

Ciudad de Buenos Aires, de noviembre de 2015.

Señor Secretario General del  
Consejo Federal de Inversiones

**Ing. Juan José CIÁCERA**

S/D.

**Presenta Informe Final CIDESEL: “Régimen de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires”**

El Centro de Investigación y Desarrollo de Estudios Sociales, Económicos y Legales (CIDESEL), presenta el Informe Final (IF), con el desarrollo de las tareas estipuladas para el proyecto **“Régimen de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires”**, cuyo proceso de elaboración se inició el 1 de mayo de 2015.

En este Informe Final, se presenta el abordaje de las Tareas Nº 1 a Nº 11, compilándose de esta forma las Tareas desarrolladas en los dos Informes Parciales que sirvieron de antecedente al presente:

**I. Tarea 1:**

**Establecer una metodología apropiada para la recopilación, síntesis y análisis de la normativa, jurisprudencia y doctrina de carácter extranjera, supranacional y nacional.**

Para la elaboración del presente trabajo, se comenzó con la recopilación de diferente normativa nacional y provincial, jurisprudencia de Tribunales provinciales y de la Corte Suprema de Justicia Provincial y Nacional, así como de la doctrina específica en la materia, bases de datos oficiales (nacionales y extranjeras), buscadores jurídicos, páginas especializadas y consultas con organismos competentes.

En las sucesivas etapas se realizaron reuniones de trabajo de equipo de expertos en la materia con perfil académico y doctrinario. A tal fin, la opinión de catedráticos universitarios con conocimiento en derecho

administrativo será tenida en cuenta para el abordaje del trabajo. También se realizaron consultas permanentes con funcionarios de organismos competentes a nivel gubernamental municipal, provincial y nacional.

Esto permitió tener un enfoque práctico, desde la experiencia y de los casos concretos que se presentan en las administraciones públicas.

El abordaje del trabajo se centró en recabar, sistematizar, desglosar y desarrollar un análisis crítico y razonado de la información sobre el objeto de estudio del presente trabajo, es decir la responsabilidad del Estado a la luz de la Ley N° 26944.

También se estudiaron las experiencias nacionales y de otros países, lo que permitió conocer los distintos institutos jurídicos del derecho comparado sobre esta técnica. Con todo esto se ha logrado entender cabalmente cómo otros países regulan lo atinente a la responsabilidad estatal, siempre teniendo en cuenta las realidades e idiosincrasia propias de cada país. Para el relevamiento de información sobre estas experiencias se recurrió a consultar publicaciones, bibliografía, páginas webs institucionales y bases de datos oficiales, entre otras fuentes.

Para el abordaje del capítulo referido al derecho internacional, el método utilizado para el estudio del régimen de responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, analizando la normativa, jurisprudencia y doctrina extranjera aplicable al país en cuestión. Para ello, en principio se abordará el estudio de los siguientes temas:

- Régimen Comunitario Europeo.
- Régimen de responsabilidad en la Organización de Naciones Unidas.
- Régimen de responsabilidad estatal en los países miembros de la Comunidad Europea: el caso español, del Reino Unido, Italia y Francia.
- Régimen de responsabilidad estatal en el Mercosur: el caso de Brasil y Uruguay.
- Para ampliar el abordaje, se analizó el régimen de la responsabilidad estatal de Estados Unidos y el caso Chileno.

Por último, luego del relevamiento de los sistemas jurídicos del derecho comparado, se realizó un diagnóstico final del capítulo, concluyendo en una síntesis del marco jurídico internacional.

En otro de los capítulos, se procedió a desarrollar la teoría general sobre la responsabilidad del Estado Argentino, efectuando un análisis pormenorizado doctrinal de la misma.

El abordaje de dicho capítulo se efectuó mediante un análisis de los siguientes puntos:

- Principios generales del régimen de responsabilidad del Estado.
- Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado: alcances y distintos supuestos.
- Indemnizaciones: alcances según cada tipo de responsabilidad y los distintos criterios.
- La responsabilidad del Estado y el Código Civil de Vélez Sarsfield.
- El cambio de paradigma a partir de la sanción del nuevo Código.
- Cambios normativos y alcances de la reforma del Código Civil y Comercial Unificado.

El capítulo finalizó con un diagnóstico y síntesis de la doctrina imperante en nuestro país.

Otro de los puntos estudiados, es lo referido a la evolución jurisprudencial de los tribunales argentinos, especialmente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional y de los Tribunales Superiores Provinciales en materia de responsabilidad del estado y haciendo especial hincapié en lo que refiere al régimen de las indemnizaciones.

Este capítulo también concluye con un análisis particular del régimen de la provincia de Buenos Aires y sus municipios.

Un capítulo aparte mereció el estudio en detalle de la nueva Ley N° 26944, para lo cual el presente informe se adentró en el estudio de sus caracteres, principales rasgos, sus fundamentos y cuáles son las diferencias con el régimen de responsabilidad estatal anterior a la ley.

También fue importante el abordaje de las fortalezas y debilidades del referido marco regulatorio nacional; el análisis de la competencia federal y local en materia de legislación, regulación y juzgamiento, teniendo en cuenta la cuestión de la autonomía provincial y su injerencia en el nuevo dispositivo legal.

Para concluir se realizó un diagnóstico y síntesis de la jurisprudencia argentina existente en la actualidad sobre el nuevo dispositivo legal.

Abordados los capítulos y puntos mencionados precedentemente, estuvimos en condiciones de elaborar una síntesis de los principales puntos del Régimen de la Responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires, y la incidencia de la Ley N° 26944, para finalmente poder confeccionar los ejes para una futura reforma legislativa en la provincia de Buenos Aires.

## **II. Tarea 2:**

**Efectuar un análisis jurídico que evalúe los efectos a nivel local de las normativas vigentes y las competencias legislativas provinciales.**

Habiendo efectuado un detalle de la metodología de abordaje del presente informe, estamos en condiciones de comenzar con su desarrollo.

Para evaluar los efectos a nivel local de las normativas vigentes y de las competencias legislativas provinciales, abordaremos, a modo de introducción, el análisis de la teoría general sobre la responsabilidad del Estado:

### **1. ANALISIS DOCTRINAL**

#### **1.1. Principios generales del régimen de responsabilidad del Estado en el Derecho Argentino**

Aceptar que puede imputársele Responsabilidad al Estado, como resultado de su propia actividad, es una acepción relativamente moderna. Antiguamente y durante el transcurso de la edad media, prevaleció la noción de la ausencia de responsabilidad, no concibiéndose que alguien pudiera pretender imputar al rey con motivo de los perjuicios que pudiera ocasionar<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. COMADIRA, Julio R., Escola, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 1503 y ss.

Con el pasar del tiempo, el principio de irresponsabilidad absoluta lentamente fue disipándose. Las reformas producidas a finales del siglo XIX en el derecho francés, comenzaron a admitir primero la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos y luego, la del propio Estado. En un contexto de múltiples factores de índole históricos, jurídicos y políticos, es donde encuentra su origen el Derecho Administrativo, que viene a limitar y ordenar la actuación de la administración y regular las relaciones de ésta con los particulares, en el marco que establece el Derecho<sup>2</sup>.

### **1.2. Clasificación.**

La responsabilidad estatal suele clasificarse en contractual y extracontractual, según que la misma obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convenidas; en ambas la intención y la finalidad es la misma: la reparación del daño causado en el patrimonio del otro<sup>3</sup>.

### **1.3. Responsabilidad contractual**

Puede decirse que, **en el caso de la responsabilidad contractual**, para que se configure es necesario la existencia de un contrato (o cualquier relación jurídica de otra clase), y el daño debe provenir de realizar un determinado hecho encuadrable en el ámbito de lo pactado<sup>4</sup>.

Pero más allá de la fuente de la obligación violada (un contrato o una norma legal), lo que importa para ubicar a la responsabilidad en uno u otro régimen es su carácter. “En efecto, entra en la esfera de la responsabilidad contractual si el deber preexistente es específico y determinado en relación al sujeto y al objeto de la obligación, cualquiera sea la fuente. Si media un vínculo comercial entre el dañador y el dañado, estamos ante ese tipo de responsabilidad, pues al margen de la prestación principal, existe una obligación accesoria tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una obligación inocua; ello sin defecto de la opción aquiliana que autoriza la aplicación analógica del artículo 1107 del Código Civil. Si, en cambio, nos

---

<sup>2</sup> Gaitán, Romina, “La responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo”, LA LEY 21/10/2014, 2014-F, 646.

<sup>3</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 10.

<sup>4</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 10.

encontramos ante el deber genérico e indeterminado de no dañar, el ámbito es el extracontractual”<sup>5</sup>.

En este sentido, también suele afirmarse que “...en principio, cuando exista una relación comercial previa, la violación de las obligaciones asumida por las partes da origen a la responsabilidad contractual”<sup>6</sup>.

En este régimen dual de la responsabilidad, existen además, otras diferencias, entre las que podemos citar: “a) el hecho humano que causa la lesión: en el orden contractual es el incumplimiento de las obligaciones; en la extracontractual, cualquier otra forma de actividad o inactividad administrativa; b) los criterios de imputación de responsabilidad son diversos: el principio general de la buena fe y la reciprocidad de las prestaciones en la contractual; el riesgo, la culpa, la falta de servicio, etc. en la extracontractual; c) los distintos plazos de prescripción; d) la responsabilidad, que en su caso deriva de un deber preexistente incumplido; en el otro por haberse violado el deber genérico de no dañar (...)”<sup>7</sup>.

Respecto a la responsabilidad contractual, ésta es siempre subjetiva, ya que como se dijo, su causa y fundamento es el incumplimiento, “...entendido como ausencia o inexacta ejecución de la prestación debida, que puede ser total, inexacta o tardía”<sup>8</sup>.

#### **1.4. Responsabilidad extracontractual**

La responsabilidad extracontractual del Estado puede derivarse como consecuencia de su actuación regular o irregular (actividad legítima o ilegítima) o de su omisión.

La doctrina afirma que “...la Administración responde, en principio, de toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos que implique un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que sea imputable a la propia Administración por el funcionamiento normal o

---

<sup>5</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 11.

<sup>6</sup> Morello, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1967, t. I, p. 14 y ss., citado en Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 11.

<sup>7</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 12.

<sup>8</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 15.

anormal de sus servicios públicos, en general, sin referencia alguna a la idea de culpa, y siempre que medie entre el hecho o acto determinante del daño y éste una relación de causalidad que, en principio, debe ser directa, inmediata y exclusiva, pero que no excluye necesariamente una relación indirecta, mediata y concurrente (...)”<sup>9</sup>.

Siguiendo la citada doctrina especializada, puede agregarse que “...basta, pues, que no haya causa de fuerza mayor, que el daño no se produzca por la acción de un tercero o del dañado y que se trate de una lesión antijurídica, esto es, que el ciudadano no tenga la obligación legal de soportarla. No se trata sólo de que el daño sea causado antijurídicamente, sino de que no haya obligación de soportarlo, razón por la cual también cabe indemnización cuando el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos, trátase de hechos o del supuesto más difícil de instrumentalizar pero perfectamente posible, de actos administrativos válidos”<sup>10</sup>.

### **1.5. Responsabilidad por actividad lícita**

Suele afirmarse que el fundamento que habilita la responsabilidad del Estado por su actuar lícito, se configura en el artículo 17 de la Constitución Nacional, que contempla el instituto de la expropiación, “en el que subyace el sacrificio de intereses patrimoniales privados por razones de bien común”<sup>11</sup>, estamos ante el ejercicio de prerrogativas públicas con miras al interés general.

Según la doctrina, para configurar este tipo de responsabilidad, deben darse estos supuestos: 1) existencia de un daño cierto; 2) relación de causalidad entre el accionar estatal y el perjuicio; 3) posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado; 4) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; 5) existencia de un sacrificio especial en el afectado<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 74.

<sup>10</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 74.

<sup>11</sup> Christie, Graciela E., “La excepción de prescripción en la Responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, AAVV, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. RAP., Bs. As., 2008, p- 634.

<sup>12</sup> Christie, Graciela E., “La excepción de prescripción en la Responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, AAVV, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. RAP., Bs. As., 2008, p- 634.

La doctrina administrativista afirma que el Estado está en muchas ocasiones obligado a resarcir daños producidos por conductas "conformes" o "acordes" con el ordenamiento jurídico, es decir por un obrar que no es antijurídico; dado que justicia, equidad, bien común, igualdad ante la ley y defensa del derecho de propiedad, concurren a fundamentar la indemnización debida por actos lícitos de la administración, que originan un sacrificio concreto de derechos privados<sup>13</sup>.

### **1.6. Responsabilidad por actividad ilícita**

Hablar de este supuesto, es referirse a una actividad irregular o anormal del Estado. Pero lo cierto es que hablar de este tipo de responsabilidad, es referirse a la locución "falta de servicio", que expresa tanto la culpa como la ilicitud. Esta figura podría expresar el fundamento de la obligación indemnizatoria o razón determinante del deber de resarcir, lo realmente decisivo es que representa el irregular funcionamiento del servicio, la ilegitimidad de ese funcionamiento. "Trataríase, si se quiere, de un factor de atribución impregnado de antijuridicidad o, mejor, de una ilegitimidad objetiva que revela un funcionamiento del servicio diverso del que corresponde de acuerdo a las normas que lo regulan"<sup>14</sup>.

A pesar de que la falta de servicio es una noción de contornos imprecisos y susceptible de múltiples apreciaciones, en general, se entiende que ella se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, "...que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales, como también

---

<sup>13</sup> Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, Tº IV, ps. 732 y ss., nº 1636 y autores cits. en nota 38; Guastavino, Elías P. "Indemnización por la actividad lesiva lícita del Estado" en El Derecho Tº 118, ps. 190 y ss.; Morello, Augusto Mario "Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito" en El Derecho Tº 120, ps. 887 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge "Indemnización por daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos" en La Ley 1979-C, ps. 218 y ss. y en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, Tº I, p. 300, nº 4; ídem "El Estado y el daño moral" en La Ley 1986-D, ps. 1 y ss., nº IV; etc.; citado en: Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado", La Ley ADLA 2014-25, 3.

<sup>14</sup> Andrada, Alejandro Dalmacio, "Responsabilidad del Estado y del agente policial por los daños causados con el arma reglamentaria", La Ley 2011-C, 391.



por la omisión o inactividad administrativa, ya sea ésta de índole material como formal<sup>15</sup>.

Puede afirmarse siguiendo a la doctrina,<sup>16</sup> que la falta de servicio suscita una responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquélla se configure, no constituyendo elementos determinantes de la responsabilidad estatal la culpa o dolo del empleado o funcionario.

### **1.7. La cuestión de la prescripción liberatoria**

La prescripción liberatoria, es una institución, que tiende a poner fin a la indecisión de los derechos por el transcurrir del tiempo, poniendo fin a las situaciones de inestabilidad.

Desde un punto de vista procesal, se trata de una excepción de carácter procesal, que se utiliza para “resistir una acción por el mero hecho de que el actor ha dejado durante un tiempo de intentarla o de ejercer el derecho al cual ella se refiere...”<sup>17</sup>. El fundamento del instituto es la seguridad jurídica que otorga al particular ante el traspaso del tiempo.

La doctrina administrativista ha debatido sobre el modo en que las normas del Código Civil en general pueden ser aplicadas a casos de derecho público.

Se ha postulado por un lado que, “la autonomía del derecho administrativo impone que la aplicación de normas de derecho civil se realice

---

<sup>15</sup> Perrino, Pablo Esteban, “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, *La Ley* 2011-E , 715

<sup>16</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, *LA LEY*, 2005-D, 1268; TAWIL, Guido S., “La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia”, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, “Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”, obra colectiva “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 176; MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad pública”, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)”, *LA LEY*, 1987-A, 784 y 786; AMENABAR, María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, “Los daños producidos por el Estado”, *Jus* n° 38, p. 63 y en “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, *Revista de derecho de daños*, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss. y REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

<sup>17</sup> Sánchez, Fabio F., “La prescripción en las acciones de Responsabilidad contra el Estado”, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury (Director), ed. Abeledo Perrot,, Bs. As., 2014, p. 441.

por medio del procedimiento de la analogía que a su vez exige una tarea previa de adaptación a las normas y principios de derecho público”<sup>18</sup>.

Postura opuesta tienen aquellos autores que “consideran que el derecho civil se aplica subsidiariamente al derecho administrativo, sin que deba recurrirse a la analogía para su utilización”<sup>19</sup>.

Ahora bien, en cuanto a los plazos de prescripción aplicables en materia de responsabilidad estatal, cabe diferenciar si estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o contractual.

**Por actividad ilegítima:** Ante esta diferenciación, en materia de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima, la doctrina entiende, citando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ésta se ha pronunciado invariablemente por la aplicación del artículo 4037 del (derogado) Código Civil, que establece un plazo de prescripción de dos años para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual”<sup>20</sup>.

Parte de la doctrina se ha apartado de esta solución, propiciando la aplicación del plazo general de diez años (artículo 4023 del derogado Código Civil), en virtud del modo en que corresponde aplicar las normas del derecho común al derecho administrativo<sup>21</sup>.

**Por actividad legítima:** A su vez, en cuanto a la responsabilidad extracontractual por actividad legítima, parte de la doctrina discrepa con las soluciones arribadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que entiende aplicable el plazo de dos años, normado por el artículo 4037 del (derogado) Código Civil<sup>22</sup>.

Por otra parte, en cuanto a los plazos aplicables en materia de responsabilidad contractual, “no generó controversias y se recurrió al principio

---

<sup>18</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, vol. I, 5° edición, Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, p. 220.

<sup>19</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 171; Linares, Juan F., *Caso Administrativo no previsto*, 1° edición, Astrea, Bs. As., 1984, p. 89 y ss.; citados en <sup>19</sup> Sánchez, Fabio F., “La prescripción en las acciones de Responsabilidad contra el Estado”, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury (Director), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 448.

<sup>20</sup> Sánchez, Fabio F., “La prescripción en las acciones de Responsabilidad contra el Estado”, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury (Director), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 450.

<sup>21</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, vol. I, 5° edición, Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, p. 291.

<sup>22</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, vol. I, 5° edición, Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, p. 299/300. En el mismo sentido Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, 1° ed., Ábaco, Bs. As., 1999, p. 173; citados en: Sánchez, Fabio F., “La prescripción en las acciones de Responsabilidad contra el Estado”, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury (Director), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 451.

general en materia de plazos de prescripción contenido en el artículo 4023 del (derogado) Código Civil, que establece un término de diez años, para toda clase de acción prescriptible que no esté sujeta a uno distinto<sup>23</sup>.

## 2. Análisis Normativo

### 2.1. Fuentes normativas del Derecho Argentino

La obligación del Estado de responder ante los perjuicios causados, ya sea que provengan de su accionar lícito o ilícito, surge de una serie de normas constitucionales, como ser la que reconoce el derecho de propiedad (artículo 14), su inviolabilidad (artículo 17), la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16), el principio de libertad o también llamado de clausura (artículo 19) y el de razonabilidad (artículo 18). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21, inciso 2º, prescribe el pago de una indemnización justa en los casos de privación de los bienes por razones de utilidad pública o interés social<sup>24</sup>.

El Código Civil, normativa de fondo según el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, estableció algunos parámetros que fueron utilizados por la jurisprudencia para delinear la doctrina en materia de responsabilidad estatal.

Afirma la doctrina que Vélez Sarsfield entendió con exactitud que al incorporar el constituyente la expresión Código Civil en el artículo 67 inciso 11, actual artículo 75, inciso 12), sólo se refirió a la regulación de relaciones de derecho privado<sup>25</sup>.

Suele afirmarse, que Vélez apartó del Código Civil todo lo referente al derecho público, “por ello sería incongruente pensar que intentó regular en esa sistematización la responsabilidad del Estado. Con ello estoy sentando, como idea central de este análisis, que en el artículo 1112 no intentó regular la responsabilidad estatal (propia del derecho público) ni, por cierto que esa norma sea una norma del derecho público. Por eso estimamos correcta la afirmación de la mayoría de la doctrina administrativista que sostiene que la

---

<sup>23</sup> Mertehikian, Eduardo, *La Responsabilidad Pública*, 1º ed., Ábaco, Bs. As., 2001, p. 208.

<sup>24</sup> Christie, Graciela E., “La excepción de prescripción en la Responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, AAVV, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. RAP., Bs. As., 2008, p- 633.

<sup>25</sup> Bustelo, Ernesto, *Servicios Públicos y Organismos de Control*, AAVV (Pérez Hualde A., Dir.), “Responsabilidad de los Entes Reguladores”, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 266.

construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad del Estado es una elaboración jurisprudencial”<sup>26</sup>.

## **2.2. La responsabilidad del Estado en el Código Civil de Vélez Sarsfield**

Ante la ausencia normativa, especial e integral, de la responsabilidad estatal, algunas Constituciones y normas locales <sup>27</sup>, la jurisprudencia y la doctrina, acudieron a las normas del Código Civil.

Haciendo una interpretación extensiva de las disposiciones del Código Civil, se ha recurrido a esta fuente del derecho para resolver los "casos no previstos" en el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, si una cuestión administrativa no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, por no existir una regulación normativa especial, serán de aplicación las normas del derecho común, luego se analizará si tal aplicación es directa, subsidiaria o analógica<sup>28</sup>.

## **2.3. El artículo 1112 y 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield:**

Algunos autores se han inclinado por una interpretación del artículo 1112 del Código Civil de Vélez Sarsfield, "...conforme con la cual este precepto regula la responsabilidad directa de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de la función para la cual han sido designados, constituyendo esta normativa el principio en cuya virtud los mismos responden frente a terceros por el desempeño defectuoso de las obligaciones legales que le han sido impuestas”<sup>29</sup>.

En ese contexto, cabe recordar el texto del artículo 1112, donde se establece que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

---

<sup>26</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 79-80.

<sup>27</sup> Constitución de Santa Fe, art. 18; Constitución de Jujuy, art. 10; Constitución de Catamarca, art. 43; Ley 6773 de San Juan, art. 32; Ley 920 de Chubut, art. 138.

<sup>28</sup> Gaitán, Romina, “La responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo”, LA LEY 21/10/2014, 2014-F, 646.

<sup>29</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 80.

Sin perjuicio de ello, Hutchinson afirma que en el código no se reguló por el codificador la responsabilidad del Estado, sin perjuicio que hoy en día, resultando de una interpretación moderna que el Estado responde en forma directa por las faltas de servicio que cometan sus funcionarios. Ello así, "...hoy, a partir de una exégesis evolutiva se interprete a partir del código, y precisamente del artículo 1112, la responsabilidad del Estado, es una cosa muy distinta a sostener que Vélez reguló expresamente el tema"<sup>30</sup>.

#### **2.4.- Precedentes judiciales previos a la reforma del Código Civil**

Preliminarmente, también cabe realizar una breve referencia a los fallos más significativos en materia de responsabilidad, dado que esta cuestión se desarrollará con mayor amplitud, en los capítulos correspondientes.

En ese sentido, el largo camino jurisprudencial alrededor de la cuestión de la responsabilidad del Estado se verificó en uno de los primeros casos, en el precedente "Devoto"<sup>31</sup>, allí la CSJN recurrió a los artículos 1109 y 1113 del entonces Código Civil, a efectos de responsabilizar al Estado por los daños derivados de un incendio ocasionado por la actividad de una cuadrilla de guardahilos del telégrafo, que realizaban trabajos en el campo que arrendaba la sociedad accionante.

Posteriormente, devinieron dos precedentes de interés: "Ferrocarril Oeste" y "Vadell"<sup>32</sup>, ambos supuestos de errores registrales.

Es en "Ferrocarril Oeste"<sup>33</sup>, en el cual la CSJN recurre por primera vez al concepto de "falta de servicio", aseverando que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para el fin establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución; en este fallo, se hizo uso de los artículos 1112 y 1113 del entonces Código Civil.

En cambio, y dando un giro interesante, la CSJN explicó en "Vadell" que no es de aplicación la disposición legal del artículo 1113, sino solamente la prescripción del artículo 1112 de la norma antes citada.

---

<sup>30</sup> Hutchinson, Tomás (Director), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado.*, Tomo I, vol. 7, La Ley, Bs. As., 2010, p. 85.

<sup>31</sup> Fallos 169:111

<sup>32</sup> Fallos 300:2030

<sup>33</sup> Fallos 185:5

## **2.5.- Las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Responsabilidad**

La Ley N° 26994, aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dispuso como norma transitoria cuarta que “la responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial.”

Por su parte, en el artículo 1764 dispone que las disposiciones del Capítulo referido a la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Este mismo cuerpo legal estipula en los artículos 1765 y 1766, que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda; y que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

De esta manera, el legislador dejó en claro que la regulación de la responsabilidad del Estado es una cuestión de derecho público local.

## **3. Caracteres y principales rasgos de la nueva regulación en Argentina.**

### **Fundamentos de la Ley N° 26944.**

#### **3.1. Normativa**

En primer lugar, corresponde hacer un análisis normativo de los rasgos y principales características de esta nueva regulación en Argentina. Para ello, realizaremos una sistematización de los siguientes puntos:

- Es una ley nacional, sancionada por el Congreso de la Nación.
- Rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, en el territorio de la República.
- Define a la responsabilidad del Estado como objetiva y directa.
- Establece la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil, actual Código Civil y Comercial de la Nación, de forma directa ni subsidiaria.

- Enuncia los presupuestos de configuración de la responsabilidad del Estado por actividad lícita e ilícita, y los supuestos de eximición.
- Regula los plazos de prescripción para demandar al Estado, en materia de responsabilidad extracontractual, en tres (3) años.
- Estatuye que 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.
- Dispone que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas, aplicándose, en caso de ausencia de regulación, la ley nacional.

### **3.2. Doctrina**

La nueva ley cambió los parámetros de la responsabilidad del Estado, toda vez que utiliza una categoría referida a la actividad legítima o ilegítima, diferenciándose de las categorías tradicionales del Código Civil.<sup>34</sup>

Mosset Iturraspe es uno de los doctrinarios que critica esta decisión, aseverando que resulta contraria a muchos de los principios generales en esta materia, pudiendo llegar a ocasionar desigualdades de trato, que eventualmente resultarían inconstitucionales, violatorias de principios como el de la reparación justa e integral, estableciendo diferencias de trato basadas en el autor del daño; la norma ubica a la responsabilidad del Estado en una categoría especial y fuera del Código Civil, que se rige principalmente por categorías de derecho público, excluyendo toda posibilidad de aplicación del Código Civil.<sup>35</sup>

En cuanto al ámbito de aplicación material y espacial, podemos concluir que regula de modo directo la responsabilidad extracontractual y de modo subsidiario la responsabilidad contractual (art. 10) del Estado nacional por su accionar legítimo e ilegítimo (arts. 3 y 4) derivado de sus acciones u omisiones (artículo 1), desarrolladas en sus diferentes poderes.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, Criterios acerca de la Responsabilidad del Estado, en "Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético", Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p.212.

<sup>35</sup> Mosset Iturraspe,....Ibidem.

<sup>36</sup> Rosatti, Horacio,....op cit, págs.. 497/498.

### 3.3. Jurisprudencia actual

En este punto, cabe puntualizar que hemos encontrado, en su mayoría, decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en relación con la aplicación de esta ley, las que explicaremos a continuación

La Sala III del citado Tribunal se ha expedido en relación con los requisitos de procedencia para la configuración de la responsabilidad del Estado, expresando que el nexo causal entre la conducta estatal y el daño constituye uno de los requisitos ineludibles para que proceda la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, “según lo exige una sólida y pacífica jurisprudencia” (CSJN, Fallos 312:1656 y ésta Sala, “Medina, Isaías Eduardo c/ PFA y/o otros s/ daños y perjuicios”, expte. 8.740/2010, sentencia del 10/12/2013, entre muchos otros).

Vale decir que dicho criterio, fue recientemente adoptado por la Ley N° 26944 (B.O. 08/08/2014), que en su artículo 3° establece como requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima los siguientes: 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; 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 sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”<sup>37</sup>

También se ha aplicado la nueva normativa en un caso de error judicial. En el fallo “G., J.A. c/EN Min. De Justicia y DDHH”<sup>38</sup>, diciendo que los casos de actividad judicial del Estado, no son generadores de indemnización, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley N° 26944 que reza: *“Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.”*

---

<sup>37</sup> Fallo “Machado Zenon Juan y otro c/ EN-INTA s/daños y perjuicios” – CNACAF – SALA III – 26/08/2014. Publicado en El Dial AA8BB0.

<sup>38</sup> Fallo “G., J.A. c/ EN-M° Justicia y DDHH – Poder Judicial y otros s/ daños y perjuicios” – CNACAF – SALA IV – 09/06/2015. Publicado en El Dial AA906B.



