

La doctrina del fallo *Sánchez Granel*, en cuanto sostuvo que la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicio a particulares, “*se traduce en una “indemnización plena” por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Dicha indemnización podrá encontrar obstáculo quizá en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular*”.

Traemos a colación el fallo citado porque si bien compartimos que corresponde distinguir el deber de reparar del Estado por obrar lícito de aquellos supuestos en que el daño se origine como consecuencia de una actuación ilegítima del Estado, destacamos que la ley que comentamos no plantea la limitación de la indemnización plena con apoyo en una “ley específica” que disponga la limitación de la reparación plena para “algún caso singular” (como sería el caso de la ley de expropiaciones), sino que impone genéricamente la improcedencia del lucro cesante en materia de responsabilidad del Estado por actividad legítima e inclusive excluye por completo la procedencia del daño moral.

En cuanto a la improcedencia de la responsabilidad estatal por actividad judicial legítima la norma guarda consonancia con la doctrina de la Corte en la *causa “Robles”*<sup>46</sup> donde reitera que como principio el Estado responde por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, y vuelve a señalar la diferente naturaleza de la responsabilidad del Estado por error judicial respecto la responsabilidad por actos lícitos, con fundamento en que “*Las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad del Estado por sus actos lícitos ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular*”

Por otra parte recordemos que la Corte en el *caso Jacarandá*<sup>47</sup>, en el cual la actora citó la doctrina del caso *Sánchez Granel*, sostuvo “*Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas.*”

Sin embargo la norma nada dice de la responsabilidad del Estado por error judicial que queda entonces subsumida en la responsabilidad por actividad estatal ilícita admitida por la jurisprudencia incluso con reconocimiento del daño moral como se resolvió en la citada *causa De Gandia* (Araldi, s.f.).

---

<sup>46</sup> CSJN. “Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” Fallos: 325:1855 (2002).

<sup>47</sup> CSJN. “Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” Fallos 328:2654 (2005).

## **6. Responsabilidad del Estado por contratistas y concesionarios.**

El art. 6° de la ley dice:

“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Más allá de la redacción de la norma que comentamos y en concordancia con el análisis doctrinario y jurisprudencial que venimos haciendo el Estado es responsable por omisión si el daño fuese causado por inobservancia de su poder de policía; y por acción cuando el daño causado sea consecuencia de una orden de obligado cumplimiento dada por la administración o en los casos de obras y suministros cuando sea consecuencia del vicio del proyecto elaborado por la administración, en ambos casos la conducta se encontraría encuadrada en la responsabilidad del Estado por actos ilícitos más allá de la responsabilidad concurrente con el contratista. (Araldi, s.f).

## **7. Acción de indemnización.**

Con respecto a la acción de indemnización en la ley de responsabilidad del Estado, el art. 8 dice:

“El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento”.

En este caso en líneas generales se sigue la doctrina sentada en el *plenario Petracca*<sup>48</sup>, mediante la cual: “No es admisible la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar dentro del plazo del art. 25 ley 19.549 de Procedimiento Administrativo, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago reclamado” (Araldi, s.f.).

---

<sup>48</sup> CSJN. “Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional s/ contrato obra pública” Fallo P. 231. XXXIII (1998).



## **Conclusión.**

Hemos visto que la responsabilidad del Estado ha tenido una notable evolución a lo largo de la historia, distintas teorías han sido elaboradas para permitir la reparación del daño sufrido por los administrados.

La aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, en nuestro país, tuvo evidentes vicisitudes tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial. En nuestro derecho, lo relacionado con la responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica, sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica, y de normas positivas dispersas y parciales. Lo cierto es que un sistema de derecho no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado.