Finalmente, resulta interesante un caso en el cual se reconoció la responsabilidad del Estado, debido a que la AFIP efectuó reiterados débitos automáticos de la cuenta corriente bancaria de un contribuyente, en concepto de planes de facilidades de pago correspondiente a terceras personas, configurando un supuesto de “falta de servicio”. La Cámara estableció aquí que “el presente caso se encuadra como un supuesto de responsabilidad extracontractual por accionar ilícito del Estado. Desde hace mucho tiempo la Corte Suprema expresó que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (Fallos 306:2030). Esta idea constituye el conocido concepto de “falta de servicio” que en el Código Civil vigente encuentra sustento en el artículo 1112 y ha sido receptado en el artículo 3º, inciso d) de la reciente Ley N° 26944 (B.O. 8/08/2014).”<sup>39</sup>

Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el fallo “Cablevisión”<sup>40</sup>, efectuó una remisión al nuevo régimen, disponiendo que la nueva ley es una norma de derecho público –el cual no es ajeno a la competencia del Fuero en lo Civil y Comercial Federal.

En el precedente “Sabatucci”<sup>41</sup>, la CNCAF analizó el presupuesto de daño cierto y actual, plasmado en el inciso a) del artículo 3 de la nueva ley. Resumiendo los hechos del caso, se trataba de un agente de la Secretaría de Inteligencia del Estado que inició una acción de daños y perjuicios atento a no haber sido promovido a la categoría inmediata superior, cumpliendo con los requisitos legales al efecto. En el fallo, se puntualizó que “no existió demora en el ascenso, ya que ello nunca pudo haber ocurrido a la fecha en que el actor lo pretendía (a lo sumo hubo demora en el pago de la citada bonificación, lo que fue subsanado posteriormente). Por tal razón, no se advierte que exista un daño cierto y actual, requisito necesario para demandar por responsabilidad ilícita al Estado (art. 3º, inc. a), ley 26.944).”

---

<sup>39</sup> Causa 1.304/2012, Belaustegui Laura María c/ EN-AFIP-DGI s/Daños y Perjuicios – CNACAF- Sala III.

<sup>40</sup> Fallo “Cablevisión SA c. Bento, Walter Ricardo s. daños y perjuicios” - CNCIV Y COMFED – SALA III – 13/11/2014. Publicado en El Dial AA8D34.

<sup>41</sup> Fallo “Sabatucci Claudio Luis Mariano c/ EN-SIDE-Dto 1088/03 1386/06 s/empleo público” – CNACAF – SALA III – 18/02/2015. Publicado en El Dial AA8F0F.

Recientemente en un precedente se hace responsable en primera instancia al Fisco de la Provincia de Buenos Aires<sup>42</sup> –confirmado por la Alzada– por los daños injustamente sufridos por el actor en sus campos. El mismo fue dictado en julio de 2015, citando normas del Código Civil de Vélez Sarsfield, lo que demuestra que la Provincia de Buenos Aires no adhirió a la Ley N° 26944, ni tiene un régimen jurídico local propio. El caso encuentra como causa adecuada de la inundación que sufriera el inmueble del accionante los trabajos realizados por la Dirección de Saneamiento y Obras Hidráulicas. Dicha sentencia también concluye que el anegamiento del campo del actor se produjo por el obrar lícito del Estado provincial al ejecutar las obras, y que si bien hubo fuertes precipitaciones, estas no revistieron la relevancia suficiente (rectius: no actuaron como concausa del daño), por lo que, de no haber existido el obrar de la Provincia (exclusivo), las aguas se podían haber estancado en los bajos y no hubiesen llegado al campo de la actora (arts. 902 y conc., 1109, cód. civil; 384, 474, cód. procesal civil y comercial)<sup>43</sup>.

#### **4. Diferencias del régimen de responsabilidad Estatal anterior a la ley.**

Tal como sostiene la doctrina, hasta la sanción de la Ley N° 26944, la responsabilidad del Estado se regía por principios emanados de la jurisprudencia, en especial precedentes de la CSJN.<sup>44</sup>

En cuanto al sistema vigente antes de la sanción de la ley, podemos encontrar algunas diferencias, haciendo la salvedad que también existen muchas similitudes, dado que, como hemos expresado con anterioridad, la nueva normativa recepta los principios que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la CSJN forjaron al respecto.

- La primera diferencia con el régimen anterior es la existencia de regulación legal, ya que antes de su sanción, existían normas aisladas, y el régimen jurídico aplicable era de creación pretoriana.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> C2°CC La Plata, Sala II, 02/07/2015. - B., R. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perj. - Resp. Est. - por delitos y cuasid. sin uso automot. El Derecho (04/11/2015, nro 13.847).

<sup>43</sup> Boretto, Mauricio El Derecho, [265] - (04/11/2015, nro 13.847) [2015] Responsabilidad del Estado por actividad lícita: obra pública e inundaciones. ¿La reparación del "lucro cesante"?

<sup>44</sup> Massimino, Leonardo, La Responsabilidad de los Concesionarios de Servicios Públicos y el Estado, en "Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944" Coordinadores: Miriam M. Iyanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015, p. 227.

<sup>45</sup> Gaitán, Romina, "La Responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo", publicado en La Ley, 21/10/2014.

- Apartamiento de la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial, dado que actualmente no se puede recurrir a esa norma ni en forma directa ni subsidiaria. Tal como interpretó la doctrina, habría que analizar qué sucede con la cuestión de la aplicación analógica.
- Se ha establecido una valoración más estricta del nexo causal, para el supuesto de actividad legítima, en tanto que se requiere un concepto de inmediatez.<sup>46</sup>
- Antes de la sanción de la ley, se discutía sobre los alcances de la indemnización para el caso de responsabilidad del Estado por actividad lícita; en cambio la norma zanjó esa discusión, determinando que 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. Agregó que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante, receptando en su totalidad las limitaciones que encontramos en la ley de expropiación. (Conf. Artículo 5)
- Determinación de que 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.(Conf. art. 6)
- Regulación específica de plazos de prescripción: 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 y el mismo plazo para la pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos y para la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización. (artículos 7 y 9)
- La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización. Respecto a esta cuestión, y bajo el sistema

---

<sup>46</sup> Aberastury, Pedro, "Principios de la Responsabilidad del Estado, en "Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944", dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 37.

anterior, tal como puntualiza Aberastury<sup>47</sup>, la ausencia de vocación legislativa sistemática provincial y federal en el ámbito del derecho público sobre este punto ha llevado a la jurisprudencia a la aplicación de normas contenidas en el Código Civil para resolver casos sobre responsabilidad del Estado. No obstante, se verificó asimismo un debate respecto de si la cuestión de la prescripción era una cuestión de derecho público, y por lo tanto susceptible de regulación local, o una cuestión de derecho común, derivando en la aplicabilidad de las normas que el entonces Código Civil establecía sobre este instituto.

- Fija que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1). Respecto de este punto, se ha sostenido que anteriormente, encontrábamos el instituto de las denominadas astreintes en el artículo 666 bis del entonces Código Civil, figura esencialmente de carácter procesal, por lo que esa mención genérica en lugar de aclarar genera confusión, es decir, el legislador ha normado el punto genéricamente y de manera desafortunada.<sup>48</sup>

- La ley presupone que la responsabilidad del Estado es un tema exclusivamente local, no perteneciente al derecho común. “Hasta el momento de su sanción la cuestión de los daños ha recibido un tratamiento unificado desde el derecho común, aplicado subsidiariamente con los ajustes que impone el carácter público de la actuación del Estado en su carácter de poder estatal.”<sup>49</sup>

## **5. Fortalezas y debilidades del nuevo régimen**

En cuanto a este punto, sabemos que toda norma genera, en su nacimiento, opiniones tanto a favor como en contra de su dictado, y la nueva ley de responsabilidad del Estado, no fue la excepción.

A continuación, intentaremos recopilar las principales críticas, tanto a favor como en contra, encuadradas en fortalezas y debilidades de la ley.

### **5.1. Fortalezas**

---

<sup>47</sup> Aberastury, Pedro, “Principios de la Responsabilidad del Estado...”, op. cit.

<sup>48</sup> Aberastury, Pedro, “La Nueva Ley la responsabilidad del Estado”, publicado en la web <http://www.aberastury.com/>, fecha de consulta 8/10/2015.

<sup>49</sup> Pallareda, Carlos A.,..., op. cit, p.41.

- Inclusión de los principios que ha elaborado la CSJN sobre la materia, desde el fallo “Devoto”, a la fecha.<sup>50</sup>
- Empleo de una adecuada técnica legislativa al regular un espacio de la realidad, considerando aquellos aspectos con mayor consenso doctrinario y jurisprudencial, para luego incorporarlos a una norma especial.<sup>51</sup>
- Previsibilidad en una temática que se encontraba sin cobertura legal expresa y sujeta a una interpretación discrecional de los jueces.<sup>52</sup>
- Establecimiento de claros parámetros normativos para establecer los supuestos que pueden generar la responsabilidad del Estado por los daños que pueda producir, por acción u omisión.<sup>53</sup>
- Regulación de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias del derecho administrativo, respondiendo a la autonomía adquirida por esa materia respecto del derecho privado, en concordancia con la jurisprudencia sentada en el caso “Barreto”<sup>54</sup>.

Conforme lo expresa Uslenghi respecto de esta cuestión, “...la Ley de Responsabilidad del Estado significa un avance muy destacado en la regulación de este instituto. Basta recordar que desde la organización constitucional argentina (1853) han transcurrido más de ciento sesenta años sin que la legislación plasmara un régimen integral de la responsabilidad, instrumento esencial en un Estado republicano y democrático”<sup>55</sup>.

Otra parte de la doctrina sostiene que “El legislador se enrola en la postura de la doctrina mayoritaria de los autores de derecho administrativo que postula que la responsabilidad del Estado es un instituto de derecho público, cuya regulación no corresponde, como principio, a la legislación civil. En ese entendimiento, el art. 1° párrafo 3° de la ley, con una redacción criticable, dispone: “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la

---

<sup>50</sup> Lamoglia, Carlos M., Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: su regulación en la Ley 26.944, en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015, p. 124.

<sup>51</sup> Lamoglia, Carlos M.,...ibídem.

<sup>52</sup> Lamoglia, Carlos M.,...ibídem.

<sup>53</sup> Arenas Mendoza, Hugo A., Las Dilaciones Indebidas Procedimentales y su Posible Desarrollo en la Argentina, a partir de la Ley 26.944 sobre responsabilidad estatal”, en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015, p. 141.

<sup>54</sup> Fallo CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c/ provincia de Buenos Aires, 21/3/2006

<sup>55</sup> Uslenghi, Alejandro, La responsabilidad del Estado por omisión, en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015, p. 175.

responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Ciertamente, ello no puede significar que no se pueda acudir a la legislación civil para cubrir las lagunas existentes en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales (v.gr. el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Cód. Civil) u otras soluciones allí consagradas a través de una aplicación extensiva mediante la técnica de la interpretación analógica.<sup>56</sup>

- Reconocimiento de que la materia en cuestión es de derecho público local, al haber invitado a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a sus prescripciones. (art. 11)

## 5.2. Debilidades

- Resulta interesante la opinión de Rosatti, quien destaca la existencia de tres paradojas lógicas en la nueva ley: a) refiere que se trata de una norma emanada del Congreso que excluye la aplicación de otra norma con el mismo carácter, como es el entonces Código Civil, pero no la deroga; b) reconoce que la responsabilidad del Estado es un tema de derecho público local, e invita a adherirse a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA), y sin embargo lo regula desde el Congreso Nacional; c) en su afán de unificar criterios, la norma abre la puerta a una multiplicidad de regulaciones, toda vez que las provincias y la CABA pueden válidamente adherir a algunas de sus cláusulas, pero no a otras.<sup>57</sup>

- Ausencia de contemplación de otros factores de atribución tales como el riesgo de las cosas o de actividades riesgosas, o la violación de la confianza legítima, entre otros, “...lo cual en muchos supuestos puede provocar la exclusión de la responsabilidad estatal, ya sea porque la conducta dañosa no es susceptible de encuadrar en la figura de la falta de servicio, o debido a la mayor laxitud del régimen de eximentes en la falta de servicio respecto de otros factores de atribución. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el riesgo, que por tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva de resultado, la conducta

---

<sup>56</sup> Perrino, Pablo Esteban, artículo publicado en la web “Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos” en [http://www.calp.org.ar/articulo/2014/7/16/lineamientos\\_principales\\_de\\_la\\_ley\\_de\\_responsabilidad\\_del\\_estado\\_y\\_de\\_los\\_funcionarios\\_y\\_agentes\\_publicos\\_pablo\\_esteban\\_perrino](http://www.calp.org.ar/articulo/2014/7/16/lineamientos_principales_de_la_ley_de_responsabilidad_del_estado_y_de_los_funcionarios_y_agentes_publicos_pablo_esteban_perrino) (fecha de consulta: 14/8/2015)

<sup>57</sup> Rosatti, Horacio, “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p.522.

desplegada por el autor del daño carece de entidad para exonerar su eventual deber de responder.”<sup>58</sup>

- Adopción de tesis restrictivas o limitativas del principio de reparación plena o integral. Sin embargo, Márquez y Calderón han efectuado una salvedad opinando que esas decisiones fueron tomadas dentro de un marco de opciones razonables y ampliamente sustentadas por doctrina y jurisprudencia; asimismo, agregando que la reforma no es arbitraria ni caprichosa.<sup>59</sup>
- Cuestionable limitación establecida al alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita.<sup>60</sup>

## **6. Competencia federal y local en materia de legislación regulación y juzgamiento.**

### **6.1. Fundamentos y debate del proyecto**

#### **6.1.2. El texto de la norma.**

La sanción de la Ley N° 26944 significó, entre otras cosas, la exclusión expresa de la aplicación de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, tanto en forma directa como subsidiaria, así se desprende del artículo 1, que reza “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les 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.”

Asimismo, implicó una decisión del Estado argentino de regular la materia de la responsabilidad del Estado a través de una ley especial, excluida del cuerpo del Código Civil y Comercial unificado, que sólo se aplica a la responsabilidad del Estado nacional, pero que deja una puerta abierta, a través de la invitación a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, a que adhieran a dicho sistema.

---

<sup>58</sup> Perrino, Pablo Esteban, “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, *El Derecho Administrativo*, 31/3/2015, N° 13.698.

<sup>59</sup> Márquez, José Fernando y Calderón, Maximiliano Rafael, “Responsabilidad del Estado por actividad legítima. Excepcionalidad, resarcimiento y actividad judicial”, *La Ley*, 3/6/2014.

<sup>60</sup> Bustelo, Ernesto.,...op. cit., p. 527.

Según se desprende de la invitación a adherirse que la ley formula a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires (Artículo 11. — Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.), no rige la responsabilidad por los daños provocados por ninguna de estas entidades, sino que se rigen por las normas existentes en sus respectivos ámbitos, regulando sí la responsabilidad del Estado nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas en el territorio de la República sujeto a la jurisdicción nacional.<sup>61</sup>

En nuestro sistema federal, se da un reparto de competencias que deriva necesariamente de una de las relaciones que de él nacen, denominadas “coordinación”<sup>62</sup>, por la cual se delimitan las competencias propias del Estado Federal y de las provincias.

En ese sentido, en nuestro sistema constitucional, toda vez que las provincias son preexistentes a la Nación, se presenta el principio general que estipula el artículo 121 de la Carta Constitucional<sup>63</sup>, por el cual ellas conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, por la Constitución.

Quienes afirman que nos encontramos ante una materia que no fue objeto de la delegación de la que hablamos, y que, como consecuencia, queda ínsita dentro de la esfera de regulación estrictamente local, y sujeta a las disposiciones que establecerán los Estados provinciales.<sup>64</sup>

Existen algunas limitaciones, que también juegan como alicientes a la hora de evaluar lo que podría suceder con el dictado de múltiples regulaciones locales en materia de responsabilidad del Estado, tales como:

---

<sup>61</sup> Pallareda, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de responsabilidad del Estado” en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p.44.

<sup>62</sup> Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 176.

<sup>63</sup> Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

<sup>64</sup> Lamoglia, Carlos M., “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: su regulación en la Ley N° 26.944” en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015. Este autor cita a Pablo Perrino, quien explica que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden adherir sin más a la ley, establecer su propio régimen jurídico, guardar silencio, lo cual equivale a continuar con un régimen pretoriano de responsabilidad, en este último caso, aplicando principios y normas del derecho público, y aquellas del derecho privado, sólo en forma analógica.



a) la existencia de un bagaje jurisprudencial, especialmente el desarrollado por nuestro máximo tribunal, a partir del caso “Devoto” en adelante, que impide la posibilidad que los tribunales dejen de condenar a los Estados locales por el hecho de que no dicten sus normas específicas o no adhieran el régimen de la Ley N° 26944<sup>65</sup>.

b) los fundamentos constitucionales y del derecho internacional hacen que si ocurriera alguna violación constitucional, y si la norma o regulación degrada o suprime la responsabilidad, el particular estaría habilitado a accionar judicialmente en defensa de sus derechos, para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional<sup>66</sup>.

c) las Constituciones locales, que funcionan como autolimitaciones que los estados locales se impusieron en ejercicio del poder constituyente establecido en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, y que establecen firmemente los principios de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

d) La prescripción de los artículos 1765 y 1766<sup>67</sup> del Código Civil y Comercial unificado que generan que si el derecho administrativo nacional o local no legislara el alcance de la responsabilidad del funcionario y del empleado público, cuando cometen faltas de servicio, se aplicará analógicamente el Código Civil y Comercial unificado, y por lo tanto, las responsabilidades del Estado y de los agentes públicos serán concurrentes.<sup>68</sup>

En cuanto al punto c), como se verá en el próximo punto, también se ha considerado que son numerosas las disposiciones contenidas en las constituciones provinciales que regulan la responsabilidad del funcionario y las normas inferiores en las cuales se recepta la responsabilidad del gobierno local o de los municipios; se cree que “estas regulaciones locales significan la

---

<sup>65</sup> Bustelo, Ernesto., “Análisis de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en materia de responsabilidad del Estado a la luz de los precedentes de la Corte Federal”, en “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944”, dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 528

<sup>66</sup> Cassagne, Juan Carlos, op. cit. P. 69.

<sup>67</sup> Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

<sup>68</sup> Cassagne, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”, artículo publicado en La Ley, Año LXXVI, N° 84, 1/10/2012, ISSN 0024 -1636, p.3

asunción, por parte de las provincias, del ejercicio de sus facultades legisferantes en materia de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.”<sup>69</sup>

Sobre la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil y Comercial a los funcionarios públicos, también se ha sostenido que, toda vez que el artículo 9 de la ley nada dice al respecto, al contrario de lo fijado por el artículo 1, nada obsta a que puedan aplicarse con dicho alcance.<sup>70</sup>

Resulta importante destacar que la nueva norma regula, como consecuencia de la exclusión realizada a la remisión a disposiciones del Código Civil, por lo menos en forma directa y subsidiaria, los plazos de prescripción para poder demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, y dispone un término de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita. (Conf. Artículo 7)

El artículo 9 de la ley citada también realiza precisiones al respecto, al establecer que la pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años y que la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe en el mismo plazo de la sentencia firme que estableció la indemnización.

## **6.2. Normativa Provincial sobre responsabilidad del Estado**

Existen numerosas Constituciones provinciales que receptan los principios de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, a saber:

### **a) Constitución de Catamarca:**

El artículo 47 dispone que todos los funcionarios y empleados de la Provincia son individualmente responsables de las faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, no pudiendo excusar su responsabilidad civil, penal y/o administrativa en la obediencia debida ni en el estado de necesidad.

Asimismo, se dispone que no obstante la responsabilidad personal del agente, la Provincia responde subsidiariamente por el daño civil ocasionado

---

<sup>69</sup> Hutchinson, Tomás, op. cit. p. 286. El autor también establece que el Derecho Público Provincial es muy rico en materia de normas de responsabilidad de los funcionarios. Explica que algunas de ellas sólo regulan la responsabilidad civil del funcionario, como sería el caso de Jujuy, Mendoza o Corrientes, y en otros casos, la responsabilidad de la provincia se limita a la reparación de los daños causados por sus agentes con motivo o en ejercicio de sus funciones, como Río Negro o Chubut.

<sup>70</sup> Ivanega, Miriam Mabel, op. cit. p. 16

por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado y que toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o priven a los ciudadanos de las garantías que ella asegura, serán nulos y no podrán ser aplicados por los jueces.(Conf. Artículos 48 y 49).

**b) Constitución de Jujuy:**

El Artículo 10 reza: 1. Toda persona que ejerce cargo público es responsable de sus actos conforme a las disposiciones de esta Constitución y la ley. 2. El estado responde por el daño civil ocasionado por sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado, sin perjuicio de la obligación de reintegro por parte del causante.

Por su parte, el Artículo 11 dispone que el Estado puede ser demandado ante la justicia, pero no podrá disponerse medida cautelar alguna sobre sus bienes o rentas, salvo que éstos hubieren sido afectados especialmente al cumplimiento de una obligación. 2. Cuando el Estado fuere condenado al pago de una deuda, la sentencia podrá ser ejecutada y embargadas sus rentas luego de transcurridos tres meses desde que aquella quedare firme y ejecutoriada.

**c) Constitución de Santa Fe:**

Artículo 18: En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.

**d) Constitución de Salta:**

Artículo 5: El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales. El Estado Provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes. Los

embargos no pueden recaer sobre los bienes afectados a la función asistencial del Estado ni exceder el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios.

**e) Constitución de Misiones:**

Artículo 80: La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 81: La Provincia podrá ser ejecutada en la forma ordinaria si transcurrido un año de la fecha en que el fallo condenatorio hubiere quedado firme la Legislatura no arbitrare los recursos para efectuar el pago. Exceptúanse de esta disposición las rentas o bienes especiales afectados en garantía de una obligación de los servicios públicos.

**f) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:**

Artículo 56: Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales. Deben presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir el cargo y al tiempo de cesar.

**g) Constitución de La Rioja:**

Artículo 49: La provincia es solidariamente responsable con sus agentes cuando éstos causaren daños a terceros por mal desempeño de sus funciones, a menos que los actos que los motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones.

**h) Constitución de Santiago del Estero:**

Art. 11. - La Provincia y los municipios como personas de derecho carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandados ante los tribunales ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa, siéndole desconocido o negado el derecho invocado, o que, transcurridos tres meses después de la iniciación de dicha vía, no se hubiere dictado resolución. Cumplidos estos requisitos, quedará expedita la vía judicial sin que sea menester autorización alguna ni otra formalidad previa. Si hubiere condenación a pagar sumas de dinero, no podrá

hacerse ejecución ni trabarse embargo de sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura o concejo deliberante, en el período de sesiones ordinarias inmediato al de la ejecutoria, arbitrar los recursos necesarios para el pago, cesando este beneficio si así no lo hiciera en el plazo de tres meses. Los embargos no podrán recaer sobre los bienes afectados a las funciones esenciales del Estado. Esta disposición se incluirá en todos los contratos en que sea parte el Estado provincial o municipal.

Tal como se advierte, son muchas las provincias que instauran dentro de sus propias Constituciones, la plena responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, algunas con mayor exactitud y especificidad que otras; algunas de ellas, ya habían planteado la idea de su competencia local para su regulación.

### **6.3. Doctrina**

Ahora bien, en cuanto a las competencias en materia federal y local en relación con la responsabilidad del Estado, podemos decir que a partir del avenimiento de esta nueva ley, se renovó el antiguo debate en torno a la asignación de dichas competencias en la materia.

Este fenómeno es descrito con claridad por Horacio Rosatti<sup>71</sup>, para quien, una de las cuestiones principales tiene que ver con las modalidades de complementación normativa que resultan aplicables.

Con respecto a ello, este autor opina que los métodos que aseguran con mayor eficacia los requerimientos constitucionales del federalismo son los de unidad consensuada o pluralidad jerárquica con complementación sustantiva.

En relación a estos sistemas, el de la unidad consensuada “se define como aquel en el cual cada escala de decisión (Estado Nacional y Estados miembros) tiene una dosis de poder de regulación sobre un tema, quedando supeditado su ejercicio a un acuerdo del que participa pero que la trasciende, estableciéndose una complementación plural forzosa”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Rosatti, Horacio. “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina” en Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegetico” Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p.33.

<sup>72</sup> Rosatti, Horacio, op cit, p. 32.

Por otra parte, se describe al de la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva como aquel en el cual existe un nivel básico que funciona como mínimo común denominador, aplicable a todo el país, que resulta competencia del Estado central, y otro nivel complementario, quienes tienen que regular respetando aquellas pautas que configuran el nivel básico uniforme.

Es interesante destacar como en la versión taquigráfica del debate parlamentario dado en el recinto del Senado de la Nación, tuvo posiciones encontradas respecto de la competencia federal y local en la cuestión de esta ley.

Algunos miembros del Senado consideraron que se estaría verificando una “provincialización” de las responsabilidades y que, en algunas provincias, hasta se podría llegar a “municipalizar” la cuestión, pudiendo haber desigualdades de trato, exceso de legislaciones, incertidumbre jurídica, y la posibilidad de que se dicten normas discrecionales que afecten severamente los derechos de los ciudadanos; en ese mismo sentido se postuló que se instalaría un sistema en el cual cada distrito o provincia de nuestro país tenga un sistema individual, que muchas veces puede ser complementario o bien absolutamente contradictorio con el que se estaba votando.<sup>73</sup>

### **6.3.1 Acerca de la nueva normativa**

Destacada doctrina ha considerado que esta materia resulta propia del derecho público y que “nada obsta, a efectos de preservar el Estado de Derecho, que se instituya una regulación que unifique postulados como manifestación del principio de igualdad. Se postuló, entonces, la necesidad de establecer un marco básico nacional, sentando el concepto de presupuestos mínimos, que sin afectar las autonomías provinciales, contenga los principios generales de las diversas responsabilidades.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> De las exposiciones de los senadores Sanz, Garramuño, Odarda, y Petcoff Naidenoff. Versión taquigráfica de debate parlamentario previo a la sanción de la Ley 26.944.

<sup>74</sup> Ivanega, Miriam Mabel., “Fundamentos de la Responsabilidad de los funcionarios públicos (y las incertidumbres de la Ley N° 26.944), en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega – Ricardo Rivero Ortega, Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015. La autora cita a María Angélica Gelli, quien expresa que si bien el derecho público local debe regir el procedimiento administrativo y el judicial, no existe impedimento en que las normas sustantivas – a partir de la perspectiva de la reparación del daño a la persona, con las singularidades del caso- surjan de una legislación uniforme para todo el país “porque no dejan de constituir un capítulo, específico, sí, del

Tal como señala Rosatti, la norma ofrece diversas paradojas, entre ellas, que estamos frente a un precepto que reconoce que el tema que asume pretende unificar criterios en el tema que regula pero que abre la puerta a una multiplicidad de marcos normativos, pues las provincias y la CABA pueden adherir a algunas de sus cláusulas (v. gr.: la no aplicación del Código Civil en la materia) pero no a las otras (las que regulan el nuevo sistema de responsabilidad estatal).<sup>75</sup>

La doctrina sostiene que, desde el momento en que la norma invita a las jurisdicciones locales a adherir, está reconociendo que el tema no es propio, de modo que también está aceptando que podría ser regulado íntegramente de modo diferente y que la regulación de la responsabilidad está atrapada dentro de un cúmulo de las facultades normativas de las provincias y de la Ciudad Autónoma, propias de sus autonomías.<sup>76</sup>

En el mismo sentido opina Perrino, quien explica que la ley no se dictó por el Congreso con arreglo a las facultades conferidas en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, sino en su condición de legislador federal, por lo que no alcanza a los daños provocados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.<sup>77</sup>

Tomás Hutchinson también se expidió sobre este tema, sosteniendo que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, se encuentra regida por normas y principios del Derecho Público, destacando que “el fundamento por el cual las provincias pueden regular la responsabilidad en el ámbito que me ocupa reside en la disposición constitucional que dispone que todo lo atinente a aquel derecho forma parte del poder no delegado por las provincias a la Nación (art. 104, CN de 1853/60, hoy art. 121). La responsabilidad derivada del ejercicio de la función pública – la que he denominado responsabilidad administrativa - forma parte de la disciplina del Derecho Administrativo que tiene carácter local y, por lo tanto, ello

---

derecho de daños. La especificidad puede regularse en una ley que garantice, para todos los habitantes del país, los mismos derechos sustantivos, pues éstos derivan del contenido de los códigos materiales.”

<sup>75</sup> Rosatti, Horacio., “Responsabilidad Estatal” en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 523.

<sup>76</sup> Rosatti, Horacio., op. cit p. 626. Y Perrino, Pablo, op. cit. p.1.

<sup>77</sup> Perrino, Pablo Esteban, artículo publicado en la web “Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos” en [http://www.calp.org.ar/articulo/2014/7/16/lineamientos\\_principales\\_de\\_la\\_ley\\_de\\_responsabilidad\\_del\\_estado\\_y\\_de\\_los\\_funcionarios\\_y\\_agentes\\_publicos\\_pablo\\_esteban\\_perrino](http://www.calp.org.ar/articulo/2014/7/16/lineamientos_principales_de_la_ley_de_responsabilidad_del_estado_y_de_los_funcionarios_y_agentes_publicos_pablo_esteban_perrino) (fecha de consulta: 11/6/2015)

conlleve la coexistencia de regímenes provinciales de responsabilidad estatal y de sus funcionarios, juntamente con el nacional.”<sup>78</sup>

En este punto, cada provincia también tendrá que verificar cuales son las normas que sus propias Constituciones locales establecen en la materia, a efectos de que no se produzca una contradicción entre ellas.

También se generaron planteos en torno a la inconveniencia que apareja que la cuestión de la responsabilidad del Estado no se encuentre regulada en el Código Civil (o en su caso en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado).

Resultan ilustrativos los Dictámenes de la minoría de las Comisiones de Asuntos Constitucionales de Legislación General<sup>79</sup>, en los cuales se sostuvo: a) que la Constitución Nacional requiere, en su artículo 75 inciso 12, que la responsabilidad del Estado sea regulada de manera uniforme en todo el país por una norma de carácter común, más precisamente, el Código Civil; b) el artículo 11 de la Ley N° 26944 es inconstitucional, por ser violatorio del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional; c) el reenvío que realiza la ley a una legislación local que no existe, conjugado con la prohibición de la aplicación subsidiaria del derecho común, derivará en un supuesto de vacío legal muy peligroso; d) originariamente, el anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por los magistrados de la CSJN, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la jurista Aida Kemelmajer de Carlucci, contemplaba la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, tanto por su actividad lícita como ilícita; e) la diversidad de normas y las diferencias entre regulaciones atentaría seriamente contra el derecho de igualdad de los damnificados por la actuación del Estado en sus diferentes niveles; f) la responsabilidad, las reglas y principios que la rigen, son esencialmente propios de una ley de fondo, que, como tal corresponde dictar al Congreso Nacional y que debe regir uniformemente en todo el territorio de la Nación, con prescindencia del agente involucrado.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Hutchinson, Tomás, “La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, en en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 285.

<sup>79</sup> Sesiones Ordinarias, año 2013, orden del día N° 2704, impreso el día 22 de noviembre de 2013. Obtenido en el sitio web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, consulta efectuada el día 12 de junio de 2015.

<sup>80</sup> De los Dictámenes de los Diputados/as Pablo G. Tonelli, Omar Duclós, Elisa Carrió y Graciela Camaño.



El principal fundamento jurídico-filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella y que los principios generales, hállese o no regulados por el derecho positivo prevalecen sobre las normas y constituyen mandatos carentes de supuestos de hecho que el intérprete completa, en su aplicación al caso.<sup>81</sup>

Es que la responsabilidad del Estado, tal como señala Mertehikian, no deriva de la ley, sino de la Constitución Nacional, pues, como ha dicho la CSJN, el fundamento del principio de que nadie debe dañar a otro encuentra su quicio en el artículo 19 de la Constitución Nacional.<sup>82</sup>

Algunos autores reflexionan sobre la posibilidad de la existencia de una regulación uniforme a aplicarse sobre todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y concluyen que ello implicaría un serio ataque al federalismo, en tanto “ello sólo parece poder predicarse como una simple expresión de deseos, o de *lege ferenda*, pero jamás sustrayendo solapadamente competencias reservadas por las provincias desde 1853, desnaturalizando el reparto de competencias constitucionalmente establecido.”<sup>83</sup>

## **6.4. Posturas críticas**

### **6.4.1. Civilistas**

En otra de las posiciones críticas, se sitúa Jorge Mosset Iturraspe, quien opina que la ley se rige principalmente por categorías de Derecho Público y excluye toda posibilidad de aplicación del Derecho Civil “...contrariando la rica historia jurisprudencial y doctrinaria de nuestro país, abriendo las puertas a un mosaico legislativo constitucional provincial que ha de generar diversos problemas y que se anticiparon en ciertos precedentes de la CSJN, en aquellos supuestos de hecho donde la Constitución Nacional establece un criterio y

---

<sup>81</sup> Cassagne, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, artículo publicado en el suplemento de derecho constitucional de La Ley, AR DOC 1303/2014, mayo 2014, p. 3.

<sup>82</sup> Mertehikian, Eduardo, “La Responsabilidad del Estado en el Derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso “Friar S.A.”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Alberto Bianchi, 1ª Edición, Buenos Aires, RAP, 2008, p.79.

<sup>83</sup> Bustello, Ernesto N., “Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en materia de responsabilidad del Estado a la luz de los precedentes de la corte federal” en “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944”, dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p.528)

donde las Constituciones provinciales señalan otro, y esto se ha de reflejar en materia de la responsabilidad del Estado.”<sup>84</sup>

#### **6.4.2. Publicistas**

En un sentido similar se expidió Cassagne, quien opinó que existen instituciones troncales del sistema jurídico “que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Código Civil. (...) Se trata de materias que plantean la necesidad y la conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.”<sup>85</sup>

#### **6.5. Acerca de la regulación en materia de prescripción**

En cuanto al debate sobre la competencia para regular el tema de la prescripción, largo ha sido el debate ventilado, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Rosatti lo define con claridad, al expresar que existen dos vertientes doctrinarias:

##### **6.5.1. Civilistas**

Esta postura estima que el encabezamiento normativo vigente es el que surge del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

Tal como puntualiza la doctrina, la CSJN ha establecido el criterio que asevera que las provincias no pueden establecer plazos de prescripción, ni la fijación del momento de inicio de dichos plazos, ni aún en el marco del derecho público, por ser una materia estrictamente comprendida en el marco del derecho común de las obligaciones. (Conf. López Herrera).<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “Criterios acerca de la responsabilidad del Estado”, en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 246.

<sup>85</sup> Cassagne, Juan Carlos., “La Responsabilidad del Estado: Fundamento Constitucional y su regulación por una ley administrativa”, en “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944”, dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 69) El autor explica que algo similar puede ocurrir con la responsabilidad del Estado y empleados públicos y que “es tan legítimo regular la categoría básica en el CCCN y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas caracterizadas como de derecho público), como hacerlo a través de leyes especiales, aun reconociendo que se corre el riesgo de que una regulación nacional o provincial restrinja o suprima la procedencia y alcance de la responsabilidad.

<sup>86</sup> Parellada, Carlos, “Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944”, en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 65.

### 6.5.2 Iuspublicistas

Estiman que el encabezamiento normativo vigente es el que surge de lo previsto en el artículo 121 de la Carta Magna, a partir del cual cobra vigencia la potestad normativa local para delimitar sin condicionamiento alguno, lo referente al plazo de extinción de las obligaciones hacia el Fisco y del mismo hacia quienes pretendan accionar contra él; reivindican la competencia local en el tema, siendo que es el propio Congreso quien reconoce que carece de legitimación constitucional para fijar el plazo de prescripción<sup>87</sup>.

En esta vertiente, se inscribe también Aberastury que en la norma se unifican los plazos de prescripción, pero hace una salvedad: que este instituto no pertenece al derecho público, “toda vez que en reiterados precedentes, la Corte ha establecido que se trata de facultades delegadas por las Provincias y éstas carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 285:209; 320:1344, entre muchos otros).”<sup>88</sup>

Es interesante la postura de Ábalos, quien advierte “que este tema puede enfocarse desde la perspectiva del Derecho Civil que, como derecho común a los términos del art. 75 inc. 12 de la CN, impone que las normas sobre prescripción de las obligaciones reglada en el Código Civil rijan para todas las provincias por igual incluyendo las manifestaciones de su poder tributario. Pero también cabe la perspectiva del Derecho Público que incluye las ramas del ámbito administrativo y tributario como derecho local, reservado por las provincias, que conlleva a que la potestad tributaria provincial incluya la de dictar normas sobre prescripción de tributos provinciales.”<sup>89</sup>

### 6.6. Jurisprudencia

---

<sup>87</sup> Entre otros autores: Horacio Rosatti, op. Cit.

<sup>88</sup> Aberastury, Pedro, “El proyecto de ley sobre la responsabilidad del Estado”, publicado en la web [www.dipcuantico.com](http://www.dipcuantico.com), fecha de consulta 10/6/2015.

<sup>89</sup> Ábalos, María Gabriela, “Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”, artículo publicado en la web: <http://www.derecho.uba.ar/> (consulta fecha 9/10/2015)

En el célebre caso “Barreto”<sup>90</sup> la CSJN reconoce que la configuración de una falta de servicio requiere acudir necesariamente al derecho público local para determinar la irregularidad en el cumplimiento de las funciones que tenían a su cargo los agentes de la Provincia; caso contrario, se pone en juego la autonomía provincial y, la inexistencia de una causa civil; a pesar de que la norma en que se sustenta la responsabilidad de la Provincia se encuentra en el Código Civil.

Desde el análisis jurisprudencial, es de destacar el caso “Filcrosa”<sup>91</sup>, en el cual es la misma CSJN quien sostiene la postura contraria, al establecer que “los ordenamientos locales no podían establecer plazos de prescripción liberatoria de las obligaciones tributarias que excedieran el plazo previsto en el Código Civil, porque – en tal caso – la municipalidad estaría reglando aspectos de Derecho común vedados tanto a ella como a la provincia de la cual forma parte, y porque la prescripción liberatoria constituye una de las principales facetas del régimen de las obligaciones regulado por el Código Civil.

## **6.7. Consideraciones finales sobre la competencia**

Como conclusión, podemos destacar que la Ley N° 26944 no solo implica una regulación sobre la responsabilidad estatal, sino la ratificación que esta temática es propia del derecho público, y por ende que se trata de una materia propia de la competencia de los estados locales, en el marco constitucional del estado federal que poseemos, en consonancia con el principio de autonomía, y toda vez que son materias no delegadas a la Nación; esto lleva a que la responsabilidad del Estado se circunscriba a cada uno de los ámbitos locales, y sujetos a las regulaciones del mismo carácter.

Podemos advertir que no solamente se trata de una nueva ley de la responsabilidad del Estado, ya sea a nivel nacional o local, sino que se encuentra en juego un punto neurálgico de nuestro sistema constitucional,

---

<sup>90</sup> Fallo CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c/ provincia de Buenos Aires, 21/3/2006. El máximo tribunal ha entendido que el daño que es atribuido por los actores a la provincia en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, es materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.

<sup>91</sup> Fallo CSJN, “Filcrosa SA. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, 30/9/2003.

formado nada más y nada menos, que por pilares esenciales en nuestra materia, tales como los principios de igualdad y justicia, el derecho de propiedad, y los principios que sustentan el régimen federal adoptado por nuestro país.

Por ello, es que, atento al estado de la cuestión actual, resulta esencial prestarle la debida atención al alcance que los tribunales le otorgarán a la ley, y especialmente a las respuestas que brindarán, ante posibles planteos de inconstitucionalidad de algunos de sus artículos, especialmente por parte de los superiores tribunales provinciales y de la Corte Suprema Nacional, ésta última en su carácter de intérprete último de nuestra Constitución federal.

## **7. La cuestión de la autonomía provincial y su injerencia en el nuevo dispositivo legal**

Ya hemos expresado que existen alrededor de esta ley, algunas cuestiones discutidas, respecto de si la responsabilidad del Estado es de derecho público local, y hemos citado reconocida doctrina que así lo entiende.

Al respecto, cabe recordar la ya citada opinión de Perrino, que resulta muy didáctica al explicar que la ley ha invitado a adherir a sus disposiciones tanto a las provincias como a la CABA. Así las cosas, explica, esos entes locales podrán adherir a todas las disposiciones de la ley, o a algunas de ellas, dictar una ley con su propio régimen de responsabilidad, o guardar silencio.

La vinculación del tema de la responsabilidad del Estado con la autonomía provincial se da en su caracterización como de derecho público, y se ubicaría por ello dentro de las facultades que las provincias no delegaron al Estado nacional, y que por consecuencia, configuran facultades exclusivas de estos entes locales.

En este punto, tal como sostiene Rosatti, que el tema sea regulado por las provincias y la CABA no asegura impunidad, sino heterogeneidad; “La heterogeneidad normativa es propia del sistema federal y por tanto no debe verse como una patología. El problema que puede surgir en función de la heterogeneidad normativa es el de la vulneración del principio de igualdad.”<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Rosatti, Horacio...,p.32.

## **8. Aclaración y diagnóstico preliminar de la jurisprudencia argentina relevada**

Como se ha desarrollado anteriormente, hemos visto como la jurisprudencia encontrada, por lo demás escasa, se ha limitado a citar el contenido de la Ley N° 26944, no habiéndose expedido, aún, en pedidos de inconstitucionalidad de alguno de sus artículos.

Será entonces tarea de los jueces expedirse sobre los alcances y la interpretación de esta norma en aplicación a casos concretos, y habrá que prestar atención a las decisiones de los tribunales superiores, en especial la CSJN, teniendo en cuenta que sus decisiones tuvieron recepción legislativa en la Ley N° 26944.

### **Tareas 3 y 7:**

- **Consulta con expertos. Determinación de los expertos a consultar radicados en Argentina y/o provincias sobre el actual marco jurídico nacional y en el derecho comparado, con particular análisis de las competencias locales; la exposición de las vías de acción a adoptar a nivel local; caracteres que deben ser receptados por la reglamentación; efectos económicos de la regulación de esta materia.**
- **Entrevistas con funcionarios de Fiscalía de Estado, Ministerio de Economía y, de ser necesario, alguna otra área clave en la materia objeto del presente, sobre su enfoque y visión acerca de las fortalezas y necesidades en la temática objeto de estudio.**

Atento a la metodología del trabajo, así como por su interrelación y similitud, se abordarán en forma conjunta las tareas 3 y 7.

Para el desarrollo de las etapas anteriores se realizaron reuniones de trabajo con expertos en la materia con perfil académico y técnico, que tengan la responsabilidad de llevar adelante el manejo de expedientes con reclamos y procedimientos administrativos de la provincia de Buenos Aires.

A tal fin, la opinión de funcionarios públicos con conocimiento en derecho administrativo ha sido tenida en cuenta para el abordaje del trabajo, quienes a partir de la experiencia brindaron su aporte y su visión para la esquematización y el desarrollo del presente.

A tal fin, se consultaron desde el ámbito del Ministerio de Economía al Dr. Jose M. Ballesteros, Director Provincial de Asuntos Jurídicos, quien brindó el enfoque práctico desde los casos concretos que se presentan en la Administración Pública provincial, atento que en dicha jurisdicción, transitan gran parte de los reclamos por los cuales se demanda la responsabilidad del Estado, y cuya resolución tendrían repercusión en las finanzas públicas provinciales.

Resultó asimismo de gran utilidad el aporte de dicho Ministerio respecto de las experiencias nacionales y de otros países, atento el vínculo permanente que mantienen con Organismos de Crédito Internacionales, a través de la Subsecretaría de Coordinación de Organismos de Créditos Internacionales. Su titular, la Lic. Karina Angeletti orientó y comentó los principales lineamientos sobre los distintos institutos jurídicos del derecho comparado en esta temática. El aporte de información sobre experiencias con Organismos Internacionales y otros países, por actores que tienen constante vínculo con esta temática, nos brindó una orientación más específica sobre distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, lo cual fuimos ampliando con las consultas de publicaciones, bibliografía, páginas webs institucionales, bases de datos oficiales, normativa, jurisprudencia y doctrina extranjera, entre otras fuentes.

Tal como se observa en la tarea N° 4 se abordó el estudio de los sistemas jurídicos del:

- Régimen Comunitario Europeo.
- Régimen de la Organización de Naciones Unidas.
- Régimen de responsabilidad estatal en los países miembros de la Comunidad Europea: el caso español, del Reino Unido, Italia y Francia.
- Régimen de responsabilidad estatal en el Mercosur: el caso de Brasil y Uruguay.
- Régimen de la responsabilidad estatal de Estados Unidos y el caso Chileno.

Asimismo, dentro del mismo Ministerio de Economía, el Director Provincial de Presupuesto, Cdor. Julio González, y el asesor de la Ministra, Lic. Patricio Nardowski, nos aportaron datos y conocimientos relativos a las previsiones presupuestarias y financieras del erario público provincial para hacer frente a las indemnizaciones de las sentencias condenatorias de la provincia.

Por otro lado, se efectuaron consultas a funcionarios de Fiscalía de Estado, canalizadas a través del Subsecretario de Interior. Dr. Ariel Ibáñez, quien brindó su punto de vista para efectuar un análisis crítico y razonado de la información relevante con la que se cuenta en la Administración Pública provincial, cuyos lineamientos tendrían repercusión en caso de contar con una norma provincial sobre la responsabilidad del Estado similar a la Ley N° 26944 y cuáles son las diferencias con el régimen de responsabilidad estatal anterior a la ley, máxime teniendo en cuenta que Decreto Ley N° 7543/69 de la provincia de Buenos Aires, establece en su artículo 1º, que: “El Fiscal de Estado representa a la Provincia, sus organismos autárquicos y cualquier otra forma de descentralización administrativa, en todos los juicios en que se controvertan sus intereses, cualquiera sea su fuero o jurisdicción, conforme con las disposiciones de la presente ley”.

De modo que, la visión aportada por funcionarios de dicho Organismo de la Constitución, refleja una visión trascendental, por tener a su cargo la defensa del Estado en aquellos casos judiciales donde se debatan cuestiones vinculadas a la responsabilidad estatal.

Estos aportes de Fiscalía de Estado, fueron ratificados y complementados por entrevistas cursadas al Subsecretario Legal y Técnico de la Provincia, Dr. Julián Lopardo, quien compartió sus conocimientos derivados de su función de asesoramiento y control de legalidad de los actos y normas suscriptas por el Poder Ejecutivo Provincial.

Estas calificadas opiniones y recomendaciones permitieron discernir que para el desarrollo del presente informe resultó relevante desarrollar la teoría general sobre la responsabilidad del Estado Argentino, efectuando un análisis doctrinal de la misma, sin dejar de analizar puntos tales como:

- Principios generales del régimen de responsabilidad del Estado.



- Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado: alcances y distintos supuestos.
- Indemnizaciones: alcances según cada tipo de responsabilidad y los distintos criterios.
- La responsabilidad del Estado y el Código Civil de Vélez Sarsfield.
- El cambio de paradigma a partir de la sanción del nuevo Código.
- Cambios normativos y alcances de la reforma del Código Civil y Comercial Unificado.

Por su parte, contar con la opinión de funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, lo cual coadyuvó al análisis de la evolución jurisprudencial de los tribunales argentinos, especialmente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional y de los Tribunales Superiores Provinciales en materia de responsabilidad del Estado y especialmente en lo que refiere al régimen de las indemnizaciones, analizando la competencia federal y local en esta materia, teniendo en cuenta la cuestión de la autonomía provincial. En efecto, a tal fin se mantuvieron reuniones de trabajo con Subsecretario de Servicios Jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, el Dr. Elioser Casagrande.

#### **Tarea 4:**

**Analizar las experiencias comparadas de organismos y autoridades extranjeras, nacionales, supranacionales y provinciales.**

Seguidamente se analizará el régimen de responsabilidad del Estado en el ámbito internacional y otros sistemas jurídicos extranjeros

#### **1. Introducción**

En el presente capítulo abordaremos el régimen de responsabilidad del Estado en el ámbito internacional y de otros países, haciendo un análisis de legislación, jurisprudencia y doctrina.

Comenzaremos analizando el régimen comunitario europeo, veremos como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo tuvo un papel

fundamental, junto con el Parlamento Europeo, a la hora de desarrollar la teoría de responsabilidad del Estado. Trataremos de explicar si existe responsabilidad de la Unión Europea por los actos de sus agentes, la responsabilidad de la Unión por los actos de los agentes de uno de sus estados miembros enderezados a la aplicación del derecho comunitario, la responsabilidad de la acción normativa de las instituciones comunitarias, la responsabilidad del Estado por la conducta de sus agentes en violación a normas comunitarias y, por último, la responsabilidad del Estado miembro por la acción u omisión en la internalización del derecho de la integración.

Luego, consideraremos el régimen de responsabilidad estatal en los países miembros de la Comunidad Europea, y en especial el caso Español, el Italiano, el Francés y finalmente el del Reino Unido.

En el caso Español analizaremos la ley especial 30/92 y la jurisprudencia alrededor de la misma, cuáles son las características de la responsabilidad de la Administración, los elementos de responsabilidad patrimonial de la administración pública, la responsabilidad por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, la responsabilidad por la anulación de actos administrativos, responsabilidad por enriquecimiento injusto a favor de la administración, el procedimiento, la responsabilidad del personal de la administración, del estado legislador y del estado juez.

Con relación a Italia veremos que la responsabilidad extracontractual ha sufrido una gran transformación especialmente del legislador y de la jurisprudencia. Analizaremos los rasgos característicos de la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad de la administración por actos administrativos, los actos contrarios a derecho, culpa y necesidad previa de anulación por parte del juez administrativo, la responsabilidad de la administración por actos ajustados a derecho y la responsabilidad de la administración por su actividad material.

En lo que respecta a Francia notaremos que la teoría de la responsabilidad del Estado ha sido elaborada por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, es decir es de origen jurisprudencial. Analizaremos la jurisprudencia y el concepto de "*falta de servicio*".

Por ultimo con relación a Europa estudiaremos el caso del Reino Unido y el "*common law*". Analizaremos cómo evolucionó el derecho inglés en

materia de responsabilidad del Estado, en particular la “*Crown Proceedings Act*” de 1947, las demandas en “*Tort Law*”, en especial las demandas contra los organismos públicos.

Adentrándonos al continente americano examinaremos la responsabilidad del Estado en el caso “*Campo Algodonero*” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veremos como la Corte extendió el alcance de la responsabilidad indirecta del Estado por la acción de particulares y al mismo tiempo acotó el campo de responsabilidad estatal indirecta. Se retoma la *doctrina del riesgo previsible y evitable* inspirada en la jurisprudencia europea de derechos humanos.

Luego analizaremos si el Mercosur contempla una situación similar a la de la Comunidad Europea, es decir si existe un régimen de responsabilidad estatal del Mercosur; para luego estudiar el régimen de responsabilidad estatal de la República Oriental del Uruguay (país miembro del Mercosur).

En la recta final de nuestro estudio de derecho comparado, nos abocaremos a ver otros casos como el de Chile y de los Estados Unidos. Por último, haremos una conclusión del marco jurídico internacional.

## **2. Régimen Comunitario Europeo**

### **2.1.) Introducción**

Los criterios de atribución de responsabilidad en la Unión Europea se basaron en los fallos jurisprudenciales fundados en los principios generales del derecho y en el avance de la legislación del derecho comparado. A su vez es importante reafirmar el papel fundamental que en cuanto a responsabilidad estadual han desarrollado la legislación de la Unión Europea y la doctrina.

### **2.2.) Responsabilidad de la Unión Europea por los actos de sus agentes**

#### **2.2.1.) Normativa**

Originariamente el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA) en sus arts. 34 y 40 disponían la responsabilidad extracontractual del organismo internacional por la conducta de sus agentes, en los supuestos de falta de servicio o actuación irregular del agente.

Hoy la materia se encuentra regulada en el Tratado de Roma en su artículo 288 segundo párrafo: *“En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”*.

El referido artículo 288 del Tratado de Roma asevera que *“...ese principio se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones”*.

Por su parte el artículo 235 del Tratado de Roma dispone que *“El Tribunal de Justicia de la Comunidad será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 288”*.

Los nuevos preceptos (a diferencia del CECA) no se refieren a la noción de falta de servicio o actuación irregular del agente como presupuesto de nacimiento de la responsabilidad. Este cambio podría suponer la responsabilidad de la Comunidad sobre las nociones de riesgo o ruptura de igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo el Tribunal de Justicia solo ofrece responsabilidad de la Comunidad a partir de la ilegalidad o culpa. Es que se debe advertir sobre la estricta exigencia de culpabilidad de los funcionarios excluyéndola incluso en los casos de existir discrecionalidad.

El Tratado de Roma, señala que la relación de los funcionarios con la Comunidad es estatutaria. *“La responsabilidad personal de los agentes ante la comunidad se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable”* (artículo 288 último párrafo).

Es así que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas (artículo 22) ha incorporado la noción de falta personal grave *“con ocasión del ejercicio de sus funciones”* a fin de ejercer su derecho disciplinario. El artículo 22.4 del estatuto que nos ocupa autoriza a la Unión a exigir de aquellos la reparación total o parcial del perjuicio una vez indemnizada la víctima cuando el daño se haya producido por una falta personal grave del agente.

### **2.2.2.) Jurisprudencia**

A continuación se mencionan casos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **2.2.2.1.) Facultad de Apreciación**

En el caso "*Meyer*"<sup>93</sup> se desestimó la pretensión indemnizatoria del actor, sin considerar la existencia de daño por no haberse probado un comportamiento culposo de la comisión. Este criterio fue ratificado afirmándose *"el criterio decisivo para considerar que una violación del derecho comunitario es suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave por parte de la institución comunitaria de que se trate, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Cuando dicha institución solo dispone de un margen de apreciación muy reducido o incluso inexistente, la mera infracción del derecho comunitario puede bastar para demostrar la inexistencia de una violación suficientemente caracterizada. Por tanto, para dilucidar si ha tenido lugar tal violación no es determinante el carácter general o particular del acto de que se trata, sino el margen de apreciación de que disponía la institución en cuestión"*<sup>94</sup>.

### **2.2.2.2.) Responsabilidad Extracontractual**

En el caso "*Schneider Electric S.A. c/ Comisión de las Comunidades Europeas*"<sup>95</sup> se invocaba la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea respecto del perjuicio sufrido por una empresa, y se recordó: *"... para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, por comportamiento ilícito de sus órganos es necesario que concurran una serie de requisitos: ilegalidad del comportamiento imputado a la institución, realidad del perjuicio y existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento alegado y el perjuicio invocado"*.

También se aclaró *"...cuando se invoca la ilegalidad de un acto jurídico como fundamento de la acción de indemnización, dicha ilegalidad, para poder generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad debe constituir una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares"* y que *"...a este*

---

<sup>93</sup> Caso T-72/99, del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2000.

<sup>94</sup> Sentencia del 10 de Julio de 2003.

<sup>95</sup> Caso T-351/03, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 11 de julio de 2007.

*respecto, el criterio decisivo es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación que solo puede establecerse después, criterio que debe considerar la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido” pues “...cuando la institución de que se trata solo dispone de un margen de apreciación considerablemente reducido o inclusive inexistente, la mera infracción del derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada”, responsabilidad que también surge “... cuando la Institución demandada incumple una obligación general de diligencia o realiza una aplicación irregular de las normas sustanciales o procedimentales pertinentes y que correspondía a las partes reclamantes demostrar con la prueba esos extremos, así como acreditar una relación suficientemente directa de causa efecto entre dicho perjuicio y el comportamiento imputado a la institución de que se trate”.*

*En esta misma sentencia se aclaró “que produciría un efecto contrario al interés general comunitario si se considerase que el concepto de violación caracterizada del derecho comunitario comprende todos los errores o faltas que, aunque presenten un carácter ciertamente grave, no son ajenos por su naturaleza o su extensión a la actuación normal de una institución encargada de velar por la aplicación de las normas sobre competencia, que son complejas delicadas y están sometidas a un importante margen de interpretación, de modo que el incumplimiento de una obligación legal que, por lamentable que resulte, puede explicarse en virtud de las cargas objetivas que recaen sobre la institución y sus agentes a causa de las disposiciones que regulan el control de las concentraciones, no puede considerarse constitutivo de una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario, a efectos de la generación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad”...”esta definición del umbral de generación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad permite proteger el margen de maniobra y la libertad de apreciación de que debe gozar, en aras del interés general, el regulador comunitario de la competencia, tanto en sus decisiones discrecionales como en su interpretación y su aplicación de las disposiciones*

*pertinentes del derecho comunitario primario y derivado sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables”.*

### **2.2.2.3.) El requisito del “ejercicio de sus funciones”**

Asimismo cabe recordar que el Tratado de Roma exige para generar la responsabilidad de la Unión por la conducta de sus funcionarios que la actuación del agente sea “en el ejercicio de sus funciones”. En la sentencia del caso “Sayag” del 10 de Junio de 1969 se advertía: “*La Comunidad no es responsable más que de aquellos actos de sus agentes que en virtud de una relación interna y directa constituyen la prolongación necesaria de las misiones confiadas a las instituciones*”. Dicho de otro modo, cuando esos actos resultan la concreción de las misiones confiadas a las instituciones. En “*Meyer*” además se alude a que el perjuicio debe derivarse de forma suficientemente directa del comportamiento reprochado.

En síntesis, la conducta que genera responsabilidad de la Comunidad debe ser un acto realizado por el agente “*con ocasión del ejercicio de sus funciones*” que constituye la expresión de una competencia comunitaria<sup>96</sup>.