El régimen (jurisprudencial) de la responsabilidad del Estado vigente en nuestro país, exhibe dos notas particulares: la autonomía y su carácter esencialmente local. A estas se le agregan la impronta esencialmente objetiva de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima – en ese supuesto se enjuicia la adecuada prestación del servicio, mas no la conducta de los agentes- y el carácter directo que la doctrina de la CSJN le asigna a este supuesto de responsabilidad: el Estado responde directamente por la falta de una regular prestación de su función pues aun cuando la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. En efecto, en el derecho público argentino actual la responsabilidad del Estado se presenta como una materia que es propia del derecho administrativo. Como lo revela la consolidada jurisprudencia del Tribunal, la responsabilidad del Estado aparece como una materia extraña al Código Civil. Va de suyo que la regulación jurídica de la responsabilidad del Estado, en tanto cuestión propia de derecho administrativo -que es derecho público local- corresponderá a la autoridad nacional, provincial o de la ciudad autónoma, según resulte pertinente.

La Administración Pública es el órgano de gobierno que, por la índole de sus funciones y actividades, está más en contacto con los administrados, derivando de ello la posibilidad de que el roce de intereses, al causar daño, genere responsabilidad extracontractual del Estado hacia los administrados o particulares. De todos los tipos de responsabilidad en que puede incurrir el Estado con motivo del comportamiento de sus órganos esenciales, desde el punto de vista cuantitativo éste constituye el más importante.

Al menos por esta vía judicial civil, el ciudadano común ya no podrá reclamar una reparación por los daños y perjuicios que le provoque un hecho -sea lícito o ilícito- cometido por el Estado o cualquier funcionario público. Ello lo coloca en una situación de total desventaja respecto de la situación actual. Si bien hoy la ley no contempla explícitamente la responsabilidad civil del Estado, existe una vasta jurisprudencia avalada por la Corte Suprema, que le permite al ciudadano acudir al fuero civil para reclamar por una reparación en caso de un perjuicio comprobado a partir de medidas dispuestas por funcionarios. Con la nueva ley deberán recurrir al fuero contencioso administrativo, que no sólo es más contemplativo con los intereses

del Estado, sino que varía según sea la provincia o localidad. Así se estará consagrando la *irresponsabilidad* del Estado en materia civil. Lo que es un retroceso. Con esta decisión, se vuelcan cien años de jurisprudencia. El oficialismo reconoció que, con esta eliminación del Código Civil se generará un importante vacío jurídico. Pero argumentó que la responsabilidad del Estado no le corresponde al derecho privado (civil), sino al público (administrativo). Además, advirtió que el texto original de la Comisión de Juristas afectaba al federalismo, ya que se trata de materias no delegadas por las provincias al gobierno federal. La cuestión reviste gravedad porque en lugar del fuero civil se propone el reenvío a una legislación provincial, local - en referencia al derecho administrativo-, que muchas veces es muy pobre o no existe. Provocaría esta situación la desigualdad ante la ley.

## **Bibliografía.**

### **1. Doctrina**

- Araldi, L. (s.f.) *¿El proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante?* Extraído el 10/08/2014 desde [www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/liliana\\_araldi.docx](http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/liliana_araldi.docx).
- Bustamante Alsina, J. (1993) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J.C. (1998) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J.C. (2013) *Derecho Administrativo*, T. II. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Diez, M.M. (1981) *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Gordillo, A. (2003) *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I (2ª ed.). Buenos Aires: F.D.A.
- Ivanega, M. (1996) *La responsabilidad Administrativa Patrimonial de los Funcionarios Públicos. Filosofía, Realidad y Perspectivas de un Tema Actual*. Buenos Aires: Rap.
- Passarini, L. (2004) *Responsabilidad del Estado con especial referencia a la actividad jurisdiccional*. Tesis. Facultad de Derecho; Universidad Abierta Interamericana de Rosario.
- Perrino, P.E. (2004) *La responsabilidad extracontractual de la administración pública por actividad ilícita*. *Revista española Documentación Administrativa* (nº 267/270) págs. 1-17.
- Pizarro, R.D. (2013) *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Astrea.

### **2. Legislación**

- Código Civil Argentino.
- Constitución Nacional.
- Ley 26.944
- Ley 17.711.
- Ley 21.499.
- Ley 19.549.

### **3. Jurisprudencia**

- CSJN., “Sánchez Granel c/ O.S.N. s/ incumplimiento de contrato”. Causa n°: S 695 XXXVII. Recuperado el 3/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=706093> (Fecha de sentencia: 22/10/2013).