Esta definición, tiene como finalidad limitar los casos de responsabilidad y la víctima debe ponderar si la falta ha sido cometida en el ejercicio de sus funciones o si ha sido cometida por el agente al margen del ejercicio estricto de sus funciones. Si la falta ha sido cometida en el ejercicio de sus funciones se debe demandar ante los tribunales de la Comunidad, ya que ningún tribunal nacional podría imponer responsabilidad a la Comunidad ni juzgar sobre el correcto ejercicio de las atribuciones por sus órganos; mientras que si la falta ha sido cometida por el agente al margen del ejercicio estricto de sus funciones se debe acudir a los tribunales nacionales atento que los tribunales supranacionales son incompetentes.

Confirmando esto último, en el caso “*Comunidad contra First NV*”, sentencia del 26 de Noviembre de 2002 se dijo “*los artículos 235 CE, 240 CE y 288 párrafo segundo CE se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional*

---

<sup>96</sup> Guy, Isaac, “*El sistema judicial de las comunidades europeas*”, Manual de Derecho Comunitario General, Ariel-Derecho.

*incoe, respecto de una de las instituciones de la Comunidad Europea, un procedimiento para la práctica de una prueba pericial que tiene por objeto determinar su participación en hechos que supuestamente han causado un daño, con miras a la ulterior interposición de un recurso por responsabilidad extracontractual contra la Comunidad Europea.”*

### **2.3.) Responsabilidad de la Unión por los actos de los agentes de uno de sus Estados miembros dirigidos a la aplicación del Derecho Comunitario**

Como presupuesto general los Estados Miembros aplican el derecho comunitario, por ello es dable considerar en qué casos esta aplicación realizada por los agentes de los Estados miembros genera responsabilidad de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha originado la teoría de la subsidiariedad. Dicha regla consiste en que la responsabilidad de la Comunidad sólo nace y es exigible ante el tribunal, con la condición que los interesados demuestren que no tienen la posibilidad de obtener satisfacción por medio de una acción ante los tribunales nacionales contra el Estado cuyos funcionarios provocaron el daño.

La doctrina ha sido crítica al respecto<sup>97</sup>. Se ha sostenido que si el artículo 288 del Tratado de Roma alude a la responsabilidad de la Unión únicamente como consecuencia de un acto de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, ello supone excluir la responsabilidad por actos u omisiones de los agentes de los estados miembros, aun en cumplimiento de obligaciones comunitarias<sup>98</sup>.

Al respecto es dable recordar el pronunciamiento del Tribunal en el caso “*Granaria*” del 13 de Febrero de 1979 “*La cuestión de la reparación por parte de un organismo nacional de los daños causados a las personas privadas por los organismos y los agentes de los Estados miembros, bien debido a una violación del derecho comunitario, bien por una acción u omisión contraria al derecho nacional con ocasión de la aplicación del derecho comunitario, no*

---

<sup>97</sup> Ver opinión de Boulouis y Chevalier en el análisis de los “*Grandes Casos del Tribunal*”.

<sup>98</sup> Guy, Isaac, “*El sistema judicial de las comunidades europeas*”, Manual de Derecho Comunitario General, Ariel-Derecho.



depende del art. 215 (hoy art. 288 párrafo segundo), y debe ser apreciada por los órganos jurisdiccionales nacionales en función del derecho nacional del estado miembro en cuestión”<sup>99</sup>.

No obstante, se admitió la responsabilidad de la comunidad cuando a la actuación irregular de la autoridad nacional se suma una conducta culpable de un órgano comunitario que habría faltado a una conducta especial de vigilancia cuando ésta disponía de poderes específicos y efectivos para obligar a los Estados a actuar de determinada manera<sup>100</sup>, sentencia "Lütticke" del 28 de Abril de 1971 y causa "Comision c/Fresh Marine"<sup>101</sup>.

De modo diverso cuando los agentes nacionales han hecho una aplicación irreprochable del derecho comunitario, pero es éste el que se impugna como inválido, no puede preverse responsabilidad alguna *in solídum* o *pro cuota* del estado miembro, especialmente cuando se tiene en cuenta que éstos se hallan obligados a aplicar los actos comunitarios no anulados ni declarados inválidos sino que cabe atribuir la responsabilidad a la comunidad sobre la base del artículo 215.<sup>102</sup>

Sí en cambio, es posible dilucidar entre culpas (funcionarios nacionales y órganos comunitarios) el tribunal de la Unión Europea se ha negado a hacer prevalecer el principio de una responsabilidad *in solídum* y a fin de evitar que las víctimas no sean ni insuficiente ni por demás indemnizadas, remitiéndolas a los jueces nacionales para que se pronuncien sobre la responsabilidad del Estado miembro, reservando la posibilidad de analizar si existe algún perjuicio remanente no indemnizado a cargo de la Comunidad, este modo se estableció un beneficio de excusión a favor de la Comunidad.

#### **2.4) Responsabilidad (lícita) por la actividad normativa**

La Comunidad puede ser cuestionada por sus actos materiales, en particular los realizados por sus agentes, pero también por su actividad normativa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acepta este principio y afirma una responsabilidad comunitaria derivada de los reglamentos. Se niega,

---

<sup>99</sup> Este criterio se mantiene en causas posteriores, por ejemplo Causa C-511/03, Ten Kate Holding Musselkanaal y otros, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2005.

<sup>100</sup> Sentencia del 28 de Abril de 1971 Lütticke.

<sup>101</sup> C-472/00, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003.

<sup>102</sup> Sentencia Krohn del 26 de Febrero de 1986 y sentencia "Meyer c/ Comisión", caso T-72/99.

en cambio, a conceder una reparación por los daños causados por los propios Tratados Comunitarios<sup>103</sup>.

Para reclamar la responsabilidad de las instituciones comunitarias, el demandante que recurre ante el Tribunal de Justicia debe demostrar tres elementos:

(i) En primer lugar, debe demostrar la existencia de una “*violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica superior que protege a los particulares*”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea define como normas jurídicas superiores que protegen a los particulares los principios generales de proporcionalidad, respeto de los derechos adquiridos, no discriminación y confianza legítima.

(ii) En segundo lugar, el demandante debe probar que la negligencia que genera el daño es inexcusable. El Tribunal de Justicia exige, pues, un acto de tal gravedad que el comportamiento de las instituciones comunitarias sea “*grave y manifiesto*” y raye en la arbitrariedad. Por ejemplo, consideró que al vulnerar deliberadamente la igualdad de trato entre dos categorías de productores agrícolas sin justificación, el Consejo de la Unión Europea había incurrido en negligencia inexcusable.

La jurisprudencia evolucionó durante los años noventa, no exigiendo ya la violación de una norma jurídica superior, sino solamente la simple violación de un acto (por ejemplo, la no conformidad de un reglamento de ejecución con relación a un acto de base).

(iii) En tercer lugar, el litigante debe probar el vínculo entre el perjuicio sufrido y la actividad normativa. A este respecto, el Tribunal de Justicia exige que el daño sea “*especial y grave*”:

- debe ser especial en la medida en que se refiere a un grupo restringido y claramente delimitado de operadores. Por el contrario, un reglamento que perjudica a categorías muy amplias de agentes económicos no implica reparación;
- debe ser grave en la medida en que supera “*los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades en el sector en cuestión*”.

---

<sup>103</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l14553>.

## 2.5.) Responsabilidad por actividad ilícita

Se trata de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos de sus funcionarios, toda vez que la vigencia de las normas comunitarias aplicables obliga a considerarlas como derecho vigente en cada caso.

Resulta de aplicación los criterios del caso "*Schneider*"<sup>104</sup> del 11 de Julio de 2007, que excluye la responsabilidad de la Unión, si el agente debió actuar en ámbitos complejos en los que ejerció facultades discrecionales, resultando necesaria una amplitud de interpretación jurídica, aunque derive perjuicio.

## 2.6.) Responsabilidad del Estado miembro por la acción u omisión en la internalización del derecho de la integración

La responsabilidad del Estado por la demora en implementar la vigencia de las normas comunitarias en su ámbito interno, resulta trascendente en el derecho de integración de la Unión.

Resulta ejemplificador el caso "*Francovich y Bonifaci*"<sup>105</sup>, en donde el tribunal declaró que las disposiciones de una directiva que definía los derechos

---

<sup>104</sup> Caso T-351/03, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 11 de julio de 2007.

<sup>105</sup> Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic, Joined cases C-6/90 and C-9/90, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991.

"3. La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. Esta posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.

De ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual éstos deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario y, por consiguiente, para eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario.

4. Si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado miembro de reparar los perjuicios causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario, los requisitos para que se genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

Cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos, que son, en primer lugar, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares; en segundo lugar, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y, en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

A falta de una normativa comunitaria, el Estado debe reparar, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, las consecuencias del perjuicio causado. No obstante, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en la materia no pueden ser

de los trabajadores debían interpretarse concluyendo que, los interesados no pueden invocar los derechos que emanan de esa Directiva contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado y que el Estado Miembro está obligado a reparar los daños así causados a los particulares (daños causados a los particulares por omisión en tiempo y forma útil de adaptación de una Directiva supranacional al derecho nacional).

A partir de la sentencia del citado caso, el Tribunal de Justicia admite que cuando el Estado miembro incumple las obligaciones de transposición de una Directiva comunitaria, genera una desprotección de los particulares por la ausencia de aplicación práctica de derechos que le corresponden acorde al ordenamiento jurídico comunitario. Esa desprotección, imputable al incumplimiento de las obligaciones del Derecho comunitario por parte del Estado, hace surgir la responsabilidad de éste, de manera que el particular podrá obtener una reparación, indemnización que garantiza la plena eficacia de las normas y la plena protección de derechos.

Es de recordar la causa del 10 de Julio de 1997 "*Federica Maso y otros y Grazziano Gazzetta y otros*"<sup>106</sup> al advertir que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones al derecho comunitario es inherente al sistema del Tratado y que los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños son tres: 1) que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; 2) que la violación este suficientemente caracterizada; y 3) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

Allí se estableció que el Estado miembro moroso en la incorporación del derecho comunitario a su ordenamiento nacional debe satisfacer los daños causados a particulares por tal retraso indicando que esa indemnización regularmente podía satisfacerse otorgando efectos retroactivos a la internalización en tanto la víctima no demostrara alguna daño adicional y

---

*menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan excesivamente difícil o prácticamente imposible obtener la indemnización.*"

<sup>106</sup> Causa C-373/95, Maso y otros/INPS y Repubblica italiana, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de julio de 1997.

específico: casos "Köbler" del 30 de Septiembre de 2003, "Comisión c/ CEVA y Pfizer" del 12 de Julio de 2005<sup>107</sup>.

También en la causa "Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana"<sup>108</sup> del 26 de Abril de 2007 el Tribunal condenó a la República Italiana por no haber adoptado las medidas que las directivas emanadas de la Comunidad le requerían, en cuanto a temas relacionados con el medio ambiente.

### **3. Régimen de Responsabilidad Estatal en los Países Miembros de la Unión Europea**

#### **3. ESPAÑA**

##### **3.1) Introducción**

La responsabilidad del Estado contempla los daños causados a un individuo o empresa por la actuación de la Administración o entes de naturaleza pública. Existe al respecto una ley especial, la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada por la ley 4/99<sup>109</sup>. A su vez, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado está contenido en el art. 106.2 de la Constitución Española (CE) que dispone:

*“Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en cualquiera de sus derechos y bienes, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

Sin embargo este concepto amplio de responsabilidad sólo tuvo acogida a partir del siglo XX, habida cuenta que en un principio, solo se concebía a la Administración como ente soberano y por tanto no respondía por los daños causados. Encontraba esta teoría su fundamento en el adagio “*The King can do no Wrong*”.

---

<sup>107</sup> Causa C-224/01, Köbler, Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003 y C-198/2003 P, Comisión/CEVA y Pfizer, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2005.

<sup>108</sup> Causa C-135/05, Comisión/Italia, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 26 de abril de 2007.

<sup>109</sup> (arts. 139-146).

Como adelantáramos, la ley 30/1992 incorpora la responsabilidad patrimonial de la Administración en sus artículos 139 – 146.

Es así que la referida ley en su art. 139 reitera la fórmula constitucional, señalando: *“Los particulares tienen derecho a una indemnización por parte de las Administraciones Públicas correspondientes por cualquier lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”* El estado Español estaría, de este modo, consagrando una responsabilidad pública generosa, resultando acotada por reglas jurídicas y doctrinas judiciales.

Por su parte el artículo 141 dispone lo siguiente:

- 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*
- 2. La indemnización se calculará de acuerdo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa<sup>110</sup>, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.*

---

<sup>110</sup> Ver Ley de Expropiación Forzosa del 16 de Diciembre de 1954. Con relación a los criterios de valoración el art. 25 de la mencionada ley dispone "Una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar su justo precio. El capítulo III de la mencionada ley trata de "la determinación del justo precio." A saber:

La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo seguirá el procedimiento.

En este último caso, la Administración requerirá a los propietarios para que en el plazo de veinte días, presenten hoja de aprecio, en la que se concrete el valor en que estimen el objeto que se expropia (art. 29). La Administración expropiante habrá de aceptar o rechazar la valoración de los propietarios (art. 30). Si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se pasará el expediente de justiprecio a un Jurado provincial de expropiación (art. 31). El Jurado de expropiación, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación, en el plazo máximo de ocho días (art. 34). La resolución del Jurado de expropiación habrá de ser necesariamente motivada, razonándose los criterios de valoración seguidos por el mismo en relación con lo dispuesto en la Ley. Dicha resolución, que se notificará a la Administración y al propietario, agotará la vía administrativa y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo (art. 35). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1954-15431>.

3. *La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de estadística y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general Presupuestaria.*
4. *La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.”*

### **3.2.) Principales características de la responsabilidad de la Administración española.**

Según la citada Ley 30/92, pueden sintetizarse los siguientes puntos característicos del régimen de la responsabilidad:

a) Sistema Unitario: Atento el mandato constitucional establecido en el art. 148.1.18 CE *in fine* se atribuye al Estado Nacional la competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, que se regirán por la ley 30/92 (aunque pueden existir especialidades).

b) Sistema General: el cual abarca toda la actividad administrativa, jurídica o de hecho formal o material por acción u omisión. La ley 4/99 ha incorporado al régimen jurídico del art. 139 y ss. la actividad administrativa que se produce bajo formas de derecho privado (entes o relaciones puramente privadas), bajo la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema que subsiste es el supuesto de las aseguradoras privadas con quienes contratan las municipalidades y/o contratistas o concesionarios de servicios públicos quienes responden ante la jurisdicción civil.

La jurisprudencia<sup>111</sup> reconocía la jurisdicción civil hasta que en el año 2003 se modificó la ley y se dispuso que en caso de demanda conjunta

---

<sup>111</sup> Autos de la Sala de Conflictos o de Competencia del Tribunal Supremo (TS) de 17 de Diciembre de 2001 y de 21 de Octubre de 2002.

contra la compañía aseguradora y la administración, es competente la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>112</sup>. Cuando la demanda se dirija contra la aseguradora debe presentarse ante el fuero civil.<sup>113</sup>

Es de advertir que si existiese responsabilidad penal, el caso se ventilará ante sede penal.

c) Responsabilidad directa: La Administración reconoce directamente las actividades dañosas de sus funcionarios. Ello no impide que se ejercite la acción de repetición de la Administración contra el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave, acción que se debe ejercer de oficio.<sup>114</sup>

La responsabilidad es subsidiaria en sede penal<sup>115</sup>.

d) Responsabilidad objetiva: Se prescinde en teoría de la idea de culpa o negligencia, bastando la existencia de una lesión causada por la conducta administrativa; no obstante, debe existir un nexo causal. Debe tratarse de un daño que el particular no deba jurídicamente soportar y que se derive de la creación de un riesgo por la actividad (u omisión) administrativa.

Se destaca que quedan fuera de la responsabilidad de las administraciones públicas los riesgos de desarrollo<sup>116</sup>, así la ley 4/99 introduce la cláusula de exoneración. Así cuando existieren dudas sobre la causa única, con base al establecimiento de la cláusula más probable, por ejemplo en los casos de contagio de VIH por transfusiones en hospitales públicos.

En cambio, la culpa es relevante cuando se trata de funcionamiento anormal del actuar administrativo.

La normalidad dependerá del concepto que social y legalmente se exija de la prestación de los servicios públicos.

En un caso, "...una persona, que conducía un tractor agrícola fue arrollado por un tren de Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE). El Tribunal Superior (TS) no declara la culpa de la Red Nacional de Ferrocarriles

---

<sup>112</sup> Se modificó el art. 9.4 Ley Orgánica Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica (LO) 19/2003 del 23 Diciembre.

<sup>113</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS), 1ª, 20.7.2005, Ar. 5099 y STS, 1ª, 22.10.2012 (ROJ: STS 7374/2012): la jurisdicción civil es competente para enjuiciar la responsabilidad civil de los contratistas de obra pública.

<sup>114</sup> Art. 145 y 146 ley 30/92. Ley 4/99 y STS, 1º, 17.2.2006 no hay responsabilidad directa del funcionario público, sino tan solo una acción de regreso ante la administración.

<sup>115</sup> Art. 121 CP.

<sup>116</sup> Ver subtítulo "Eximentes de Responsabilidad del Estado".



Españoles (RENFE) ni de sus empleador, pues el paso a nivel, “estaba señalizado con cartel “atención al tren”, contaba con una visibilidad perfecta y el conductor del tren había avisado al tractorista mediante silbato y activado el freno de emergencia antes de la colisión. Por otro lado el TS considera que no existe compensación de culpas pues hubo un actuar negligente de la víctima por no evitar el choque a plena luz del día y por llevar una escalera de gran longitud para la poda de olivos.”<sup>117</sup>

La culpa no es la única regla aplicada de facto por los tribunales españoles; por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Comunidad Valenciana <sup>118</sup>, reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por secuelas derivadas del sufrimiento fetal agudo. No es necesario probar que el servicio público se ha comportado de manera anómala pues el régimen jurídico aplicable extiende la obligación de indemnizar a los casos de su funcionamiento normal siempre que exista un daño individualizado, acreditado y efectivo<sup>119</sup>.

e) Reparación integral: La Ley 30/92 art. 141.2 establece que la indemnización se calculará de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, fiscal y otras normas aplicables, teniendo en cuenta las valoraciones predominantes en el mercado, por lo que se recoge el principio de reparación integral.

### **3.3.) Requisitos del daño para la procedencia de la responsabilidad**

#### **3.3.1.) Normativa y Jurisprudencia**

Para que el daño sea reparado debe reunir ciertos requisitos. El art 139.2 Ley 30/92 determina que el daño deberá ser:

**(i) Efectivo:** Es decir, que el daño sea real, que cause un detrimento personal o patrimonial al particular. Se excluye el daño eventual como frustración de expectativas.

La jurisprudencia dispuso que el Real Decreto ley 7/96 sobre medidas de liberalización de la actividad económica actuó sobre prestación de

---

<sup>117</sup> STS, 1ª, 30.4.2003, (RJ 2003 /3872).

<sup>118</sup> el 15.10.2004, (RJCA 2004/902).

<sup>119</sup> (presencia de meconio detectada en el momento del ingreso hacia previsible un riesgo añadido y en consecuencia la adopción de medidas que detuviesen el sufrimiento fetal).

servicios funerarios, privando a Pompas Fúnebres Barcelona SA de la situación de monopolio en la prestación de servicios mortuorios en Badalona. El TS sostiene que la recurrente solo especula sobre la posibilidad que la nueva regulación de los servicios funerarios le pueda generar daños pero no acredita la existencia de otras empresas funerarias en la localidad ni que ello le haya comportado un perjuicio efectivo<sup>120</sup>.

**(ii) Evaluable económicamente:** el daño debe ser valorable en dinero, incluyendo el daño personal o moral.

La jurisprudencia concedió a una persona que sufre un accidente mientras realizaba el servicio militar, una indemnización mediante una pensión extraordinaria añadiendo una indemnización por daños morales en atención a las circunstancias derivadas de las intervenciones quirúrgicas y rehabilitación<sup>121</sup>.

**(iii) Individualizable en relación con una persona o grupos de personas:** El daño recae en una esfera personal individualizable. Una carga colectiva que afecta a todos excede este concepto.

En un caso jurisprudencial una mujer es atendida en el parto y se le causan lesiones. Su hija muere. Se demanda a Instituto Nacional de la Salud (INSALUD). La demanda es favorable a la actora pues de la actuación de la administración se deriva un daño efectivo, evaluable, individualizado, que el particular no tenía el deber jurídico de soportar.<sup>122</sup>

El art. 141.1 dice que la lesión deber ser antijurídica. Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular, procedentes de daños que aquel no tenga el deber jurídico de soportar. Este es un requisito de antijuridicidad de la lesión. En resumen la lesión es un detrimento patrimonial antijurídico que sufre el particular debido al funcionamiento de los servicios públicos.

Según otro precedente, el cambio del trazado de una vía de acceso que supuso la pérdida de clientela por parte de un restaurante. Se demandó a la Administración y se denegó la petición considerando que la lesión no era antijurídica habida cuenta que el restaurante ya tenía una vía de acceso y la

---

<sup>120</sup> STS 3ª, 11.4.2002, (RJ 2002/3464).

<sup>121</sup> STS, 3ª, 20.3.2002, (RJ 2002/5658).

<sup>122</sup> STS, 3ª, 12.3.2002, (RJ 2002/ 2997).

administración regula el acceso a las vías sin que su modificación de derecho a una indemnización.<sup>123</sup>

La Sala 3º del STS dispuso la Inexistencia de responsabilidad por la Administración del Estado por el fallecimiento de una persona que recibió un disparo tras ser detenida. El daño no se consideró antijurídico pues la actitud de resistencia y huida creada por el fallecido dio lugar a una situación de riesgo que obligó a los funcionarios a su detención del modo en que se llevó a cabo y con las consecuencias indeseadas que se produjeron ajustándose la actuación de los agentes en todo momento a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.<sup>124</sup>

Según el tribunal español la antijuridicidad no deriva de la acción del causante del daño dado que se trata de responsabilidad objetiva y se refiere al resultado. Si el resultado de la acción u omisión de la Administración deriva en un daño la indemnización del Estado resulta procedente.

Es la Administración quien deberá probar la inexistencia de antijuridicidad<sup>125</sup>.

### **3.4.) Nexo causal**

El daño debe tener una relación causa efecto con la actuación administrativa. La jurisprudencia contencioso administrativa sigue las reglas de causalidad adecuada, permitiendo deslindar las cuestiones de causalidad fáctica e imputación objetiva.

#### Jurisprudencia:

Lesiones tras realizar artroscopia de rodilla derecha. Se desestimó el recurso por falta de prueba del nexo causal entre el daño y la administración sanitaria.<sup>126</sup>

El demandante deberá probar la existencia de nexo causal, salvo que la Administración alegue fuerza mayor, lo que deberá probar.

Daño en vehículo por desprendimiento de piedras de una ladera. A consecuencia el conductor falleció y su esposa sufrió varias heridas. El TS considera que existe relación de causalidad entre los daños y la actuación

---

<sup>123</sup> STS, 3ª, 18.4.1995, (RJ 1995/3230).

<sup>124</sup> STS, 3ª, 21.6.2005, (RJ 2005/5937).

<sup>125</sup> Artículo 141.1 Ley 30/92.

<sup>126</sup> STS, 3ª, 19.7.2004.

anormal por deficitaria de la Diputación General de Aragón dado que omitió la instalación de sistemas de protección adecuada para impedir la caída a la calzada de piedras procedentes de la ladera contigua.<sup>127</sup>

Daños causados por la demora del informe y análisis médico necesario para la aplicación del tratamiento adecuado. Existe conexión directa entre la demora causada y el daño sufrido.<sup>128</sup>

### **3.4.1.) Causales de exclusión de la responsabilidad**

La normativa expresamente y luego la jurisprudencia han reconocido como eximentes de Responsabilidad del Estado los siguientes:

a) Fuerza mayor (art. 139.1 ley 30/92): no abarca al caso fortuito. La doctrina diferencia la fuerza mayor, que hace referencia a una causa imprevisible, irresistible o inevitable, del caso fortuito, que se refiere a aquellos sucesos que caen dentro del ámbito de la Administración aunque no haya sido negligente la falta de previsión.

#### Jurisprudencia:

La fuerza del viento arroja una rama sobre un coche en la autovía de Castelldefels. No se considera fuerza mayor.<sup>129</sup>

Caída de un árbol del Jardín Botánico del Puerto de la Cruz, debido al viento que causó lesiones a una persona: No existió fuerza mayor pues los fuertes vientos constituyen una de las características climáticas de las islas canarias por lo tanto el daño no se produjo por algo excepcional o insólito sino por la negligencia de la Administración al no cerrar las instalaciones o tomar medidas de precaución necesarias para evitar la caída del árbol.<sup>130</sup>

b) Culpa exclusiva de la víctima: exonera de responsabilidad a la Administración pública que es un suceso que rompe el nexo causal.

#### Jurisprudencia:

Lesiones al lanzarse de cabeza desde una plataforma situada en la playa y chocar con el fondo del mar. No existe responsabilidad del servicio público atento a que el perjudicado había comprobado su poca profundidad al

---

<sup>127</sup> STS, 3ª, 31.1.2002, (RJ 2002/ 5055).

<sup>128</sup> STS, 3ª, 3.4.2002, (RJ 2002/5433).

<sup>129</sup> STS, 10.10.1998, (RJ 1998/8835).

<sup>130</sup> STS, 3ª, 29.6.2002, (RJ 2002/8799).

haber accedido a la plataforma, por lo que debía haber previsto la peligrosidad.<sup>131</sup>

c) Riesgos de desarrollo: el art. 141 ley 30/92 determina que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

No implica responsabilidad para la Administración dado que en esta figura los riesgos de desarrollo la causa no es extraña sino que se trata de una causa interna en el producto o servicio que se está prestando pero que al no poderse conocer, dado el estado de los conocimientos, que genera un riesgo, no implica la atribución de responsabilidad a la Administración.

El conocimiento de la ciencia y de la técnica debe ser un conocimiento estandarizado, amplio, debiendo existir un consenso en la comunidad científica de que aquella actuación o producto genera un daño<sup>132</sup>.

Jurisprudencia:

Una persona tras ser infectado del VHI en hospitales dependientes de INSALUD falleció. Se determinó la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pues con anterioridad a 1985 no era obligatorio el uso de tiras reactivas para la detección del VHI.<sup>133</sup>

Una mujer recibió diversas transfusiones por las que la paciente se infectó del virus de la hepatitis C. Se estableció que al momento de realizarse las transfusiones no era posible detectar la existencia del virus de la hepatitis C, por lo que no cabe responsabilidad de la Administración Sanitaria.<sup>134</sup>

d) Asunción voluntaria de riesgos: por la víctima elimina la indemnización. La jurisprudencia contencioso administrativa lo considera equivocadamente, como factor de interrupción del nexo causal<sup>135</sup>.

Jurisprudencia:

---

<sup>131</sup> STS, 3ª, 19.11.2002, (RJ 2002/10964).

<sup>132</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

<sup>133</sup> STS, 3ª, 25.1.2003, (RJ 2003/941).

<sup>134</sup> STS, 3ª, 24.3.2003, (RJ 2003/3655).

<sup>135</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

Daño causado en la celebración de un encuentro de fútbol organizado por el Ayuntamiento. Las personas que han participado en el partido han asumido voluntariamente los riesgos que éste conlleva por lo que no existe nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el daño<sup>136</sup>.

### **3.5.) El caso de los concesionarios y contratistas de los servicios públicos**

Nos referimos al daño causado por la Administración a través de autoridades, funcionarios o personal al servicio de la Administración.

Mientras que la Sala 1ª TS ha utilizado un concepto restringido del concepto de “servicio público”, por lo que todo aquello que no era servicio público se remitía al Código Civil, la Sala 3ª TS ha adoptado un concepto amplio remitiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Actualmente se impuso un concepto amplio y resulta competente el fuero contencioso administrativo.

Las lesiones causadas por contratistas y concesionarios no implican responsabilidad de la Administración, responden los propios concesionarios. La ley 30/2007 "Contratos del Sector Público", arts. 198 y 256 determinan que el concesionario es responsable directamente frente a terceros. Así el contratista es responsable por el cumplimiento de la normativa de señalización de obras (accidente por defectuosa señalización de una vía de tráfico donde una empresa realizaba unas obras).<sup>137</sup>

Sin embargo se consideran excepciones<sup>138</sup> si los daños son consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

### **3.6.) El concepto de responsabilidad concurrente**

Existe responsabilidad concurrente de Administraciones Públicas cuando concurren diversas administraciones en la producción de un daño, si la

---

<sup>136</sup> STS, 3ª, 1.7.2002, (RJ 2002/6300).

<sup>137</sup> STS, 3ª, 19.9.2002, (RJ 2002/8401).

<sup>138</sup> Art. 197 Ley 30/ 2007.

gestión es conjunta responderán solidariamente. Esa responsabilidad solidaria cede atendiendo a criterios de competencia, interés público e intensidad de la intervención<sup>139</sup>.

### **3.7) Títulos de imputación**

La Administración responde por funcionamiento normal o anormal si causa un daño pero los títulos de imputación son diversos, a saber:

**A) Responsabilidad por Funcionamiento Anormal:** La obligación de indemnizar surge si existe dolo, culpa o negligencia.

#### Jurisprudencia:

Se cae y lesiona el tobillo cuando estaba jugando un partido de fútbol en un polideportivo municipal. Se consideró que la caída obedeció a la existencia de humedades negligentes en la pista.<sup>140</sup>

Una bolsa de bengalas explotó durante la Cabalgata de Reyes que organizaba el ayuntamiento Huetor Santillan de Granada. Se reconoció responsabilidad de la Administración.<sup>141</sup>

**B) Responsabilidad por Funcionamiento Normal:** se aplica la regla de responsabilidad objetiva. Se incluye la actuación concreta de la Administración que genera un riesgo de causar un daño. No se prueba culpa o negligencia de la administración, se aplica el criterio de atribución del riesgo, con el concepto estricto de lesión y con los medios que se disponen para prestar un servicio<sup>142</sup>.

#### Jurisprudencia:

Operación realizada en un hospital público de acuerdo con el estándar de diligencia exigible. Se consideró que en ese caso concreto hubiera sido más conveniente empezar por la intervención de la zona izquierda del cerebro. Se declara la responsabilidad patrimonial de la administración a pesar de haber actuado diligentemente.<sup>143</sup>

La responsabilidad de la Administración no la convierte en aseguradora frente a todos los riesgos. No hubo tardanza en los servicios de

---

<sup>139</sup> Art. 140, Ley 30/92.

<sup>140</sup> STS, 3ª, 23.1.2003, (RJ 2003/687).

<sup>141</sup> STS, 3ª, 3.4.2003, (RJ 2003/3669).

<sup>142</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf)

<sup>143</sup> STS, 3ª, 14.6.1991, (RJ 1991/5115).

rescate lo que excluye la responsabilidad de la Administración por no haber relación de causalidad con el daño.<sup>144</sup>

Así el concepto de lesión y el riesgo en la exigencia del nexo causal permiten a la jurisprudencia reconducir la fórmula de responsabilidad objetiva del Estado a espacios más limitados. Por ejemplo se habla expresamente que la responsabilidad patrimonial objetiva no es un seguro universal<sup>145</sup>.

### **3.8.) Responsabilidad por la anulación de actos administrativos**

La anulación de un acto administrativo como tal no da derecho a indemnización sin la existencia de un daño. Se prescribe al año de la firmeza de la sentencia de anulación del acto. La acción prescribe al año desde que la sentencia que anuló el acto quedo firme. Hoy se incoa la doble demanda (recurso contra el acto y procedimiento para reclamar indemnización)<sup>146</sup>.

#### Jurisprudencia:

Denegación de licencia de armas. Se reclama una indemnización por el tiempo que la administración le privo de realizar los deportes de caza y tiro al plato pero el TS considero no acreditado el daño que podría existir si se acreditasen las oportunidades de que hubiera dispuesto para practicar dichos deportes y hubiera perdido por falta de licencia.<sup>147</sup>

### **3.9) Responsabilidad por actividad (lícita) normativa**

Está contemplada en la Ley 30/92, art. 139.3. Se refiere a la responsabilidad por los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria.<sup>148</sup>

#### Jurisprudencia:

Una persona no pudo acceder a su negocio y continuar su actividad mercantil a consecuencia del cierre de la frontera con Gibraltar. El TS establece que el actor no tenía el deber de soportar el daño individual y efectivo que se produjo por la interrupción de su actividad empresarial por el cierre de la frontera decretado en aras de los intereses nacionales.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> SAN, 15.11.2010, (JUR 2010/797672).

<sup>145</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

<sup>146</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

<sup>147</sup> STS, 3ª, 9.5.2002, (RJ 2002/3959).

<sup>148</sup> (caso de Gibraltar donde los particulares afectados por el cierre de la frontera con España obtuvieron una indemnización por los daños causados ante la imposibilidad de acceso al comercio mantenido con la colonia británica).

<sup>149</sup> STS, 3ª, 20.5.2003, (RJ 2003/3994).



Asimismo cabe señalar que no corresponde reconocer derecho a indemnización por la supresión del derecho a cazar en el Parque Nacional de Monfragüe. La responsabilidad patrimonial de la Administración no comprende la regulación nueva que reduce o suprime situaciones existentes.<sup>150</sup>

La legislación como tal no genera el derecho a una indemnización cuando provoque un perjuicio general a los destinatarios de la norma. Se indemnizará si supone una carga especial o singular con la que se rompa el principio de igualdad de los ciudadanos<sup>151</sup>.

Una orden del Ministerio de Economía provoca la jubilación forzosa del corredor de comercio por anticipar la edad de jubilación de notarios agentes de bolsa y de cambio. Se sostiene que la administración no está obligada a indemnizar todos los perjuicios que pueda suponer al particular la aplicación de las leyes por lo que no existiendo error ni inconstitucionalidad de la ley, ni funcionamiento anormal de la administración, el recurrente tiene el deber jurídico de soportar el daño<sup>152</sup>.

### **3.10) Responsabilidad por enriquecimiento injusto**

Tiene carácter residual. Está contemplado en el art. 109 de la Ley de Costas, art. 155 de la Ley General Tributaria, art. 68 de la Ley reguladora de las Bases del régimen Local. En estos casos el particular genera un enriquecimiento indebido de la Administración de manera que el particular tiene derecho a recibir una indemnización por los gastos realizados.

### **3.11) Responsabilidad penal del agente**

La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas así como la responsabilidad civil derivada de delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (Ley 30/92 art. 146<sup>153</sup> y art. 121 CP).

---

<sup>150</sup> SAN, 16.12.2011, (JUR 2012/13807).

<sup>151</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

<sup>152</sup> STS, 3ª, 23.6.2003, (RJ 2003. 4567).

<sup>153</sup> Artículo 146. Responsabilidad penal

*“1. La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*

*2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo*

Responsabilidad no penal: Los particulares exigirán a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio (Ley 30/92, art 145<sup>154</sup>). Se prevé la acción de repetición contra el funcionario que hubiere causado el daño por dolo culpa o negligencia grave (Ley 4/99).

### **3.12) Responsabilidad por actividad (lícita) judicial**

#### **3.12.1.) Normativa**

La Ley 30/92 en su artículo 139.4 remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial <sup>155</sup> disponiendo: *“la responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley orgánica del poder judicial.”*

A su turno la ley orgánica del poder judicial establece en su artículo 292 que:

1. *“Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, de conformidad con lo que dispone.”*

La misma norma dispone que: *“La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización”*. Asimismo advierte que: *“También tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva sean absueltos por inexistencia del*

---

*que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.*

<sup>154</sup> Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes.”

<sup>155</sup> N° 6/1985.

*hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre. Siempre que se le hayan irrogado perjuicios” (art. 294).*

### **3.12.2.) Doctrina**

Conforme lo indica la doctrina, de los preceptos legales citados se desprenden los siguientes principios<sup>156</sup>:

a) Error judicial: la reclamación de indemnización deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Los tipos de error son *in personam* o *en la aplicación de la ley*.

El error *In personam* afecta la identidad del sujeto sancionado o que padeció el procedimiento judicial. Por ejemplo que la condena recaiga en el adquirente posterior del vehículo que causó el accidente.

El error *en la aplicación de la ley* si se omitiese la aplicación de una norma vigente durante el período del hecho.

b) El supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: se refiere a los casos de negligencia de una cierta actuación de la Administración de justicia en el procedimiento (por ejemplo un embargo judicial).

c) Casos de prisión preventiva o indebida: como tal no genera derecho a indemnización. Solo genera derecho a una indemnización los que habiendo sufrido prisión preventiva sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado un auto de sobreseimiento libre siempre que se les haya causado perjuicios.

Se reconoce indemnización al preso preventivo que ha sido absuelto por daños morales causados por el procedimiento o su duración excesiva o por el sueldo dejado de obtener.

Existe también responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de participación delictiva del preso preventivo absuelto.

## **4. Italia**

### **4.1.) Introducción**

---

<sup>156</sup> [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T62008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf).

La responsabilidad en Italia ha sufrido una gran transformación especialmente del legislador y de la jurisprudencia. Esta evolución ha tenido como fin de lograr un acercamiento a la responsabilidad civil de los particulares (tradicionalmente en Italia la Administración respondió en menor medida que los particulares), lo cual significó ampliar notablemente la responsabilidad extracontractual del Estado.

Este hecho histórico representa una puja entre doctrinarios y la jurisprudencia, quien fuera reacia a someter a los poderes del Estado al mismo régimen de responsabilidad extracontractual que a los particulares<sup>157</sup>.

## **4.2.) Responsabilidad extracontractual**

### **4.2.1) Normativa**

Como advertimos el rasgo característico de la Administración italiana es que ha respondido menos que los particulares<sup>158</sup>. Ello es peculiar porque el régimen de responsabilidad extracontractual italiana tiene fundamento en el Código Civil (CC), es decir se aplica la misma normativa que a los particulares.

La Constitución de 1948 (CI) en su artículo 28 reconoce la responsabilidad extracontractual de la Administración, la cual será establecida por la ley civil:

*“Los funcionarios y dependientes del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizadas en violación de derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos”.*

Los arts. 2043 a 2059 del CC contienen estas normas civiles que regulan los hechos ilícitos (*"fattiilleciti"*).

El art 2043 dispone:

*“Todo hecho doloso, o culposo, que cause a otros un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.*

### **4.2.2) Doctrina**

---

<sup>157</sup> Oriol Mir Puigpelat, *“La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”*, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>158</sup> Oriol Mir Puigpelat, *“La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”*, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

Es evidente que esta responsabilidad está basada en un elemento subjetivo tanto para los particulares como para la Administración. Dicho de otro modo la responsabilidad queda sujeta al requisito de la culpa y solo excepcionalmente deviene objetiva<sup>159</sup>.

Los demás requisitos que el ordenamiento jurídico italiano requiere de la responsabilidad de la Administración son: 1) la atribubilidad de la conducta del funcionario o agente a la Administración<sup>160</sup>, 2) la existencia de un daño injusto y 3) la relación de causalidad entre el comportamiento del funcionario o agente y el daño producido<sup>161</sup>.

#### **4.2.3.) Fundamentos de la Responsabilidad**

La doctrina italiana ha dedicado gran parte de sus esfuerzos en establecer el carácter directo (por hecho propio) o indirecto (por el hecho ajeno) de la responsabilidad de la Administración. En definitiva se trata de establecer donde encuentra su fundamento la responsabilidad de la Administración, o bien en el art. 2043 CC (responsabilidad civil por el hecho propio o bien en el art 2049 CC regulador por el hecho ajeno). En ambos casos se requiere la culpa.

Desde antes de la Constitución de 1948 la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la responsabilidad de la Administración es directa<sup>162</sup>. Alessi sostiene que a veces es directa y a veces indirecta<sup>163</sup> mientras que Casetta afirma que es indirecta<sup>164</sup>.

#### **4.2.4) Jurisprudencia**

Atento a que no existe una regulación específica y completa de la responsabilidad extracontractual de la Administración y a que la CI remite a las normas civiles la jurisprudencia ha jugado un papel importantísimo en esta cuestión.

---

<sup>159</sup> Marcelo Clarich, "La Responsabilidad civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano", en Riv. Trim. Dir. Pubbl, II, 1989, pág. 1096.

<sup>160</sup> Oriol Mir Puigpelat, "La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos", Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>161</sup> Guido Greco, "La responsabilita civile dell 'amministrazione e dei suoi agenti", Diritto amministrativo, vol II, 2da ed. Bologna, Monduzzi, 1998, pag. 1687.

<sup>162</sup> Gianfranco Bronzetti, "Casi tipici di responsabilita nella pubblica amministrazione", Padova, CEDAM, 1997, pag. 29)

<sup>163</sup> Renato Alessi, "L'illecito e la responsabilita civile degli enti pubblici", Milano, Giuffrè, 1964, pags. 31-62.

<sup>164</sup> Elio Casetta, "L'illecito degli enti pubblici", Torino, Giappichelli, 1953.

Tradicionalmente la jurisprudencia se caracterizó por negar la aplicación a la Administración de algunas de las normas que disciplinan la responsabilidad extracontractual de los particulares y reconocerle así una serie de privilegios o inmunidades.

Las razones que ha brindado la jurisprudencia fue que era necesario respetar el ejercicio de sus *potestades discrecionales*, dichas potestades no eran susceptibles de control jurisdiccional en virtud del principio de separación de poderes. Esta interpretación ha sido abandonada hace largo tiempo por la jurisprudencia. Hoy, los fallos judiciales junto con la doctrina sostienen que la discrecionalidad administrativa se encuentra limitada por el respeto de las normas de diligencia, es decir la discrecionalidad justifica actuaciones administrativas dolosas o culposas generadoras de daños.

La Corte Constitucional italiana ha declarado inconstitucionales algunos preceptos legales que establecían la irresponsabilidad de determinadas administraciones públicas por los daños que pudieran ocasionar. Por ejemplo en la sentencia de 17 de marzo de 1988 num. 303<sup>165</sup> en relación con la normativa especial sobre administración de correos y telecomunicaciones.

#### **4.3.) Responsabilidad por actividad (lícita) normativa**

La doctrina<sup>166</sup> ha prestado gran atención a la responsabilidad de la administración derivada de actos administrativos, en particular al concepto de “indemnizabilidad de los intereses legítimos”.

Como hemos mencionado precedentemente<sup>167</sup>, uno de los requisitos para que se establezca la responsabilidad de la Administración es que haya un daño injusto. La jurisprudencia<sup>168</sup> lo interpreta como la necesidad de que la Administración lesione un derecho subjetivo de la víctima. La lesión por parte

---

<sup>165</sup> En Foro it., I, 1989, págs. 56-61.

<sup>166</sup> Un resumen de los argumentos utilizados por la jurisprudencia italiana a favor de la no resarcibilidad de los intereses legítimos, así como de las réplicas doctrinales puede encontrarse en: Anna María Cristaldi, “*Il Problema della risarcibilità dei danni per lesioni di interessi illegittimi*”, en Mondo Giudiz, lunes 24 de Julio de 1995 y Antonio Romano Tassone, “*I problema di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*”, en Dir. Ammm, num. 10, 1997. En contra de la jurisprudencia de la Corte de Casación y de la negativa a indemnizar todo interés legítimo se han manifestado: Marcello Clarich, Enrico Folleri, Vincenzo Cerullirelli, entre otros.

<sup>167</sup> En el punto 5.2.2.) Rasgos de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración.

<sup>168</sup> Ver cita 124.

de la Administración de posiciones jurídicas distintas como un interés legítimo no era para la jurisprudencia<sup>169</sup> indemnizable.

Más recientemente la doctrina<sup>170</sup> se ha mostrado contraria a la no indemnizabilidad de los intereses legítimos sobre todo porque la jurisprudencia<sup>171</sup> admitió la resarcibilidad de los intereses legítimos entre particulares manteniendo la necesidad de la lesión de los derechos subjetivos solo frente a los entes públicos.

La jurisprudencia con relación a la responsabilidad civil de los particulares, primero interpreto el “daño injusto” del art 2043 del CC como necesidad de lesión de derechos subjetivos absolutos, luego admitió la resarcibilidad de los derechos subjetivos de crédito, para por último extenderla a situaciones jurídicas calificables de interés legítimo (meras expectativas situaciones de hecho por ejemplo), ampliando así la noción de “daño injusto”. Esta ampliación no se transmitió a la Administración. Por lo tanto la Corte de Casación ha dado distintas interpretaciones a daño injusto en función de la naturaleza pública o privada del causante del daño<sup>172</sup>.

En parte por las exigencias del derecho europeo<sup>173</sup> el legislador sancionó leyes que en forma implícita han admitido la resarcibilidad de los intereses legítimos. Por ejemplo la ley núm. 142<sup>174</sup>, en materia de contratos (art. 13) y el decreto legislativo núm. 80<sup>175</sup> que en el art. 30, atribuye al juez administrativo la competencia exclusiva para declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración en relación a servicios públicos, urbanismo y construcción.

#### 4.3.1) Jurisprudencia

---

<sup>169</sup> Ver Cita 124.

<sup>170</sup> Mario Nigro, “Introducción al encuentro celebrado en Roma el 24 de Abril de 1982 sobre la responsabilidad por lesión de intereses legítimos”, en “Foro amm”, I, 1982, pag, 1671 y Erico Follieri, “Risarcimento dei danni per lesione di interessi”, pág. 22

<sup>171</sup> Oriol Mir Puigpelat, “La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>172</sup> Oriol Mir Puigpelat, “La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>173</sup> Oriol Mir Puigpelat, “La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>174</sup> de 19 de Febrero de 1992.

<sup>175</sup> de 31 de Marzo de 1998.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea *Frankovich* confirmó la posición de la doctrina que luchaba por la resarcibilidad de los intereses legítimos, al establecer la responsabilidad de los Estados miembros por los daños derivados de la falta de transposición de las directivas Europeas sin negar la responsabilidad de los intereses legítimos.

La Corte de Casación italiana en la sentencia 500/199<sup>176</sup> reconoce la indemnizabilidad de los intereses legítimos lesionados por la Administración pública. Esta sentencia histórica rompe con 40 años de jurisprudencia que limitaba la responsabilidad de la Administración y “que una isla tal de inmunidad y de privilegio (...) mal se concilia con las más elementales exigencias de justicia”<sup>177</sup>. La Corte reconsidera el art. 2043 y arriba a la siguiente conclusión “es injusto el daño que el ordenamiento no puede tolerar que permanezca a cargo de la víctima, y que es transferido al autor del hecho, en cuanto lesivo de interés jurídicamente relevantes sea cual sea su calificación formal y en particular sin que resulte determinante su calificación en términos de derechos subjetivos”<sup>178</sup>. En esta definición es irrelevante que el particular ostente una posición calificante de derecho subjetivo o de interés legítimo.

La sentencia 500/1999 sintetiza claramente los requisitos para que proceda la responsabilidad de la Administración, a saber<sup>179</sup>:

- 1) Existencia de un daño;
- 2) Calificación del daño como injusto (en los términos descriptos);
- 3) Existencia de relación de causalidad entre el daño y una conducta positiva u omisiva de la Administración e;
- 4) Imputabilidad de dolo o culpa de la Administración,

Con esta sentencia no solo acercó la responsabilidad de la Administración a la de los particulares sino a la responsabilidad de la Administración de otros países.

#### **4.4.) Responsabilidad por actividad ilícita**

---

<sup>176</sup> del 22 de julio.

<sup>177</sup> Ver FJ 3. 3 de la sentencia.

<sup>178</sup> Ver FJ 9 de la sentencia.

<sup>179</sup> Ver FJ 11 de la sentencia.



En relación a la responsabilidad por actos administrativos tradicionalmente la jurisprudencia defendió tres principios: 1) la responsabilidad extracontractual de la Administración solo puede derivar de actos administrativos contrarios a derecho (“*illegittimi*”); 2) la víctima debe haber obtenido del juez administrativo la anulación del acto previo para ejercer la acción de responsabilidad extracontractual; 3) la constatación del “*Illegittimi*” basta para declarar la culpa de la Administración (es decir se cumple el requisito subjetivo). Dicho de otro modo “la previa anulación del acto administrativo es siempre necesaria pero también suficiente para que se establezca la responsabilidad de la Administración”<sup>180</sup>.

Si bien el primer principio hoy continua vigente, el segundo y el tercero han sido abandonados a partir de la sentencia 500/1999. En ella la Corte dispuso que al establecer la resarcibilidad de los intereses legítimos exige abandonar el segundo y tercer principio. El abandono del segundo principio implica que las víctimas podrán acudir al juez ordinario y no deberán ya acudir a los jueces administrativos y obtener la anulación del acto para ser indemnizado. Sin embargo el abandono del tercer principio puede redundar en que la Administración resulte en una menor responsabilidad ya que ahora no basta con probar la ilicitud del acto sino que hay que probar la culpa de la Administración. La Casación <sup>181</sup> estableció que esta presunción de la ilegitimidad del acto era *iure et de iure* es decir no se admitía prueba en contrario.

Esta nueva interpretación jurisprudencial al exigir culpa por parte de la Administración y no bastando con la antijuridicidad del acto administrativo, probablemente dificulte a quien pretenda una acción resarcitoria de la Administración. Por ello se podría pensar que la Casación estableció una especie de estabilidad a fin de compensar por la admisión de la resarcibilidad de los intereses legítimos a fin de que no se disparen las expensas públicas a raíz de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

---

<sup>180</sup> Oriol Mir Puigpelat, “*La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos*”, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>181</sup> En su jurisprudencia anterior. Ver sentencia de Casación de 29 de Junio de 1981, num. 4204 (cuyo extracto puede encontrarse en “Foro it” REP.

Otro rasgo novedoso de la referida sentencia 500/1999 es que determina un nuevo concepto de culpa administrativa, que toma como referencia la Administración como aparato, como organización y no la persona del funcionario o agente que causa el daño. La sentencia establece que habrá culpa de la Administración cuando “la adopción y la ejecución del acto contrario a derecho (...) se hayan producido en violación de las reglas de imparcialidad, corrección y buena administración que deben inspirar el ejercicio de la función administrativa”<sup>182</sup>.

#### **4.5.) Responsabilidad (lícita) extracontractual**

Existe consenso<sup>183</sup> en que la responsabilidad extracontractual de la Administración se extienda a actos ajustados a derecho ("*legittimi*"). Sin perjuicio de ello, la Administración debe indemnizar en ciertos casos a quienes sufran como consecuencia de un acto administrativo "*legittimi*". La diferencia es que no se entiende que haya una indemnización sino que se denomina "*indennizzo*" y no "*risarcimento*" en los casos en que se haga alusión a compensación dineraria recibida por el damnificado en casos de responsabilidad extracontractual. La diferencia entre "*indennizzo*" y "*risarcimento*" radica en que el acto administrativo de la primera es ajustado a derecho mientras que en la segunda no lo es, además para "*indennizzo*" la compensación es mayor que para "*risarcimento*".

El ejemplo típico de "*indennizzo*" es el de expropiación forzosa, acto ajustado a derecho que debe ser compensado. En el caso de la expropiación, la compensación se encuentra amparada por la CI en el art. 42.3<sup>184</sup>. Otro ejemplo es el derivado de la ley de expropiación forzosa del 25 de Junio de 1865, núm. 2359, que en el art. 46 dispone compensación para los dueños de

---

<sup>182</sup> Ver FJ 11 de la sentencia.

<sup>183</sup> Oriol Mir Puigpelat, "*La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos*", Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>184</sup> La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización.

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia.

propiedades no expropiadas que estén gravadas con servidumbre o sufran daño permanente (ruidos vibraciones) por daños derivados de la ejecución de obra pública. Asimismo la ley del 7 de agosto de 1990 núm. 241, prevé “*indennizzo*” para el supuesto que la Administración desista, por motivos de interés general que surjan con posterioridad, de acuerdos con los particulares.

#### **4.6.) Responsabilidad por actividad material**

La cuestión aquí ha sido hasta qué punto se le pueden aplicar a la Administración los distintos supuestos objetivos de responsabilidad que se les aplican a los particulares en el Código Civil y otras leyes.

Es que el título de hechos ilícitos de la normativa de fondo contempla supuestos de culpabilidad objetivada que contienen una presunción de culpa, invirtiéndose la carga de la prueba; a su vez también contempla supuestos de responsabilidad objetiva que aun probando ser diligente no excluye el deber de indemnizar. Estamos en presencia de excepciones al 2043 del Código que establece que la víctima debe probar la culpa de quien causo el daño para que se establezca responsabilidad.

En principio serían aplicables a la Administración<sup>185</sup>: responsabilidad del vigilante del incapaz (art. 2047)<sup>186</sup>, de los maestros y las escuelas públicas (art. 2048)<sup>187</sup>, por cosas en custodia (art. 2051)<sup>188</sup> por la circulación de vehículos (art. 2054)<sup>189</sup> y por el ejercicio de actividades peligrosas (art. 2050)<sup>190</sup>.

---

<sup>185</sup> Oriol Mir Puigpelat, “La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”, Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>186</sup> Art. 2047 Danno cagionato dall'incapace

In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità.

<sup>187</sup> Art. 2048 Responsabilità dei genitori; dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte

Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti (2130 e seguenti) nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.

<sup>188</sup> Art. 2051 Danno cagionato da cosa in custodia

Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito (1218,1256).

<sup>189</sup> Art. 2054 Circolazione di veicoli

El ejercicio de actividades peligrosas fue el más discutido. Nuevamente nos encontramos con la situación donde la jurisprudencia no sometió a la Administración a los mismos principios que a los particulares. Hubo oposición doctrinaria al respecto.

Las sentencias de 23 de febrero de 1956 (números 507 y 509)<sup>191</sup> de la Corte de Casación reinaron durante 25 años negándose la aplicación del art. 2050 a la Administración, es decir por actividades peligrosas. Los argumentos de la casación fueron los siguientes: 1) el Código Civil<sup>192</sup> busca someter a una actividad más estricta quien lleva a cabo actividades peligrosas con ánimo de lucro y la Administración normalmente actúa sin fines de lucro sino para satisfacer necesidades colectivas; 2) el juez no puede controlar la idoneidad y suficiencia de los medios empleados por la Administración al organizar su actividad atento que sería una violación al ámbito de discrecionalidad y la presunción de culpa del art. 2050 es incompatible con la presunción de legalidad que invisten los actos administrativos.

La doctrina mayoritaria<sup>193</sup> se opuso a los argumentos expuestos por la Casación sosteniendo: 1) no es necesario el ánimo de lucro según el art. 2050, 2) el control judicial de la normas de diligencia no significa que haya violación de la discrecionalidad administrativa porque la discrecionalidad administrativa está limitada por el control judicial, en ese sentido de ser así, no se debería aplicar tampoco a la Administración el art. 2043 porque aquí también el juez debe valorar si hubo o no culpa, la única diferencia entre el art. 2043 y el art. 2050 es sobre quien recae la carga de la prueba; y 3) la presunción de legalidad de los actos administrativos no tiene incidencia en el

---

Vedere anche Leggi Speciali su Assicurazioni

Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli.

Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario (978 e seguenti) o l'acquirente con patto di riservato dominio (1523 e seguenti), è responsabile in solido (1292) col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà.

In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo.

<sup>190</sup> Art. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

<sup>191</sup> En Giur. It., I, 1, 1956 pags 890-894 y Foro it., I, 1956 pags. 507-508.

<sup>192</sup> Art. 2050.

<sup>193</sup> Ver autores citados por Marco Comporti, "Presunzioni di responsabilità e pubblica amministrazione: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati", en Foro it, I, 1985, pág 1498 nota 4.

juicio de responsabilidad de la administración, no debe confundirse con la presunción de culpabilidad del art. 2050. A mayor abundamiento la Casación aplicó a la Administración el art. 2051 (la responsabilidad por las cosas en custodia), el art 2053 (por ruina del edificio) y el art. 2054 (por la circulación de vehículos).

Recién en 1984 la Casación decide rever su posición respecto de esta cuestión y finalmente utilizando los argumentos expuestos en contra de su postura dicta la sentencia del 27 de febrero de 1984 núm. 1393<sup>194</sup> y con ella finalizó el principio de la inaplicabilidad a la Administración del art. 2050 del CC y el art 2050 fue aplicable a la empresa pública de transporte ferroviario<sup>195</sup>.

El art. 2051 (por custodia de las cosas) ha recibido atención en cuanto a si resulta de aplicación a los daños que pueden sufrir quienes usen de las vías públicas. La jurisprudencia es reacia a su aplicación atento que la custodia es entendida como un poder físico sobre la cosa y ese poder físico no lo posee en bienes de dominio público ya que por su destino general a todos los ciudadanos y extensión no puede ser controlado efectivo y constantemente por el Estado. La jurisprudencia por accidentes ocurridos en las vías públicas somete a la Administración al art. 2043 o sea que la víctima pruebe que existía un peligro oculto en la vía pública. Hay peligro oculto cuando haya no visibilidad (objetivo) y no previsibilidad (subjetivo) ejemplos cuando en la calle hay agujeros profundos o gruesas capas de hielo.

En síntesis, con relación a la responsabilidad de la Administración por su actividad material, ésta solo responde normalmente, con arreglo al criterio (subjetivo) de la culpa, la cual debe ser probada por la víctima; la presunción de culpa (y por ende la inversión de la carga de la prueba) y la responsabilidad objetiva de la Administración solo se prevé excepcionalmente<sup>196</sup>.