- CSJN., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”. Causa n°: B.2302.XL Recuperado el 3/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=146552> (Fecha de sentencia: 21/03/2006).
- CSJN., “Motor once S.A. V. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. Causa n°: M. 1158. XXXV. Recuperado el 14/07/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=488047> (Fecha de sentencia: 2/08/2000).
- CSJN., “Gorosito R. v. Riva S.A. y otro”. Causa n°: G. 987. XXXVI. Recuperado el 07/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?indice=13&marcaDisplay=true&listaSize=41> (Fecha de sentencia: 01/02/2002).
- CSJN., “Cardoso Bartolomé c/ provincia de Buenos Aires” Causa n°: T. 95, P. 48. Recuperado el 7/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=374210&indice=0> (Fecha de sentencia: 13/10/1902).
- CSJN., “Tomás Devoto y Cía. c/ Estado Nacional”. Causa n° 169:111. Recuperado el 14/07/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=341405&indice=0> (Fecha de sentencia: 22/09/1933).
- C.S.J.N., “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”. Causa n°: 182:5. Recuperado el 14/07/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=343439&indice=1> (Fecha de sentencia: 03/10/1938).
- CSJN., “Echegaray, María Cecilia e hijos menos contra el Gobierno Nacional” Causa n°: T. 190, P. 312. Recuperado el 7/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=341377&indice=15> (Fecha de sentencia: 1941).
- CSJN., “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de”. Causa n°: 306:2030. Recuperado el 14/09/13 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=82374>. (Fecha de sentencia: 18/12/1984).
- CSJN., “Bates Stokes y Cía.” Causa n°: 1:259. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=381255&indice=0> (Fecha de sentencia: 13/07/1864).
- CSJN., “Sáenz Peña, Luis c/Gobierno Nacional”. Causa n°: 124:22. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=376828&indice=16> (Sentencia de fecha: 31 de agosto de 1916).

- CSJN., “Baeza, Silvia c/provincia Bs. As.” Causa n°: LL, 2011-C218. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=11524&interno=2> (Fecha de sentencia: 20/12/2011).
- CSJN., “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/ Nación”. Causa n°:180:107. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=341374&indice=0> (Fecha de sentencia: 18/03/1938).
- CSJN., “Laplacette, Juan c/provincia de Buenos Aires”. Causa n°: 195:66 y LL 29-697. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=341260&indice=10> (Fecha de sentencia: 26/02/1943).
- CSJN., “SA. Corporación Inversora Los Pinos c/municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Causa n°:293:617. Recuperado 3/082014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=318130&indice=1> (Fecha de sentencia: 22/12/1975).
- CSJN., “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”. Causa: M 1569.XL. Recuperado el 7/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=710560> (Fecha de sentencia: 20/06/2006).
- CSJN. “Mosca, Hugo Arnaldo c/ pcia. de Buenos Aires”. Causa: 330:563. Recuperado el 07/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=630111> (Fecha de sentencia: 11 de julio de 2007).
- CSJN. “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral”. Causa n°: 318:845. Recuperado el 07/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=363288> (Fecha de sentencia: 4/05/1995).
- CSJN. “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina” Causa n°: 190:142. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=340031&indice=3> (Fecha de sentencia: 30/6/1941).
- CSJN. “Meridiano S.C.A. c/ Administración General de Puertos” Causa n° T. 301, P. 292. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=322622&indice=0> (Fecha de sentencia: 24/4/1979)
- CSJN. “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina” Causa n° T. 315, P. 1026. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=277188&indice=0> (Fecha de sentencia: 19/05/1992).

- CSJN. “Cantón, Mario Elbio c. Gobierno Nacional” Causa n°: 301:403. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=323236&indice=0> (Fecha de sentencia: 15/05/1979).
- CSJN. “Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” Causa n°: 325:1855. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=305288&indice=26> (Fecha de sentencia: 18/07/2002).
- CSJN. “Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”. Causa n°: 328:2654. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=316962&indice=0> (Fecha de sentencia: 28/07/2005).
- CSJN. “Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional s/ contrato obra pública”. Causa n°: P. 231. XXXIII. Recuperado el 10/08/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=452261> (Fecha de sentencia: 15/10/1998).