## **5. Francia**

---

<sup>194</sup> En "Foro it", I, 1984, pág. 1280-1285.

<sup>195</sup> Oriol Mir Puigpelat, "La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos", Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

<sup>196</sup> Oriol Mir Puigpelat, "La Responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos", Revista de Administración Pública, Núm. 156. Septiembre – Diciembre 2001.

## **5.1.) Introducción**

La responsabilidad patrimonial en Francia está caracterizada por 3 rasgos principales, a saber<sup>197</sup>:

- 1) La ampliación casi constante de la responsabilidad pública;
- 2) El perfeccionamiento técnico de la teoría de las relaciones entre la Administración, sus funcionarios y las víctimas de los daños; y
- 3) La delimitación de la responsabilidad administrativa en cuanto a teoría autónoma.

La responsabilidad de la Administración en este país ha sido elaborada por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, es decir es de origen jurisprudencial. La jurisprudencia descartó la aplicación del Código Civil y construyó una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado.

### **5.1.1.) Normativa**

La Constitución de 1799 estableció el principio de la irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios. El artículo 75 estableció la indemandabilidad del funcionario público cuando actuaba en el ejercicio de sus funciones, salvo previa autorización del Consejo de Estado<sup>198</sup>. Esta autorización previa suponía dos procedimientos, uno ante el Consejo de Estado para que autorice el sometimiento del funcionario público a la jurisdicción judicial y otro para el propio juicio. En consecuencia, a discreción del Consejo de Estado los funcionarios quedaban sustraídos de todo control y la víctima se veía privada de cualquier indemnización. Por ley el 24 de Mayo de 1872 se creó el Tribunal de Conflictos.

### **5.1.2. Jurisprudencia y Doctrina**

En el caso “Blanco” del 8 de Febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos declaró la competencia del juez administrativo, en un supuesto en el que conforme la jurisprudencia hasta entonces vigente correspondía entender a la jurisdicción del derecho común. La causa se promovió a raíz del accidente sufrido por una niña atropellada y herida por un vagón que transportaba

---

<sup>197</sup> Vedel, Georges, "*Derecho Administrativo*", Madrid, Aguilar, 1976, pp 270 y ss.

<sup>198</sup> Paillet, Michel, "*La faute du service public en Droit Administratif français*", Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1980, p. 20.

cigarrillos entre dos edificios de una fábrica nacional de cigarrillos en Burdeos. Los padres demandaron al Estado ante los tribunales civiles. Conforme la jurisprudencia de entonces correspondía que entienda la jurisdicción de derecho común atento a que se trataba de un “acto de gestión”. Sin embargo el Tribunal de Conflictos declaró la competencia del juez administrativo atento a que se trataba de apreciar la responsabilidad nacida del “mal funcionamiento de un servicio público”.

El concepto de servicio público es una construcción francesa que luego fue incorporada en España y Argentina por la doctrina. Duguit sostuvo que toda actuación administrativa deviene en una actuación de servicio público.

El 30 de Julio de 1873 el Tribunal de Conflictos dictó el caso “Pelletier”, en el que se sustanció un secuestro de un diario por orden de dos funcionarios públicos. El director del diario pidió una indemnización personal de estos funcionarios ante los tribunales lo que suscitó un conflicto de competencia. El Tribunal de Conflictos sostuvo que los actos de un funcionario público en ejercicio de sus funciones no podían ser examinados por tribunales judiciales porque aun cuando se habían derogado la autorización previa ante el Consejo de Estado el principio de separación de poderes habilitaba al funcionario a plantear el conflicto de poderes y el Tribunal de Conflictos a declarar la incompetencia de los tribunales judiciales.

Así el Tribunal de Conflictos delimitó el alcance de la derogación del decreto-ley de 1870 pues considero que si bien el decreto había derogado una concreta norma de procedimiento – autorización previa del Consejo de Estado no había modificado las normas de competencia establecidas por las leyes revolucionarias que distinguían entre jurisdicción ordinaria y administrativa. Así dedujo que no eran admisibles las acciones contra los funcionarios públicos ante la justicia ordinaria salvo en los casos en que ello no entrañara una injerencia en el funcionamiento de la Administración, esto es, tan solo en los casos en que el funcionario hubiera cometido una “falta personal separable del servicio”. Al hacer esta interpretación restrictiva del caso “Pelletier” se convirtió en el punto de partida de la distinción entre “falta personal separable del servicio” y “falta de servicio”, que se encuentra en la base del sistema francés.

Nace así la distinción entre “falta administrativa o de servicio” y la “falta personal”, que es ajena al derecho administrativo. Ello fue luego

confirmado por los casos del Consejo de Estado “Terrier” del 6 de Febrero de 1903 y “Feutri” del 29 de Febrero de 1908.

Según esta jurisprudencia del Consejo de Estado, la “falta personal” está caracterizada por la ausencia de vínculo con el servicio y el funcionario que debía responder ante los tribunales judiciales; mientras que la “falta de servicio”, es la actuación dañosa pero inseparable del servicio, cuya responsabilidad era imputable a la Administración ante el juez administrativo.

Durante largo tiempo se consideró que la responsabilidad personal del agente y la derivada del hecho del servicio eran excluyentes y no acumulables entre sí. El daño era originado por falta personal o por falta de servicio. Sin embargo la experiencia condujo a adopción de criterios más flexibles:

- 1) Se sostuvo la acumulación de faltas cuando el daño era causado a la vez por una falta de servicio y por una falta personal (caso “Anguet”, de 1911).
- 2) Se admitió la acumulación de responsabilidades independientemente de la acumulación de faltas, sin perjuicio de que la Administración pueda repetir contra el funcionario en caso de que ésta resulte obligada debido a la existencia de una falta personal (caso “Laruelle”, de 1951).

## **5.2. Caracteres actuales de la responsabilidad**

La responsabilidad de la Administración fue caracterizándose por ser autónoma, directa, anónima (o impersonal) concreta y general.<sup>199</sup> Señala María del Pilar Amenábar<sup>200</sup> que la actual regulación jurídica de la responsabilidad de la Administración tiende a garantizar a la víctima la situación más beneficiosa posible. La evolución ha sido de tal magnitud que la responsabilidad estatal es hoy la regla<sup>201</sup>.

Sostiene Delpiazzo<sup>202</sup> que en los casos de responsabilidad por “falta personal” la jurisprudencia sostuvo que para que un funcionario sea civilmente

---

<sup>199</sup> Dvez, Paul y Debeyre, Guy, " *Traite de Droit Administratif*," 1952, Paris, Dalloz, pp 420 y ss.

<sup>200</sup> María del Pilar Amenábar, " *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*", Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 34 – 48.

<sup>201</sup> María del Pilar Amenábar, " *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*", Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 34 – 48.

<sup>202</sup> Carlos E Delpiazzo, " *Enfoque actual de la responsabilidad administrativa*", Publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx>



responsable frente a la víctima de un daño o frente a la Administración es necesario que haya cometido una "falta personal", que es entendida como aquella que "revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia"<sup>203</sup>. Las faltas personales pueden reducirse a dos categorías:

- 1) Hay "falta personal" porque se excluye "falta de servicio", por ejemplo cuando el acto incriminado no tiene nada que ver con el servicio<sup>204</sup>.
- 2) La "falta personal" se comete en servicio o en ocasión del mismo, en dichos casos la jurisprudencia tiene en consideración la intención del agente (dolo o culpa) y la gravedad de la falta.<sup>205</sup>

Conforme la postura de la intención comete "falta personal" el funcionario que persigue un fin malicioso, doloso o puramente personal, como cuando un agente de policía incurre en malos tratos para satisfacer una venganza<sup>206</sup> o cuando se usan con fines personales<sup>207</sup>.

Con relación a la gravedad de la falta puede ocurrir que la actuación de un funcionario constituya una falta personal aun cuando no hubiera habido mala intención o puro interés personal, como cuando la falta conlleva una gravedad tal que excede la falta corriente que cabe esperar. Está claro que todo depende de las circunstancias particulares del caso, pero a título ejemplificativo la jurisprudencia señaló que constituyen faltas personales los puñetazos por un agente de policía en condiciones inexcusables aun cuando no satisficiera ningún rencor<sup>208</sup>, o un chofer de la Administración que se sienta en estado de ebriedad al volante<sup>209</sup>. No constituye faltas personales la transmisión de informes negativos de una persona sin animosidad<sup>210</sup> o la expedición de informes erróneos bajo la forma de certificados de urbanismo<sup>211</sup>.

La principal consecuencia de la "falta personal" del funcionario consiste en que este es civilmente responsable con su patrimonio frente a la víctima.

---

<sup>203</sup>Laferriere, Edouard, "Traite de la Jurisdiction Administrative", Paris, 1896, T I, pp 648 y ss.

<sup>204</sup> casos "Societe Standard de Petroles", de 1951 y "Roustan", de 1962.

<sup>205</sup> Vedel, Georges, "Derecho Administrativo", Madrid, Aguilar, 1976, pp 290 y ss.

<sup>206</sup> Caso "Coccoz", de 1951.

<sup>207</sup> Caso "Moritz", de 1954.

<sup>208</sup> Caso "Delaitre", de 1953.

<sup>209</sup> Caso "Delville" de 1951.

<sup>210</sup> Caso "Societe Nouvelles des Travaux Publiques" de 1952.

<sup>211</sup> Caso "Jaquet", de 1965.

La “falta de servicio”<sup>212</sup> puede definirse como toda falta a las obligaciones de servicio. Sin embargo, no toda falta de servicio es susceptible de comprometer la responsabilidad de la Administración ya que el Consejo de Estado ha exigido una cierta gravedad acorde a las dificultades de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Una falta simple es suficiente para comprometer la responsabilidad de la Administración en el caso de un servicio que no presente particulares dificultades, sin embargo es necesaria una falta grave para comprometer la responsabilidad cuando se trata de una actividad difícil y en el caso de una actividad muy difícil se requerirá una falta especialmente grave. La jurisprudencia utiliza dos conceptos para categorizar el grado de dificultad: 1) la propia naturaleza de la actividad y 2) las circunstancias del caso.

### **5.3.) Criterios de imputación y fundamentos de la responsabilidad**

Como fue señalado anteriormente, durante muchos años la falta personal y la falta de servicio eran excluyentes entre sí, sin embargo la jurisprudencia, como se vio anteriormente, advirtió que la responsabilidad del funcionario puede coexistir con la de la Administración<sup>213</sup>:

- 1) Cuando la Administración ha cometido una falta de servicio que ha concurrido con la falta personal del funcionario en la producción del daño<sup>214</sup>.
- 2) Cuando la Administración está obligada frente a la víctima aunque no haya falta de servicio distinta a la falta personal, para lo cual es suficiente que la falta haya sido cometida en el servicio, en ocasión del servicio o como dice el Consejo de Estado “no este desprovista de todo vínculo con el servicio”.

Al permitir la acumulación, la víctima dispone de dos acciones de reparación, pudiendo reclamar al funcionario según el derecho privado y a la Administración según el derecho público. Si ello ocurre debe repartirse la carga

---

<sup>212</sup> Vedel, Georges, "*Derecho Administrativo*", Madrid, Aguilar, 1976, pp 303 y ss.

<sup>213</sup> Rivero Jean, "*Droit Administratif*", Paris, Dalloz, pp. 295 y ss.

<sup>214</sup> Caso "Delville", de 1951.

indemnizatoria entre el funcionario y la Administración para lo cual se considera<sup>215</sup>:

- 1) Para el caso en que la responsabilidad entre la Administración y el funcionario este repartida como consecuencia de la falta personal y de la falta de servicio, la contribución de la carga indemnizatoria se regula según la parte que haya tenido la producción de cada una de las faltas en la producción del daño.
- 2) Si la reparación incumbe al funcionario, cuando la Administración resulta obligada porque la falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio y cuando la falta de servicio es oponible por la víctima pero no por el funcionario.
- 3) La reparación incumbe totalmente a la Administración cuando el funcionario es llevado a los tribunales por una falta de servicio sin que le sea imputable una falta personal separable del ejercicio de sus funciones.

### **5.3.1.) Responsabilidad “sin falta” (por actividad lícita)**

Hay que señalar que junto con la acumulación de la falta personal y la falta de servicio como criterios de imputación de la responsabilidad, la jurisprudencia ha admitido también la “responsabilidad sin falta” en una serie de supuestos fundados en la teoría del riesgo y en el principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>216</sup>:

- 1) Responsabilidad de la Administración frente a los funcionarios, agentes públicos y colaboradores ocasionales.

Otorga indemnizaciones a las víctimas de perjuicios físicos o materiales graves, en razón de riesgos excepcionales a los que han sido expuestos con ocasión del ejercicio de sus funciones.

- 2) Daños ocasionados por las obras públicas

La Administración responde aun sin falta por daños causados a los propietarios por la existencia o funcionamiento de la obra pública y frente a los usuarios por defectuoso funcionamiento o mantenimiento.

- 3) Responsabilidad por riesgos especiales creados por la Administración

---

<sup>215</sup> Vedel, Georges, "*Derecho Administrativo*", Madrid, Aguilar, 1976, pp 298 y ss.

<sup>216</sup> Rougevin-Baville, Michel, "*La responsabilité administrative*", Paris, Hachette, 1992, pp. 73 y ss.

Incluye las indemnizaciones acordadas a favor de terceros por actuaciones sobre inmuebles que comportan riesgos que exceden los límites normales en las relaciones de vecindad, por ejemplo explosiones o accidentes debidos al empleo de armas particularmente peligrosas.

4) Responsabilidad por infracción al principio de igualdad de las cargas publicas

Abarca conceptos muy variados por los daños derivados por la negativa de la autoridad a emplear la fuerza pública para la ejecución de una sentencia firme, hasta las indemnizaciones acordadas a favor de personas perjudicadas por hechos legislativos (*fat des lois*)<sup>217</sup>.

## **6. Inglaterra**

### **6.1.) Introducción**

El sistema legal de Inglaterra y Gales es el “common law”. La diferencia entre el “common law” y el sistema de derecho civil (sistema predominante en Europa) es que las decisiones judiciales del “common law” son vinculantes tanto para los tribunales inferiores como para la Corte que toma la decisión, por ello se lo denomina un sistema de precedentes.

Si bien no hay divisiones formales dentro del sistema de derecho inglés, se puede distinguir entre derecho público y privado. Dentro del derecho privado, entre el derecho de propiedad y el derecho de las obligaciones. El derecho de obligaciones consta de contratos, “Tort Law” (derecho de responsabilidad civil) y restitución. En el contexto de la compensación nos concierne el derecho de responsabilidad civil (“Tort law”).

Al no existir una “estricta” separación entre derecho público y derecho privado en el sistema de derecho Inglés, los organismos públicos pueden ser demandados por los individuos en la misma forma que uno podría proceder contra otra parte privada; no gozan de ninguna inmunidad a la hora de ser demandados. Sin embargo, si el organismo público resulta ser el demandado, el tribunal tendrá en cuenta consideraciones que no serán meritadas para los particulares.

---

<sup>217</sup> Maria del Pilar Amenábar, “Responsabilidad extracontractual de la administración pública”, Rubinzal Culzoni, 2008, pp 47 y ss.

## **6.2.) Normativa**

La responsabilidad estatal en Inglaterra está marcada por dos periodos, un antes y un después del “Crown Proceedings Act” de 1947 (ley de procedimiento de la Corona), por la que se extendió a la Corona la responsabilidad que antes pesaba sobre los funcionarios públicos. Primero se admitió la responsabilidad del funcionario y luego la del Estado.

Con anterioridad al “Crown Proceedings Act” todos los funcionarios públicos eran responsables personalmente por sus actos, pero la Corona conservaba inmunidad, no podía ser demanda en Tort Law. Razones de justicia llevaron a una flexibilización del sistema admitiendo las “Petitions of Rights” (peticiones de derecho), regulada por la “Petition of Right Act” de 1860 por la cual se solicitaba a la Corona el consentimiento para ser demandada ante Tribunales ordinarios para los casos de responsabilidad contractual quedando fuera de ese ámbito la responsabilidad extracontractual. Continuo rechazándose la responsabilidad de que el Estado resultara responsable por los hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios con fundamento en el principio “King can do no wrong” (el rey no puede hacer mal).

Ante la irresponsabilidad de la Corona los funcionarios eran personalmente responsables ante el damnificado por un hecho ilícito. Sin embargo el Estado les proveía de defensa y la indemnización en caso de condena se satisfacía con fondos públicos.

Con la sanción de la “Crown Proceedings Act” se modernizo el sistema al permitir que la Corona fuera responsable en forma directa por el obrar de sus agentes y se pueden entablar acciones civiles contra el Estado como se podría hacer contra cualquier particular. Dicho de otro modo, luego de la sanción del “Crown Proceedings Act” la Corona puede ser demandada en “Tort Law”

El sistema inglés diferencia la aplicación de un régimen jurídico según que la responsabilidad sea contractual o extracontractual.

**6.2.1. En el régimen extracontractual** se coloca al Estado en la misma situación que una persona de derecho privado. Las áreas de responsabilidad prevista en la “Crown Proceedings Act” son tres: 1) los hechos ilícitos (responsabilidad civil) cometidos por los funcionarios o agentes de la

Corona, 2) el incumplimiento de las obligaciones que corresponden a un empleador respecto de sus empleados, y 3) la infracción o quebrantamiento de las obligaciones relativas a la propiedad, posesión, ocupación, o control sobre un determinado objeto, esto es el “riesgo creado” por el uso de la propiedad<sup>218</sup>.

**6.2.2. Con relación a la responsabilidad derivada del obrar ilícito** de un agente en el ejercicio de sus funciones, son responsables tanto éste como la Corona. La Corona no tiene una responsabilidad autónoma de modo que no puede ser demandada si no existe responsabilidad de sus agentes<sup>219</sup>. El concepto de agentes se extiende a los dependientes, a los contratistas pero no a los jueces.

**6.2.3. En materia contractual** la ley “Crown Proceedings Act” elimina el procedimiento de “Petition of Rights”. En este ámbito la Corona es

---

<sup>218</sup> Art. 2. Liability of the Crown in tort.

*“(1) Subject to the provisions of this Act, the Crown shall be subject to all those liabilities in tort to which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject:—*

*(a) in respect of torts committed by its servants or agents;*

*(b) in respect of any breach of those duties which a person owes to his servants or agents at common law by reason of being their employer; and*

*(c) in respect of any breach of the duties attaching at common law to the ownership, occupation, possession or control of property:*

*Provided that no proceedings shall lie against the Crown by virtue of paragraph (a) of this subsection in respect of any act or omission of a servant or agent of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or agent or his estate.*

*(2) Where the Crown is bound by a statutory duty which is binding also upon persons other than the Crown and its officers, then, subject to the provisions of this Act, the Crown shall, in respect of a failure to comply with that duty, be subject to all those liabilities in tort (if any) to which it would be so subject if it were a private person of full age and capacity.*

*(3) Where any functions are conferred or imposed upon an officer of the Crown as such either by any rule of the common law or by statute, and that officer commits a tort while performing or purporting to perform those functions, the liabilities of the Crown in respect of the tort shall be such as they would have been if those functions had been conferred or imposed solely by virtue of instructions lawfully given by the Crown.*

*(4) Any enactment which negatives or limits the amount of the liability of any Government department, part of the Scottish Administration or officer of the Crown in respect of any tort committed by that department, or officer shall, in the case of proceedings against the Crown under this section in respect of a tort committed by that department or officer, apply in relation to the Crown as it would have applied in relation to that department or officer if the proceedings against the Crown had been proceedings against that department or officer.*

*(5) No proceedings shall lie against the Crown by virtue of this section in respect of anything done or omitted to be done by any person while discharging or purporting to discharge any responsibilities of a judicial nature vested in him, or any responsibilities which he has in connection with the execution of judicial process.*

*(6) No proceedings shall lie against the Crown by virtue of this section in respect of any act, neglect or default of any officer of the Crown, unless that officer has been directly or indirectly appointed by the Crown and was at the material time paid in respect of his duties as an officer of the Crown wholly out of the Consolidated Fund of the United Kingdom, moneys provided by Parliament or any other Fund certified by the Treasury for the purposes of this subsection or was at the material time holding an office in respect of which the Treasury certify that the holder thereof would normally be so paid”.*

<sup>219</sup>María del Pilar Amenabar, “Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 30 y ss. y ver cita Núm. 141.

parte del acuerdo y no el agente por lo que la responsabilidad recae sobre ella y no sobre el agente.

### **6.3.) Demandas en Tort Law (responsabilidad civil)**

El derecho de responsabilidad civil se ocupa de los agravios o los ilícitos civiles. Sin lugar a dudas el área más extensa y dinámica dentro del derecho de responsabilidad civil es la negligencia.

En el contexto de reclamos por lesiones, la persona lesionada probablemente demande en base a la negligencia, aunque hay otros regímenes que también son relevantes.

La negligencia es un agravio relativamente nuevo, y ha sido en gran medida desarrollado por la jurisprudencia<sup>220</sup>. Su expansión a fines del siglo XIX y XX refleja las presiones a raíz del surgimiento de la sociedad industrial y urbana que ejerce sobre las categorías tradicionales de reparación legal por la interferencia con los intereses protegidos<sup>221</sup>. Su flexibilidad significa que puede ser utilizado por los tribunales para encontrar responsabilidad en nuevos contextos.

#### **6.3.1. Reclamo por negligencia y “deber de cuidado”**

Para que las cortes hagan lugar a un reclamo por negligencia, el demandante debe demostrar una serie de elementos. En primer lugar se debe demostrar que el acusado debía al reclamante “a duty of care”, es decir un deber de cuidado. El concepto de “duty of care” se desarrolló en el famoso juicio de “*Donoghue v Stevenson*”<sup>222</sup> donde el *House of Lords* contempló la idea de un deber general de “... tomar el cuidado razonable para evitar actos u omisiones que puedan razonablemente preverse que serían capaz de perjudicar a tu vecino... [es decir] personas que están tan estrecha y directamente afectadas por mi acto que debía razonablemente contemplarlos...”<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Ver trabajo “*Introduction to English Tort Law*”, publicado en [biicl.org](http://biicl.org).

<sup>221</sup> Deakin, Johnston and Markensinis, “*Markensinis and Deakin’s Tort Law*”, Oxford University Press, 5<sup>th</sup> edition, 2003, pag. 74.

<sup>222</sup> [1932] AC 562 House of Lords.

<sup>223</sup> [1932] AC 562 House of Lords pag 560.

La jurisprudencia más reciente sobre el deber de cuidado es “*Caparo v Dickman*”<sup>224</sup>. Los tribunales encontrarán un deber de cuidado si el reclamante puede demostrar que el daño que sufrió era previsible; que había cercanía entre él y el acusado; y que en todas las circunstancias, sería justo, equitativo y razonable imponer responsabilidad al demandado.

La negación de un deber de cuidado significa que incluso si el acusado era culpable, y su descuido causó la pérdida del reclamante, no habrá responsabilidad alguna. El concepto se utilizó regularmente a principios de los noventa (1990) para negar la responsabilidad, sobre todo en las acciones contra organismos públicos<sup>225</sup>, sin embargo desde una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1998, los Tribunales ingleses han sido más reacios a negar el deber de cuidado, prefiriendo decidir la cuestión de responsabilidad en la etapa de incumplimiento, tras una discusión completa sobre los méritos de fondo del caso.<sup>226</sup>

### **6.3.2.) Incumplimiento del “deber de cuidado”**

Una vez que el reclamante demuestra que el demandado le debe un deber de cuidado, se debe probar que el acusado es culpable - es decir, que se incumple el deber de cuidado. Determinar si el acusado es culpable consta de un proceso de dos etapas.

En primer lugar, el tribunal debe determinar el “standard of care” (estándar/nivel de cuidado/atención) que el acusado debía al reclamante. El “standard of care” será el estándar que una “persona razonable” adoptaría en la profesión, ocupación o actividad de que se trate. En la determinación de este estándar, los tribunales a menudo equilibran el grado de previsibilidad o riesgo de daño contra el costo de evitar el daño, y los beneficios para las pérdidas de la sociedad si la actividad en cuestión no se lleva a cabo<sup>227</sup>. El estándar es objetivo. El establecimiento del estándar es una cuestión de derecho. El

---

<sup>224</sup> [1990] 2 AC 605 House of Lords.

<sup>225</sup> Por ejemplo, *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] AC 633, [1995] UKHL 9. Este caso se encontró que los trabajadores sociales no tenían ninguna obligación en la realización de investigaciones a los niños que estaban siendo abusados en casa.

<sup>226</sup> Ver trabajo “*Introduction to English Tort Law*”, publicado en [biicl.org](http://biicl.org).

<sup>227</sup> Deakin, Johnston and Markesinis, “*Markesinis and Deakin’s Tort Law*”, Oxford University Press, 5th edition, 2003, pag. 80.



tribunal determinará si las acciones del propio acusado alcanzaron o no este estándar. Esta es una cuestión de hecho, es decir un elemento subjetivo.

### **6.3.3.) El “But for test” (pero a causa de) test**

Luego el reclamante debe demostrar que el incumplimiento de la demandada del deber de cuidado causó el daño. La prueba es un “but for” (pero a causa de) test - pero por la negligencia del demandado, hubiera el actor sufrido la pérdida o el daño? Si la respuesta es negativa, entonces el nexo de causalidad está satisfecho. Si la respuesta es sí, el acusado no será responsable, incluso si ha actuado con negligencia.

Incluso si el reclamante cumple con la prueba del “but for” test, él debe demostrar que el daño que ha sufrido no es demasiado remoto. Por ejemplo, el tribunal puede encontrar que el acto de un tercero, o el propio solicitante es el que causó el daño, es decir, en este acto se ha roto la cadena de causalidad entre el acto del demandado y el daño sufrido. El acusado tampoco será responsable de un daño que no podía razonablemente ser previsible<sup>228</sup>.

Por último, el daño sufrido por el reclamante debe ser un tipo de daño que puede haber recuperado bajo la ley de negligencia. Por ejemplo, cuando el reclamante ha sufrido la pérdida de una oportunidad de evitar una lesión física, esta pérdida no será compensable. La cuestión se planteó en el caso “*Gregg v Scott*”<sup>229</sup>.

### **6.3.4.) Monto de la indemnización**

Si se cumplen estos requisitos, el reclamante tiene derecho a una indemnización completa, que requiere ser restituido a la posición que él habría estado si no se hubiera producido el agravio. En un caso típico de lesiones personales, el reclamante será compensado por:

- Pérdida pecuniaria: la pérdida de ingresos, el costo de la atención médica, gastos de bolsillo, los gastos que han surgido debido a la responsabilidad civil, daños a la propiedad del actor.

---

<sup>228</sup> Fairchild v Glenhaven Funeral Homes [2003] 1 AC 32, [2002] UKHL 22.

<sup>229</sup> [2005] UKHL 2.

- Pérdida no pecuniaria o inmaterial: daños morales, y por el dolor y sufrimiento.

Si la lesión continúa después del juicio, el juez deberá evaluar al momento del juicio la compensación necesaria para la futura pérdida de ingresos y atención médica y no puede ser re-evaluado en una fecha posterior.<sup>230</sup>

Hay algunos puntos importantes a tener en cuenta sobre litigios de lesiones personales, a saber: 1) los daños punitivos no están disponibles en la ley de negligencia<sup>231</sup> y 2) que en los juicios por negligencia es un juez y no un jurado el que oye y decide los casos. Finalmente, es habitual para la parte vencida pagar las costas de la parte ganadora.

El demandado puede interponer defensas, en caso de que se demuestre que actuó con negligencia. Si el reclamante también actuó con negligencia, y su negligencia contribuyó al daño que incurrió, entonces el Tribunal deberá repartir la responsabilidad entre el demandante y el demandado y ajustar la indemnización. El demandado puede excluir su responsabilidad por completo si puede demostrar que el demandante consintió a un riesgo particular de sufrir lesiones (*volenti injuria non fit*), o que el reclamante estaba actuando de manera ilegal en el momento - esta defensa raramente tiene éxito.

#### **6.4.) Demandas por negligencia contra los organismos públicos**

Markesinis y Deakin establecen una serie de razones por las cuales las entidades públicas son tratadas de forma diferente a los particulares en el contexto de reclamos de negligencia<sup>232</sup>:

- las compensaciones económicas para los reclamos se pagan con los fondos públicos - lo que significa o bien un desvío de recursos de los gastos generales o se incrementan los impuestos.
- el deseo de proteger a los organismos públicos de reclamos frívolos y especulativos – las autoridades públicas, no pueden invocar la quiebra o insolvencia como los particulares y ello puede ser visto como un buen

<sup>230</sup> Lim v Camden & Islington Health Authority [1979] UKHL 1.

<sup>231</sup> Law Reform (Contributory Negligence) act 1945.

<sup>232</sup> Ver Deakin, Johnston and Markesinis, "*Markesinis and Deakin's Tort Law*", Oxford University Press, 5th edition, 2003 y ver trabajo "Introduction to English Tort Law", publicado en [biicl.org](http://biicl.org).

objetivo para los litigios. Incluso si no se encuentra a nadie culpable hay dispendio de tiempo y dinero.

- el temor de restringir indebidamente la formulación de políticas públicas y tratar de decidir cuestiones no judiciales - tradicionalmente se cree que los organismos públicos son más aptos para tomar decisiones en favor del interés público, los jueces carecen de los conocimientos e información.
- el miedo a la práctica defensiva por parte de la entidad pública.
- existe presión legal con relación al hecho de que las acciones de los organismos públicos sean también regulados por un marco legal, y bajo los principios del derecho público.
- hay remedios alternativos a los litigios de derecho privado - ya sea a través derecho público, o del Defensor del Pueblo.

Todos estos factores han aparecido en casos relativos a negligencia por la responsabilidad de autoridades públicas en favor de restringir la responsabilidad de las mismas<sup>233</sup>.

Sin embargo, los casos más recientes han visto a los tribunales expandir la posibilidad en estos casos. La jurisprudencia más reciente<sup>234</sup> ha puesto en duda las razones de política pública utilizadas para justificar el enfoque restrictivo. La posición actual parece ser que los tribunales rara vez contendrán que no hay deber de cuidado por los organismos públicos. Sin embargo, la relativa falta de experiencia de la Corte en un área determinada puede que todavía disponga que no hay deber de cuidado.

A su vez las razones expuestas anteriormente de por qué las entidades públicas son tratadas de forma diferente seguirán teniéndose en cuenta. Una notable excepción a esta tendencia es la responsabilidad de la policía. Las decisiones en "*Hill v Chief of Police Constable of West Yorkshire*"<sup>235</sup>, y más recientemente en "*Brooks v Commissioner of the Police for the Metropolis*"<sup>236</sup> ha creado y mantenido una situación en la que la policía no tienen el deber de la atención a las víctimas o testigos cuando investigan un delito. Una omisión de una autoridad pública que tenía por ley el poder de

---

<sup>233</sup> "X v Bedfordshire" [1995] AC 633 (now overruled) and *Stovin v Wise* [1996] AC 923.

<sup>234</sup> "*Barrett v Enfield LBC*" [2001] 2 AC 550; "*D v East Berkshire*" [2005] UKLH 23.

<sup>235</sup> [1989] AC 53.

<sup>236</sup> [2005] UKLH 24.

actuar casi nunca dará lugar a un deber de cuidado en negligencia<sup>237</sup>. En los casos de los servicios de rescate, la entidad pública sólo será responsable si empeora la situación<sup>238</sup>.

Los casos de negligencia médica pública o privada están sujetos a las reglas de negligencia general.

### **6.5.) Daños Agravados**

El delito de abuso de autoridad en un cargo público procede si "un funcionario actúa a sabiendas en el exceso de sus facultades o actos con malicia hacia el demandante"<sup>239</sup>. Esta acción sólo está disponible contra los órganos públicos y oficiales. Si se tiene éxito en la demanda se podrán otorgar daños punitivos si el acto fue opresivo, arbitrario o inconstitucional.

### **6.6.) Responsabilidad por incumplimiento de Derecho Comunitario**

Se puede reclamar daños si un organismo público se encuentra en incumplimiento del derecho comunitario europeo, o si hay una falta de transposición de determinadas disposiciones en materia europea a la legislación nacional. Es jurisprudencia<sup>240</sup> de la Corte de Justicia Europea que los tribunales nacionales deben desarrollar los remedios nacionales con el fin de hacer efectivos los derechos establecidos por la Comunidad Europea. Esto puede extenderse a situaciones en las que la compensación está disponible desde un organismo público.

Una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos también puede dar lugar a una acción por daños y perjuicios contra un organismo público bajo la sección 8 de la Ley de Derechos Humanos 1998. La concesión de una indemnización se deja a discreción del tribunal, es decir, a diferencia de "tort law" (ley de responsabilidad civil), una autoridad pública podrá considerar que ha incumplido su obligación legal bajo la Ley de Derechos Humanos 1998, sin embargo el demandante no tendrá derecho a

---

<sup>237</sup> "Stovin v Wise" [1996] AC 923.

<sup>238</sup> "Capital and Counties plc v Hampshire" CC [1997] QB 1004.

<sup>239</sup> Ver Deakin, Johnston and Markesinis, "Markesinis and Deakin's Tort Law", Oxford University Press, 5th edition, 2003, p. 399.

<sup>240</sup> Ver en este Capítulo el "Régimen Comunitario Europeo".

indemnización. La Ley también puede tener efectos de expansión o contracción en el desarrollo de la ley de responsabilidad civil.

## **7. Responsabilidad Estatal según Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

### **7.1) Introducción**

Las decisiones de la CIDH se fundamentan en la Convención Americana de Derechos Humanos y centran todas sus decisiones en la figura del ser humano.

Con base en este postulado, ante la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, por acción u omisión atribuible a un Estado, constitutiva de una violación de la obligación internacionalmente adquirida por el respectivo Estado, la Corte decide el caso bajo el régimen de responsabilidad objetiva, ya sea de forma directa (la responsabilidad se predica de uno de los Agentes del Estado Parte) o indirecta (se imputa la responsabilidad al Estado Parte por su omisión en la protección de los derechos humanos)<sup>241</sup>.

Más allá del vasto número de casos resueltos por la Corte Interamericana en materia de responsabilidad estatal de la Corte Interamericana, hemos tomado un caso reciente y emblemático que fundamentalmente nos ha de servir para las conclusiones finales del presente informe.

### **7.2.) Causa Campo Algodonero de la CIDH**

En la causa de Campo Algodonero<sup>242</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos extendió el alcance de la responsabilidad indirecta del Estado por la acción de particulares que tiene como consecuencia jurídica la violación de derechos humanos. Asimismo acotó el campo de responsabilidad estatal indirecta, al definir algunos criterios de atribución de responsabilidad. Estos criterios están basados en los deberes genéricos de prevención de la

---

<sup>241</sup> Ver sentencia del 22 de Febrero de 2007, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

<sup>242</sup> Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°205.

Convención Americana, que operan como un piso mínimo, al que se agregan deberes “reforzados” de debida diligencia, que se originan en normas específicas relacionadas con la violencia de género en razón del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará (CBDP)<sup>243</sup>.

La Corte retoma la *doctrina del riesgo previsible y evitable* inspirada en la jurisprudencia europea de derechos humanos. Considera que puede generarse responsabilidad internacional para el Estado por atribución a éste de actos cometidos por terceros o particulares en el marco de obligaciones de éste de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. La Corte entiende que para garantizar y respetar los derechos humanos hay una obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos en las relaciones entre los individuos. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias particulares en que se considere que los agentes estatales cumplían una posición de garantes con relación a la acción de particulares.<sup>244</sup>

La jurisprudencia de la Corte no es clara al establecer los criterios para la atribución de responsabilidad al Estado por el incumplimiento de un deber de protección atento que aparece mezclado con otro factor de atribución de responsabilidad más directo, que es el *apoyo o tolerancia* con la acción de un actor no estatal. La doctrina de la *complicidad (apoyo o tolerancia)* atribuye responsabilidad objetiva al Estado como si la acción del particular hubiese sido ejecutada por un agente estatal de manera directa. Esta doctrina implica complicidad estatal con la violación de derechos y se ha utilizado en casos de acciones de grupos paramilitares que actúan bajo la protección de aparatos gubernamentales, e incluso bajo el amparo de normas jurídicas formales.<sup>245</sup>

En el caso de “Campo Algodonero” la CIDH sustenta su decisión de extender la responsabilidad indirecta del Estado por la acción de particulares

---

<sup>243</sup> Victor Abramovich, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl).

<sup>244</sup> Caso de la “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C, No.122.

<sup>245</sup> Ver Corte IDH, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No 97, parr. 91.

en base a la *doctrina del riesgo previsible y evitable*. El deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado por el conocimiento de una situación de riesgo *real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo*.<sup>246</sup>

En síntesis, la doctrina del *riesgo previsible y evitable*, la cual genera la responsabilidad (indirecta) de los estados, requiere de cuatro elementos:

- 1) Que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares. Dicho de otro modo, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato<sup>247</sup>.
- 2) Que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado.
- 3) Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo. Existen riesgos que son preVISIBLES por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas, por o patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal.
- 4) Que el *Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo*. En este sentido sería razonable afirmar que el Estado no pueda invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención establecía.

---

<sup>246</sup> Corte IDH, Caso de la "Masacre de Pueblo Bello". Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140 párrs. 123 y 124. En tal sentido, el tribunal sigue la jurisprudencia de la Corte Europea, la que afirma: "No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja la obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar el daño". Corte Europea de Derechos Humanos, Kilic. V. Turkey, sentencia del 28 de marzo de 2000. Aplicación No. 22492/93, párrs. 62-63; Osman Vs. United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998.

<sup>247</sup> Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr. 110.

En ese contexto, el grado de contribución estatal a la existencia o persistencia del riesgo será un factor decisivo para evaluar los requisitos de *evitabilidad* y *previsibilidad* del riesgo, en una situación determinada.

La Corte opta por la doctrina del riesgo, pero con el componente particular de la existencia en el caso de un *deber de debida diligencia reforzado* en función del artículo 7 de la CBDP<sup>248</sup>. Para la Corte, el mencionado artículo establece un deber de debida diligencia reforzado, lo que parece indicar que este opera estableciendo una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por sobre un piso de debida diligencia en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana. Así sostuvo “*Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva de los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados*

---

<sup>248</sup> “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”



*tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará.*<sup>249</sup>

Con relación al deber de diligencia la Comisión de Derechos Humanos dijo: *“El deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediando la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido la obligación del artículo 7 inc. B de la Convención de Belém do Pará debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el artículo 8 inciso H de “garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios.”*<sup>250</sup>

## **8) Régimen de Responsabilidad Estatal en los Países Miembros del Mercosur**

### **8.1) URUGUAY**

#### **8.1.1.) Introducción**

El fundamento de la responsabilidad del Estado uruguayo encuentra su asidero en la dignidad humana, el cual conlleva la obligación de reparar su menoscabo cuando provenga del hacer u omisión del Estado. Sin embargo, bajo las constituciones de 1830 y 1917 nada se dijo respecto de la responsabilidad del Estado. Fue recién a partir del art. 21 del Código Civil (considera las personas jurídicas –incluidas el Estado- capaces de derechos y obligaciones) que la jurisprudencia hizo valer plenamente la responsabilidad

---

<sup>249</sup> Caso Campo Algodonero, párr. 258.

<sup>250</sup> CIDH, Informe: “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, párr. 42.

del Estado<sup>251</sup>. Hoy la Constitución establece la responsabilidad estatal directa<sup>252</sup>. La responsabilidad del Estado cubre la función legislativa, administrativa y judicial<sup>253</sup>.

## **8.2.) ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado?**

### **8.2.1) Normativa**

El art. 24 de la constitución uruguaya establece que *“El Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados, y en general todos los órganos del Estado serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”*.

Existe consenso en la doctrina que la expresión *“en la ejecución de los servicios públicos”* de la constitución tiene un sentido amplio, es decir es aplicable a todos los daños ocasionados por sujetos de derecho público en ejercicio de la función administrativa, ellos sin perjuicio que existen opiniones que con una interpretación más amplia, entiende que la frase también abarcaría la función jurisdiccional y aún toda la actividad estatal<sup>254</sup>.

La responsabilidad de cualquier Administración obliga a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionen el perjuicio.

### **8.2.2.) Doctrina**

En Uruguay doctrina y jurisprudencia discuten si la responsabilidad administrativa obedece a fundamentos objetivos o subjetivos. La jurisprudencia ha dicho que el problema del art 24 de la constitución consagra una concepción subjetiva de la responsabilidad administrativa del Estado o si establece una responsabilidad objetiva, cuenta con destacados defensores de una y otra

---

<sup>251</sup> Carlos E Delpiazzo, *“Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”*, Publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

<sup>252</sup> Martins, Daniel Hugo, *“La responsabilidad de la administración y de los funcionarios en la constitución Uruguaya”*, Revista de Derecho Público y Privado, T. 30, pág. 196 y ss.

<sup>253</sup> Mariano Brito, *“Responsabilidad del Estado en Uruguay”*, RAP (326), pág. 405.

<sup>254</sup> Carlos E Delpiazzo, *“Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”*, Publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

posición. Mientras se discute a nivel doctrinario, la jurisprudencia<sup>255</sup> se inclina por la responsabilidad subjetiva<sup>256</sup>.

Quienes adscriben al criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad, entre ellos Sayagués Laso y Daniel Martins<sup>257</sup>, ponen el acento de cómo fue la actuación del Estado (se analiza la actuación de la persona jurídica demandada).

Quienes se inclinan por el criterio objetivo, entre ellos Jiménez de Aréchaga, Jorge Peirano Facio y Sergio Deus<sup>258</sup>, atienden a la situación de la víctima, sosteniendo que la responsabilidad procede sin que sea necesario el análisis de la actuación de la Administración. Es decir, basta que se compruebe que se ha ocasionado un daño a un particular y que el mismo se encuentra en relación de causalidad con la acción u omisión estatal para que proceda la reparación, salvo cuando el individuo tenga la obligación de soportar el daño<sup>259</sup>.

Para Carlos E. Delpiazzo, la norma constitucional si bien establece el principio general de responsabilidad de todos los entes del Estado, no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir cuál es el criterio de imputación. Desde una postura subjetiva se debiera exigir dolo o culpa, o se acude al concepto francés de falta de servicio. Desde una visión objetiva la responsabilidad del Estado se centra en el daño causado. En tanto y en cuanto un particular ha sufrido un daño por acción u omisión del Estado, procede su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que generó el daño.

Conforme Rubén Flores-Dapkevicius<sup>260</sup> en relación al nexo causal, la Constitución uruguaya no expresa en forma clara cuándo surge la responsabilidad que puede dar lugar a la reparación de daños. Determina quién responde, no cuando existe responsabilidad.

---

<sup>255</sup> Por ejemplo sentencias publicadas en “*Anuario de Derecho Administrativo*”, T. I, No 302 y 303. “*Anuario de Derecho Administrativo*”, T. III, No 624 y ss. LJU casos 11.914, 12.261, 12.592, 13.049, etc. Debe si señalarse que los criterios subjetivos no son iguales en todos los casos, sino que a veces se ha sostenido la existencia de una “carga” de la administración de probar que su obrar fue el apropiado, lo que implica una suerte de inversión en la materia de carga de la prueba.

<sup>256</sup> Carlos E Delpiazzo, “*Enfoque actual de la responsabilidad administrativa*”, Publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

<sup>257</sup> Mariano Brito, “*Responsabilidad del Estado en Uruguay*”, RAP (326), pág. 410.

<sup>258</sup> Mariano Brito, “*Responsabilidad del Estado en Uruguay*”, RAP (326), pág. 410.

<sup>259</sup> Martin Risso Ferrand ¿*Cuándo hay responsabilidad del estado conforme a la Constitución Uruguaya?*

<sup>260</sup> Rubén Flores-Dapkevicius, “*La responsabilidad de la Administración Pública en la república Oriental del Uruguay*”, Doctrina 2011-1.

Parte de la doctrina establece que el art. 24 establece un derecho subjetivo perfecto que no puede ser limitado por ley ni por vía interpretativa<sup>261</sup>. A diferencia de la doctrina la jurisprudencia se ha orientado a favor del criterio subjetivo.

### **8.2.3.) Jurisprudencia**

La jurisprudencia uruguaya adhiere a la tesis subjetiva, conforme se desprende del fallo de la Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 7 de 1998, por unanimidad de sus miembros. Es decir, que para que proceda la responsabilidad, se deberá probar que existió culpa en el obrar estatal (o del agente). Es la falta de servicio o que éste no funcionó o lo hizo irregularmente, la que dará lugar a la responsabilidad.

### **8.3.) Responsabilidad por actividad (lícita) normativa**

Con relación a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa, en 1911 se introdujo esta categoría al discutirse la ley de creación del Banco de Seguros del Estado “...*La doctrina de la irresponsabilidad por actos legislativos ya no tiene aplicación en nuestro derecho positivo actual, pudiendo afirmarse que los particulares tienen derecho a reclamar ante la justicia ordinaria la reparación de los daños ocasionados por un acto legislativo y a obtener la justa indemnización a la reparación en su caso, ya sea por vía ordinaria, ya sea por la vía del recurso de inconstitucionalidad de la ley que le produce el daño*”<sup>262</sup>.

Asimismo como fundamento de este tipo de responsabilidad se sostuvo “*Es justo pues que la caja colectiva repare el perjuicio que el interés de todos se ha ocasionado a unos pocos. Se restablecerá así el equilibrio económico y patrimonial quebrantando por una ley aprovecha a todos y que perjudica a solo unos pocos*”<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Cassinelli Muñoz, Horacio, “*Los límites de los derechos humanos en la constitución nacional, en Cuaderno de la Facultad de derecho CS*”, Montevideo, 1990, num. 13, p 190.

<sup>262</sup> Sentencia No 1044, 10/5/1938, publicada en la Revista de Derecho Público y Privado, Año V, Tomo VII, No 48, Junio de 1942, p. 324 yss.

<sup>263</sup> Sentencia de Fermín Garicoits, “*Revista de Derecho Público y Privado*”, Año V, Tomo II, No 49, Julio de 1942, pag 3 y ss.

En base a estos antecedentes jurisprudenciales se sancionó la Ley N° 15.881 del 26 de Agosto de 1987<sup>264</sup> reconoció en forma explícita la responsabilidad del Estado por actividad legislativa al regular la competencia judicial.

#### **8.4.) Responsabilidad de los funcionarios públicos**

El art. 25 de la Constitución dispone *“Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio en caso de haber obrado con culpa grave o dolo el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación”*. La repetición es una facultad que puede o no ejercerse, es facultativa. La responsabilidad del funcionario es subsidiaria y eventual. Requiere culpa.

A partir de la lectura conjunta de los arts. 24 y 25 de la Constitución se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración, no siendo posible accionar directamente contra el funcionario salvo en el caso de los actos personalísimos. La norma determina que el daño debe haber sido causado a terceros por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. Por ello, los perjudicados no deberán accionar directamente contra los funcionarios sino contra el Estado.

---

<sup>264</sup> *“Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán, en primera instancia, en toda la materia contencioso-administrativa de reparación patrimonial, en que sea parte demandada una persona pública estatal.*

*Esta materia comprende el contencioso de reparación por:*

*a) Actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación (artículo 312 de la Constitución);*

*b) Actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria (artículo 26 del decreto ley 15.524, 9 de enero de 1984);*

*c) Hechos u omisiones de la administración;*

*d) Actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad;*

*e) Actos legislativos y jurisdiccionales.*

*También entenderán en el proceso expropiatorio y de la acción de amparo, ya sea por actos, hechos u omisiones de las autoridades estatales.*

*Los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior salvo los de competencia especializada, tendrán, en su jurisdicción, igual competencia que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo.*

*Los Juzgados de Paz conocerán en la materia contencioso administrativa de reparación patrimonial en que sea parte demandada una persona pública estatal, siempre que el monto del asunto no exceda de su competencia por razón de cuantía. En segunda instancia conocerán los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, en Montevideo, y los respectivos Juzgados Letrados de Primera Instancia, en el Interior.*

Es que, ante la responsabilidad objetiva no cabe la demanda contra un funcionario por la realización de un acto lícito. Circunstancia que ocurre si se trata de la Administración. En cambio, si se trata de actos personalísimos<sup>265</sup> de los funcionarios, aun cuando el acto dañoso se haya originado en la oficina pública en que se prestan los servicios o en ocasión de prestar servicios, los damnificados podrán demandar directamente a los funcionarios<sup>266</sup>.

Una vez que se haya condenado al estado por su efectiva responsabilidad, será este quien luego podrá repetir del funcionario con base a un criterio subjetivo: de haberse obrado con culpa grave o dolo, excluyéndose la culpa simple, la negligencia o el error excusable. En ese cometido se requiere la iniciación del procedimiento administrativo de repetición, aunque la acción de repetición deberá incoarse ante el Poder Judicial, conforme las normas procesales aplicables.

Sobre esto último, el decreto N° 701/1991 del 23 de diciembre de 1991 establece que *“toda resolución que disponga el pago de indemnización por responsabilidad civil del estado ordenara además la iniciación una vez que se cancela la obligación del procedimiento administrativo a fin de determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o funcionarios públicos responsables del daño”*.

Se ha postulado doctrinariamente<sup>267</sup>, sin apoyo jurisprudencial, que el particular damnificado puede optar por demandar directamente al funcionario y no al Estado o a ambos. Dicha tesitura encuentra sus pilares en que no puede inferirse de la Constitución una suerte de inmunidad de los funcionarios sino que la responsabilidad directa de los funcionarios frente a terceros es una cuestión no regulada por la Constitución.

Cabe referenciar el art. 23 de la Constitución que dispone: *“Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”*. Esta es la responsabilidad aplicable tanto a los jueces

---

<sup>265</sup> Por ejemplo daño causado a una mujer por su marido, o viceversa, en el horario y en la oficina de trabajo del perpetrador del perjuicio”.

<sup>266</sup> Rubén Flores Dapkevicius *“Constitución de la República Oriental del Uruguay”*, 2ª Edición ampliada Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2010.

<sup>267</sup> Riso Ferrand, Martín *“Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”*, en segundo Coloquio, nota 33, pág. 17.

como a los funcionarios públicos. La ley N° 15.881, legisla sobre la responsabilidad jurisdiccional.

El art. 26 del Código General del Proceso establece la responsabilidad personal de los jueces por: demoras injustificadas, proceder con dolo o fraude, error inexcusable al sentenciar, entendiéndose por tal el error inaceptable con la formación media de un juez de la misma categoría del sentenciante.

Con respecto a los legisladores nacionales se aplica el art. 122 de la Carta que dice: *“Los senadores y representantes jamás serán responsables por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones”*.

### **8.5.) Daño Indemnizable**

Con respecto al daño indemnizable se sostiene que son aquellos causados directamente por un acto o hecho administrativo. La indemnización debida debe ser integral e incluir daño emergente, lucro cesante y daño moral. Así se explicita que el dinero que se abona como indemnización tiene por finalidad restablecer en lo posible, la situación en la que se encontraba el demandante antes de sufrir el daño.<sup>268</sup> Al respecto la compensación expropiatoria en Uruguay debe ser integral, art. 32 CN.

La sentencia 4 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo del 31/3/2004<sup>269</sup> sostuvo: *“La máxima sanción consistió en dejar sin trabajo al actor, con las consecuencias lógicas de que si no se puede trabajar, no se puede tener ingresos económicos, y al carecer de estos a la edad del actor, con familia a cargo, deriva en la mayoría de los casos, en una situación de angustia en tanto los ingresos económicos que se logra a través del trabajo tienen una naturaleza alimentaria. En el caso en estudio el propio Estado reconoció lo excesivo de la sanción impuesta al Sr. XX y el hecho de que se hubiera entendido que el hecho por el cual se aplicó la falta, igualmente existió, ello no habría ameritado dejar sin trabajo al actor, por ello se sostiene que aquel acto revocado causó efectos y graves perjuicios al actor, de orden económico por supuesto, porque durante un largo tiempo (más de dos años)*

---

<sup>268</sup> Rubén Flores Dapkevicius *“Constitución de la República Oriental del Uruguay”*, 2ª Edición ampliada Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2010.

<sup>269</sup> Rubén Flores-Dapkevicius, *“La responsabilidad de la Administración Pública en la república Oriental del Uruguay”*, Doctrina 2011-1.

*careció de sus ingresos con lo que ello significa para una persona adulta y con familia constituida. Pero también causó perjuicio en el orden emocional o moral y así lo acreditan todos los testigos.”*

### **8.6.) Responsabilidad por actividad lícita**

La Constitución uruguaya tiene ejemplos claros de actos legítimos generadores de responsabilidad del Estado en sus arts. 32 y 35.

El art. 35 dispone: *“Nadie será obligado a prestar auxilios sean de la clase que fueren para los ejércitos ni a franquear su casa para alojamiento de militares sino de orden del magistrado civil según la ley y recibirá de la República la indemnización del perjuicio que en tales casos se le infiera”*. Como se puede inferir este es un caso típico de responsabilidad sin culpa.

Asimismo, el art. 32 de la CN declara: *“La propiedad es un derecho inviolable pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley o recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio se consume o no la expropiación incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda”*. También acá la responsabilidad es sin culpa.

La sentencia 42 del juzgado contencioso administrativo de 2º del 3/5/2004<sup>270</sup>, afirma: *“En definitiva el daño ocasionado por acto lícito será reparable por el Estado cuando aquel -el daño- al ser soportado por un sujeto, quiebre el principio de igualdad.”* El principio de igualdad está recogido por la CN en el art. 8 y el de igualdad ante las cargas públicas por el art 72 de la CN.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia, transcribiendo el criterio de Horacio Cassinelli Muñoz, ha dicho *“Es inadmisibile confundir la cuestión de legitimidad de un acto jurídico, con la cuestión de responsabilidad por su emisión. Solo partiendo de la premisa a priori de que no hubiera responsabilidad por acto legítimo, desconociendo la evidencia de que hay*

---

<sup>270</sup> Rubén Flores-Dapkevicius, *“La expropiación”*, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 2007.



hechos y actos legítimos que generan responsabilidad para con los afectados, cabría decir que si una norma constitucional permite expedir determinado acto jurídico, la ley no podría disponer que se indemnizara a las personas damnificadas por tal acto”<sup>271</sup>.

En resumen “*procede la responsabilidad del Estado por acto lícito cuando de su dictamen u operación emerge daño que afecta singularmente a persona o personas determinadas, más allá del sacrificio general que pueda alcanzarles como integrantes de la comunidad nacional, siendo aquella actividad legítima*”<sup>272</sup>.

### **8.7.) Responsabilidad por “actividad discrecional”**

La actividad discrecional surge ante la imposibilidad práctica que el legislador pueda prever todos los casos que suceden en el desarrollo del derecho. En ese marco existen decisiones que no pueden resolverse en el comienzo, así la norma discrecional implica tomar decisiones entre varios contenidos autorizados por el derecho. Sin embargo, discrecionalidad no es arbitrariedad habida cuenta del principio de razonabilidad en la toma de decisión<sup>273</sup>.

El Tribunal Contencioso administrativo señaló: “*No es menos cierto que aun tratándose de poderes discrecionales éstos deben ejercerse racionalmente y a sus efectos la fundamentación del acto con adecuados motivos es lo que permite distinguir el juicioso y legítimo ejercicio de los mismos con la mera arbitrariedad o capricho o incluso el incumplimiento de móviles diversos*”<sup>274</sup>.

En Uruguay el accionar según los parámetros permitidos por la norma, discrecionalidad, no genera responsabilidad *per se*<sup>275</sup>. Asimismo, tanto la doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte y del Tribunal Contencioso Administrativo han afirmado la tesis que “la Administración puede revocar de oficio en cualquier momento un acto administrativo que viole la legalidad”. Se

---

<sup>271</sup> Suprema Corte de Justicia, No 2, 1/2/1996, “Olivera Rodríguez, Hugo Ismael con Estado” (Poder Judicial e IMM).

<sup>272</sup> Mariano Brito, “*Responsabilidad del Estado en Uruguay*”, RAP (326), pág. 404.

<sup>273</sup> Rubén Flores-Dapkevicius, “*La expropiación*”, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 2007.

<sup>274</sup> Sentencia 656/99.

<sup>275</sup> Rubén Flores-Dapkevicius, “*La responsabilidad de la Administración Pública en la República Oriental del Uruguay*”, revista Doctrina 2011-I.

concluye que se admite la revocación de oficio en cuanto a actividad discrecional de la Administración cuando existiesen causales de oportunidad. En efecto, la Administración constatada una ilegalidad, debe modificar sus decisiones de oficio. Caso contrario, el acto nacido válido y que produjo efectos jurídicos no es pasible de revocación.

### **8.8.) Responsabilidad de los concesionarios de obras y servicios públicos**

El Estado podrá ser responsabilizado en dichos supuestos si no ejerció correctamente los poderes de gestión o dirección (art. 24 de la Constitución). En principio, en los casos de prestación de servicio privatizado es el concesionario quien está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la gestión del servicio cause.

## **Otros Sistemas**

### **9. Estados Unidos**

#### **9.1.) Introducción**

El sistema de responsabilidad del Estado se apoya en dos principios fundamentales: el de la inmunidad soberana (que rige en la actualidad) y la diferencia entre la responsabilidad del gobierno y sus agentes públicos.

El principio de inmunidad soberana implica que de entablarse un juicio contra Estados Unidos debe renunciarse a la inmunidad como acto previo a la reclamación y que es concedido por acto legislativo por el Congreso.

No obstante, la admisión de la responsabilidad del Estado ha ido tenido favorable acogida, atento a que se han introducido excepciones a dicho principio ya que la autorización legislativa ha sido dada en forma general a través de distintas leyes.

#### **9.2.) Doctrina, Normativa y Jurisprudencia**

Hector Mairal<sup>276</sup> señala que Estados Unidos comenzó negando la responsabilidad del Estado. Se consideraba responsable únicamente al

---

<sup>276</sup> Héctor A. Mairal, *“Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”*, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

funcionario. Se lo responsabilizaba personalmente, por los actos ilegítimos aunque su conducta se fundara en la ejecución de una ley inconstitucional. Es decir, era responsable el funcionario que actuaba sin derecho (ley inconstitucional) y causaba un daño. Este sistema, como se advierte, era injusto, inconveniente, insuficiente, habida cuenta que por lo general el funcionario carecía de fondos para reponer el daño causado.

Esta combinación de responsabilidad del agente con la del Estado generó debates doctrinarios, atento que aún no está claro que la responsabilidad por los hechos de los agentes sea del Estado o deba ser asumida por éste. Si bien existen leyes que imputan al Estado las consecuencias de los actos de sus funcionarios, los Tribunales federales no convalidan en forma general el principio de plena responsabilidad del Estado.

Son cinco las leyes que demuestran la evolución hacia la responsabilidad del Estado; a saber:

1. Ley de creación de la “*Court of Claims*” (1855) creó un organismo administrativo para atender las acciones patrimoniales de particulares contra el gobierno federal.
2. La sanción de la “*Civil Rights Acts*” (1871) por la cual se daba protección a los esclavos liberados. En la actualidad es fuente de responsabilidad en caso de transgresión de derechos en general y constitucionales.
3. La sanción de la “*Tucker Act*” (1887) que atiende reclamos derivados de incumplimientos contractuales.
4. La sanción de la “*Federal Tort Claims Act*” (1946) “Ley de reclamos de daños y perjuicios extracontractuales” que regula los reclamos de daños y perjuicios extracontractuales.
5. La “*Administrative Procedure Act*” (1976) o “ley de procedimiento administrativo” regula en forma genérica todo reclamo patrimonial o no, contra el gobierno federal<sup>277</sup>.

La ley denominada “*Federal Torts Claims Act*” se convirtió en una ley general sobre responsabilidad del Estado y prevé la responsabilidad de EEUU como persona privada ante la acción u omisión negligente u errónea de sus agentes gubernamentales, en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>277</sup> Colautti Carlos E., “*Responsabilidad del Estado, Problemas constitucionales*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995.

Debe configurarse un accionar culposo de los funcionarios autores del daño, que es merituada conforme las reglas vigentes.

En el derecho norteamericano, la responsabilidad estatal es limitada a raíz de las numerosas excepciones introducidas por vía legislativa o jurisprudencial, a saber:

1) se interpretó que la acción u omisión negligente u errónea no trae aparejado responsabilidad en caso de actividades peligrosas; 2) no se puede reclamar los daños punitivos; 3) No hay responsabilidad por actividades discrecionales; 4) antes de formular un reclamo judicial debe agotarse la vía administrativa<sup>278</sup> y la prescripción es bianual<sup>279</sup>.

En relación a la facultad discrecional en el concepto de la Corte Suprema norteamericana, el leading case es el caso “*Dalehite*” hecho que data de 1940 aunque el fallo se dicta en 1953. En circunstancias en que un barco que cargaba fertilizantes en el marco del plan Marshall a fin de ayudar a Europa, después de la guerra, voló, destruyendo el puerto y parte de la ciudad de Galveston. Los daños fueron inconmensurables pero la Corte Suprema rechazó la responsabilidad del Estado federal. Su fundamento fue que el almacenaje de bolsas de fertilizantes (las que pueden ser explosivas) estaba enmarcado en un programa de ayuda y dicho programa fue considerado una actividad discrecional del Estado Federal. Este caso coadyuvo por su trascendencia, a la sanción de la “*Federal Torts Claims Act*”.

Otro caso destacable es el caso “*Varig*” (1984) donde la Corte Suprema rechazó la demanda contra el Estado federal, argumentando que los daños sufridos por los pasajeros, a raíz de la falta de control por la agencia reguladora de un avión siniestrado, era sin duda una facultad discrecional. Se refiere al método de control elegido por la agencia reguladora de la aviación civil. Es el típico caso de falta de control o control insuficiente efectivizado por la agencia de aviación.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> Colautti, Carlos, “*Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pp 1924.

<sup>279</sup> Héctor A. Mairal, “*Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

<sup>280</sup> Héctor A. Mairal, “*Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

Es dable destacar que subsiste la responsabilidad del funcionario federal por violación de derechos constitucionales (caso “*Bivens*” de 1971)<sup>281</sup>.

No obstante la tendencia es hacia la responsabilidad plena del Estado e inexistente del funcionario, atento que esta última va disminuyendo a punto tal que en el Estado de California rige la regla de que solo el Estado es responsable y que el funcionario sólo es responsable cuando hay corrupción, fraude o dolo que lo involucre<sup>282</sup>.

Como conclusión cabe afirmar que la responsabilidad del Estado norteamericano resulta limitada por vía legal o jurisprudencial. El sistema de responsabilidad es restringido; en caso de actividades muy peligrosas las conductas negligentes o erróneas no generan responsabilidad, tampoco se otorgan los daños punitivos o multa civil (creación jurisprudencial) no se genera responsabilidad por actividad discrecional, ni por actos tendientes a la ejecución de una ley, es requisito previo agotar la vía administrativa<sup>283</sup>. No obstante, cabe señalar que los entes públicos pueden reconocer la responsabilidad aunque tengan defensas jurídicas para oponer. Esta conducta los habilita a reconocer la indemnización si se considera que la misma es procedente. Asimismo es plausible el monto de las sentencias de condena. De nada sirve reconocer una responsabilidad amplia del Estado si el monto de las sentencias es reducido.<sup>284</sup>

## **10. Chile**

### **10.1.) Introducción**

En Chile, el régimen de responsabilidad del Estado ha sido desarrollado por la jurisprudencia más que por vía legislativa con la peculiaridad de que no existen tribunales contencioso-administrativos por lo que corresponde a los tribunales ordinarios el conocimiento de tales causas.

---

<sup>281</sup> Héctor A. Mairal, “*Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

<sup>282</sup> Héctor A. Mairal, “*Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

<sup>283</sup> María del Pilar Amenabar, “*Responsabilidad extracontractual de la administración pública*”, Rubinzal Culzoni, 2008, pp 32 y ss.

<sup>284</sup> Héctor A. Mairal, “*Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado, pp 367 y ss.

### 10.1.1) Antecedentes

La jurisprudencia construyó el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado sobre las bases sentadas en las disposiciones del Código Civil.

En el año 1938 el caso “*Granja con Fisco*”<sup>285</sup> distinguió entre actos de autoridad (aquellos en los que el Estado obraba en ejercicio de sus potestades de mando) y actos de gestión de la administración (actos en los que el Estado obraba como un particular más, esto es, sin estar revestido de tales potestades), aceptando para estos últimos la aplicación de las normas civiles sobre responsabilidad, pero rechazándolas para los primeros, lo que supuso la irresponsabilidad estatal por los actos de autoridad. Se sostuvo en dicha sentencia:

*“El carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasidelictuosos que ejecute durante su servicio, en conformidad a la regla contenida en el artículo 23 14 del Código Civil que establece la responsabilidad directa. El Estado es persona jurídica de Derecho Público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el título xxxv del Libro rv del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes. A mayor abundamiento, el artículo 2320 del Código Civil hace responsables de los hechos a terceras personas que estuvieren a su cuidado; pero el carabinero no está al cuidado del Fisco ni se halla tampoco en el caso de una dependencia tan estrecha que permita estimar que aquel cuenta con los medios de evitar el daño. La responsabilidad de que habla el artículo 2320 del Código Civil no afecta al Estado, menos si se toma en cuenta que esa disposición es de Derecho Privado y no se aplica al vínculo del funcionario con el Fisco, el cual es de Derecho Público porque mira a las relaciones de los particulares con el Estado”.*

A partir del caso “*Becker con Fisco*”<sup>286</sup> de 1964 se dispuso que la responsabilidad del Estado solo puede darse si previamente se ha comprobado el actuar antijurídico de uno de sus agentes. La implicancia de ello es que,

---

<sup>285</sup> Corte Suprema de Justicia, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, Sec. 1, p. 277.

<sup>286</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXIIS, ec. 1, p. 6.

según el caso se debe probar el dolo o la culpa del funcionario. La Corte Suprema dispuso:

*"[A]quellos que directamente emanan de una ley o de un reglamento, y si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización de perjuicios".*

Luego expresa que

*"[E]l funcionario o agente de la autoridad debe estar obligado por la ley, a actuar sin extralimitarse de los que sea proporcionado y oportuno, y su actuación, además de ser justa, debe perseguir una finalidad de interés común para toda la colectividad".*

A partir de la Constitución Chilena de 1980 tanto la doctrina como la jurisprudencia concibieron el concepto de responsabilidad del Estado a partir de normas de derecho público, apartándose de las normas del derecho privado. Por primera vez desde la vigencia de la Constitución de 1980 en "*Comunidad Galletué con Fisco*" considerando 9<sup>o</sup><sup>287</sup> se reconoce la fuente de la responsabilidad del Estado en la propia Constitución Política.

Así se llegó a afirmar como características de la responsabilidad estatal las siguientes:

- Fuente legal de carácter constitucional, no civil;
- Imputable a la persona jurídica estatal y no de las personas naturales que actúan a su nombre;
- De base objetiva, es decir no exige la comprobación de dolo o culpa por parte del agente público sino la sola relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión antijurídica;
- Directa, de la persona jurídica y no indirecta, por el hecho de un tercero;
- Regida por el derecho público y no por el derecho civil;
- Integral o total, en cuanto exige la reparación de todo daño ocasionado a la víctima.

A estas características habría que sumarle la construcción jurisprudencial<sup>288</sup> de imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado,

---

<sup>287</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 7 de Agosto de 1984, en casación de fondo. En Revista de Derecho y jurisprudencia, Tomo 8, 1984, II, 5º, 181-189.

<sup>288</sup> Ver caso "Hexagon con Fisco", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 84, 1987, II, 5º, 217-232.

derivado del art. 7 inciso 3 de la Carta Fundamental que establece la imprescriptibilidad de la nulidad del derecho público, y a falta de norma expresa que establezca la extinción de la responsabilidad estatal por el transcurso de tiempo.

## **10.2.) Situación a partir de 1980 y de su legislación derivada**

Luego de la Constitución de 1980 fue la primera vez que los tribunales chilenos aceptaron que la responsabilidad estatal tenía su fuente y origen en la Constitución. No se sujetaba a la normas del Código Civil<sup>289</sup>.

Luego del retorno de la democracia en Chile comienza una avalancha de demandas contra el Estado por violación de derechos humanos y por actos dañosos. Los tribunales aceptaron el carácter objetivo de dicha responsabilidad, eximiendo a la víctima de tener que probar dolo o culpa del funcionario y afirmando la imprescriptibilidad de dicha responsabilidad atento a que no se aplicaba la prescripción prevista en el Código Civil y no existiendo norma de derecho público al efecto.

A continuación veremos como la jurisprudencia reciente en la materia de responsabilidad del Estado tiene una regresión, consistente en la construcción de la responsabilidad del Estado sobre las bases del Código Civil.

### **10.2.1.) Responsabilidad ocasionada en violaciones a los derechos humanos**

Se han dictado leyes especiales, como la Ley N° 19.123 que establece una pensión de reparación a favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política y la N° 19.992 que establece pensión de reparación y otorga otros beneficios a prisioneros políticos y torturados.

El caso paradigmático es "*Domic con Fisco*"<sup>290</sup>. La sentencia aboga por una aplicación cabal de las normas sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil entre ellas, la norma de prescripción del artículo 2332<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Ver fallo de la Corte Suprema "*Hexagon Limitada sociedad importadora con Fisco*".

<sup>290</sup> Sentencia Corte Suprema del 15 de Mayo de 2002.

<sup>291</sup> Art. 2332. "Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".



cuando a falta de una regulación específica de derecho público, la cuestión quede sin regulación legal aplicable (considerandos 8 y 9).

Sostiene la Corte chilena que aunque la responsabilidad del Estado tenga un carácter especial y en consecuencia deba regirse por norma y principios de derecho público no hay obstáculo en que, a falta de una regulación legal específica, y tratándose de una cuestión patrimonial, como es la reparación de daños, se apliquen las normas del derecho privado que versan sobre la prescripción de las acciones correspondientes.

Además dispone que en virtud del artículo 2497 del Código Civil<sup>292</sup> no hay asidero normativo para sustentar una supuesta imprescriptibilidad de las acciones de perjuicios en contra del Estado, debiendo afirmarse por el contrario, la procedencia de tal prescripción.

#### **10.2.2.) Responsabilidad por actividad ilícita**

Se trata de casos en que la jurisprudencia acepta como fuente de responsabilidad estatal la responsabilidad personal del funcionario de la Administración, donde la condición de su procedencia es la necesidad de que tal falta haya sido declarada por una sentencia judicial firme.

En el caso “*Meza Figueroa con Fisco*” sentencia de la Corte Suprema del 13 de Julio de 2004 se declaró que la sola circunstancia de que haya sido un policía quien conducía el furgón policial que atropelló a la conyugue del demandante, no basta para dar por sentada la responsabilidad del Estado, mientras no exista sentencia firme que declare la culpabilidad del funcionario.

En “*Moyano Pavez*” sentencia de la Corte Suprema del 3 de Mayo del 2004 se sostuvo que habiéndose condenado a los carabineros que por violencia innecesaria en ejercicio de sus funciones, causaron la muerte del menor Moyano Jara, exculpo de responsabilidad patrimonial al Estado, afirmando que conforme las normas del Código Civil, no se lo podía hacer responder del hecho impropio de sus dependientes que el no pudo prever o impedir.

---

<sup>292</sup> “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del estado, de las iglesias, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen administración de lo suyo”.

### **10.2.3.) Responsabilidad por casos de falta u omisión de servicio**

Trata esta temática la responsabilidad por falta de servicio. Según el derecho Chileno, se configura como una especie de responsabilidad de raíz objetiva, donde deben acreditarse tres elementos: 1) la omisión del funcionamiento del servicio; 2) el funcionamiento defectuoso y 3) el funcionamiento tardío. Comprobado uno de estos supuestos, acreditado el daño y la relación causal se debe indemnizar<sup>293</sup>.

#### **10.2.3.1.) Normativa**

Mauricio Viñuela Rosas<sup>294</sup> sostiene que se trata de una tipología especial de responsabilidad estatal que se instaura en materia municipal por el art. 142 de la Ley N° 18.695<sup>295</sup> y en los servicios públicos por el art.42 de la Ley N° 18.575<sup>296</sup>.

#### **10.2.3.2.) Jurisprudencia**

En materia municipal, diversos casos señalan que una vez constatada la responsabilidad legal del municipio de prestar y mantener un servicio local, verificadas las malas condiciones de prestación del mismo y el daño sufrido por un particular, es el municipio quien debe indemnizar<sup>297</sup>.

Con respecto a los servicios públicos y al sistema de salud es dable destacar la regulación legislativa, sobre todo con las leyes N° 19.937<sup>298</sup> y N° 19.966 del año 2004, del sector sanitario nacional.

---

<sup>293</sup> Mauricio Viñuela Rojas, *“La responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la Administración: Avances y retrocesos”*, Publicado por abcia.cl y en Revista de Derecho, Año 2006 N°1.

<sup>294</sup> Mauricio Viñuela Rojas, *“La responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la Administración: Avances y retrocesos”*, Publicado por abcia.cl y en Revista de Derecho, Año 2006 N°1.

<sup>295</sup> Art 142 “Las Municipalidades incurrirán en responsabilidades por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”

<sup>296</sup> Artículo 42.- “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

<sup>297</sup> Ver casos: *“Tirado con Municipalidad de La Reina”* de 1981, *“Villegas con Municipalidad de Providencia”* de 1989, *“Palma González con Municipalidad de Concepción”* sentencia de la Corte Suprema del 7 de Mayo de 2002 y *“Vera Castro y otros con Municipalidad de Viña del Mar”* sentencia de Corte Suprema del 24 de Junio de 2003.

<sup>298</sup> “La ley 19.937, en su artículo 1°, dispone que el Ministerio de Salud establecerá los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud entre los que se incluyen normas sobre condiciones sanitarias, seguridad de instalaciones y equipos, aplicación de técnicas y tecnologías, protocolos de atención, competencias de los recursos humanos, y toda materia que incida en la seguridad de las prestaciones.

A modo de ejemplo la ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, su art. 38<sup>299</sup> determina la existencia de responsabilidad orgánica por falta de servicio. Solo se evalúa la presencia del dolo o negligencia del funcionario para que la Administración ejerza la acción de repetición contra el funcionario. Con respecto a las exenciones de responsabilidad se incluyen los hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas existentes al momento de producirse aquellos (art. 41). El art. 40<sup>300</sup> prevé una prescripción de cuatro años y el art. 41 señala que la reparación abarca al daño moral<sup>301</sup>.

### 10.3.) Normativa Aplicable

La Constitución Chilena establece la responsabilidad del Estado en tres artículos: 6º, 7º y 38º inciso 2. Según Hugo Caldera el artículo 38º inciso 2 constituye la piedra angular del sistema de responsabilidad del Estado. Soto Kloss y Hugo Caldera también mencionan los artículos 1º inciso 4 y artículo 5 inciso 2.

---

*Lo anterior supone que el legislador remite a la propia administración sanitaria la definición de las normas generales, en contraste con las cuales, se podrá comprobar o no una falta de servicio que dé origen a la responsabilidad por los daños ocasionados a los usuarios. La jurisprudencia ya había incurrido en esta forma de tratar la responsabilidad de los servicios de salud, en "Villar Pavez con Servicio de Salud Area Hospitalaria Central" (1986), afirmando que hubo falta de servicio porque el Servicio de Salud no demostró haber cumplido con los protocolos de seguridad de funcionamiento de los bancos de sangre" Mauricio Viñuela Rojas, "La responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la Administración: Avances y retrocesos", Publicado por abcia.cl y en Revista de Derecho, Año 2006 N°1.*

<sup>299</sup> Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.

<sup>300</sup> Artículo 40.- La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión.

<sup>301</sup> Artículo 41.- La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos.

**Art. 6º.** Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

**Art. 7º.** Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni un a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

**Art. 38 Inc. 2º.** “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

**Art. 1º Inc. 4º.** “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

**Art. 5º Inc. 2º.** “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos...”

La ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en sus artículos 4 y 42 sientan las bases de responsabilidad patrimonial del Estado

**Art. 4.** “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de

las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

**Art. 42.** “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio...”

### 10.3.1.) Criterios de imputación

Hay conformidad entre la doctrina respecto de que existe un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, según el cual debe indemnizar a los particulares siempre que se cause un perjuicio. La doctrina se encuentra dividida en relación a si dicho régimen es de responsabilidad objetiva<sup>302</sup> o de responsabilidad subjetiva<sup>303</sup>.

La división de la doctrina tiene su fundamento en el artículo 38 inciso 2 de la Constitución y el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, atento a que no mencionan cual es el régimen de responsabilidad, lo que ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a la interpretación de tales preceptos.

Fabián Huepe Artigas entiende que lo trascendental de estas normas es que se ha desterrado la aplicación de normas civiles para determinar la responsabilidad del Estado, aplicando ahora normas de derecho público.<sup>304</sup>

### 10.3.2) Teoría subjetiva

Pedro Pierry<sup>305</sup> sostiene que el artículo 38 inciso 2<sup>306</sup> de la Constitución Chilena sería inconstitucional si se propugna que el mismo consagra una responsabilidad objetiva porque habría una contradicción con el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

---

<sup>302</sup> Son partidarios de esta doctrina Soto Kloss, Pantoja y Caldera.

<sup>303</sup> Tesis seguida por el Consejo de defensa del estado y Pedro Pierry.

<sup>304</sup> Huepe Artias, Fabián Andrés, “*Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*”, Colección de Monografías, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 124 y 125.

<sup>305</sup> Pierry Arrau Pedro, “*Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio*”, Publicado por cde.cl. Adaptación de artículos por el mismo autor en Revista de Ciencias Jurídicas N° 5, Valparaíso 1975. Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago 1975-1976. Ediciones Revista de Derecho Público. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII N° 2 Mayo-Agosto 1995. Revista de Derecho Público Universidad de Chile N° 59 Enero-Junio 1996.

<sup>306</sup> Art. 38 Inc. 2°. “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*”

Administración. Según el citado autor el artículo 38 inciso 2 establece una norma de competencia para determinar el tribunal contencioso administrativo y no de una acción de responsabilidad, atento a que dicha normativa original tenía por finalidad restablecer la acción contencioso- administrativa. Ahora con la reforma de 1989 se suprimió la expresión “*contencioso- administrativos*” del artículo el cual expresaba “...podrá reclamar ante los tribunales contencioso- administrativos que determine la ley”, lo que produjo una confusión entre una norma de competencia con una norma de responsabilidad.

Asimismo la responsabilidad subjetiva surge del artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración<sup>307</sup> N° 18.575 y reformada por la Ley N° 19.653, atento a que se refiere a la falta de servicio; consagrando la culpa o dolo del servicio.

### 10.3.3.) Teoría objetiva

Los partidarios de esta doctrina como Soto Kloss<sup>308</sup> y Hugo Caldera<sup>309</sup> realizan una interpretación armónica de las normas constitucionales a saber: artículos 1° inc. 4°; 4°, 5° inc. 2°; 19 N° 2; 19N° 20; 19 N° 22 y 19 N° 24<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> Artículo 4 “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

<sup>308</sup> Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Legal Publishing Thomson Reuters, 2012 (966pp) y ver Nicolás Enteiche Rosales, “El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010)”, Revista Actualidad Jurídica N°23, Año 2011.

<sup>309</sup> Nicolás Enteiche Rosales, “El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010)”, Revista Actualidad Jurídica N°23, Año 2011.

<sup>310</sup> Art. 1° Inc. 4°. “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Art. 4. Chile es una república democrática.

Art. 5° Inc. 2°. “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos...”

Art. 19 N° 2°. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 2. “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Art. 19 N° 20. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 20. “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”

ART. 19 N° 22. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 22. “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”

Art. 19 N° 24. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 24. “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”

Soto Kloss sostiene que es objetiva la responsabilidad del Estado, atento a que es una responsabilidad constitucional, no civil ni penal<sup>311</sup>.

Esta doctrina entiende que los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Chilena no mencionan culpa o dolo a fin de que opere la responsabilidad del Estado. Además entienden que no existe la contradicción de los artículos 38 y 42 a la que hace mención Pierry el artículo 38 de la Constitución tiene supremacía por sobre el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, estableciéndose así un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración.

Los seguidores de esta doctrina entienden que la responsabilidad del Estado es *objetiva*; porque no concurren el dolo ni la culpa para hacerla efectiva, *directa*, porque los artículos 38, Inc. 2º de la Constitución, 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración hacen inmediatamente responsable a la Administración del Estado, sus organismos y municipalidades de las lesiones o daños que sufran los administrados, y *regida por el Derecho Público*.

## **11. Consideraciones Finales del Régimen de Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado**

La responsabilidad del Estado consiste en la obligación que pesa sobre éste de reparar los daños causados por sus órganos. Ello tiene su cimiento en el principio que todo daño causado debe ser reparado.

Hemos observado que en un comienzo los Estados eran reacios a reconocer la responsabilidad del Estado frente a sus súbditos. Es que existió un gran apego al adagio “*The King can do no wrong*” o “*Le Roy nepeut mal faire*”. Como se advierte existía un principio de infalibilidad del monarca. Este sistema perjudicó a los funcionarios (que habían cumplido lo ordenado) y a los particulares, víctimas del daño, que veían limitado su resarcimiento frente a los daños causados por la acción u omisión estatal.

---

<sup>311</sup> “La responsabilidad es objetiva porque el Estado no es una persona natural, por lo que no le es aplicable la responsabilidad civil, penal o disciplinaria y en caso de que se le apliquen estas responsabilidades se contradice notablemente la esencia misma de la responsabilidad del Estado.”

La evolución histórica significó la sujeción del poder al derecho, lo cual no sólo trae aparejado prevención sino restitución, circunstancia ésta que implica que además de la responsabilidad del funcionario sea responsable el Estado, ya sea a través de criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva.

La Corte Internacional de Justicia en el caso “*Barcelona Traction*” de 1970 sostuvo “*la responsabilidad es el corolario necesario del derecho*”. Es que, la responsabilidad es inherente a la existencia de un Estado de derecho. A través de la imputación directa a la Administración de los daños causados se cumple con la finalidad última del sistema que es la garantía del ciudadano.

Como hemos podido apreciar todos los países en estudio han evolucionado, conforme la historia e idiosincrasia de cada país, a través de la jurisprudencia.

Si tomamos como ejemplo el caso Italiano se puede observar que la doctrina reclamaba que la administración responda con el mismo alcance que los particulares. Este anhelo se ha ido cumpliendo poco a poco a medida que la jurisprudencia ha recogido las críticas de la doctrina y jurisprudencia disidente. Además en Italia no existe una legislación que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo la remisión constitucional a las normas civiles permite tener un sistema de tipicidad.

Asimismo, en Francia puede vislumbrarse en la jurisprudencia el avance de los supuestos de la responsabilidad sin falta, a la vez que la exasperación de la prueba liberatoria, que incumbe a la Administración en merito a presunciones de culpa.

Ante la creación de organismos supranacionales que tienen un papel protagónico en los procesos de integración regional (como es el caso de la Unión Europea, entre otros), se extiende la responsabilidad del Estado a través de sus instituciones dotadas de personalidad jurídica. La sujeción del poder al derecho hizo que la responsabilidad del Estado creciera, se afincara y se desarrollara tanto en los Estados nacionales como supranacionales, habida cuenta la integración de los Estados. Esta responsabilidad encontró fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas. El fin tuitivo es la garantía del ciudadano.

En Europa los Estados miembros han evolucionado a través de la labor del Parlamento Europeo, en cuanto a que se deben emparejar las



estructuras estatales y sus leyes para que el ciudadano europeo pueda obtener los mismos resultados en cualquier país miembro. Asimismo, el Tribunal de Justicia Europeo ha contribuido a la evolución del sistema de responsabilidad del Estado. El caso “*Francovich*”, anteriormente citado, es un claro ejemplo. En este caso el Tribunal de Justicia admite que cuando el Estado miembro incumple las obligaciones de transposición de una Directiva comunitaria, genera una desprotección de los particulares por la ausencia de aplicación práctica de derechos que le corresponden acorde al ordenamiento jurídico Comunitario. Esa desprotección, imputable al incumplimiento de las obligaciones del Derecho comunitario por parte del Estado, hace surgir la responsabilidad de éste, de manera que el particular podrá obtener una reparación, indemnización que garantiza la plena eficacia de las normas y la plena protección de derechos.

Asimismo, en Estados Unidos la Corte Suprema desarrolló una teoría de la responsabilidad garantizando los derechos que contenía la Constitución de dicho país.

Debemos mencionar que no hemos analizado un sistema tan beneficioso para el administrado como el Español de responsabilidad objetiva global, por ejemplo en el caso de responsabilidad de la Administración por actividad material, la víctima no se le exige probar la culpa de la Administración sino que tiene derecho a indemnización aun en caso de que la Administración pruebe su diligencia.

En cambio, en Chile la responsabilidad del Estado (aun reticente) ha variado a lo largo de la historia, habiéndose elaborado distintas teorías para permitir la reparación del daño sufrido por las víctimas, tanto subjetivas como objetivas. Como hemos observado, el legislador optó por no pronunciarse al respecto y son la doctrina y jurisprudencia quienes construyen camino al andar. Fallos más recientes llevan a sostener una falta de unidad y consistencia sobre el tema. Pareciera que se ha retrocedido a posiciones que habían sido superadas con la Constitución de 1980. La puja entre el Estado y los ciudadanos no ha llegado a un grado de evolución tal que presente un auténtico sistema de garantía para los ciudadanos.

En síntesis, las instituciones han evolucionado tanto en el derecho continental como en el “*common law*”, como así también en América.

Para tener un país moderno es necesario desenfatar el tema de la responsabilidad del Estado, prefiriendo prevenir los daños antes que repararlos. En ese camino, vale recordar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Campo Algodonero*” que opta por la *doctrina del riesgo previsible y evitable*, la cual requiere de cuatro elementos, a saber: 1) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; 2) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado; 3) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; y por último 4) que el *Estado* pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.

## **Tarea 9**

### **Seleccionar casos de interés.**

#### **1. Análisis jurisprudencial argentino. Antecedentes. Evolución.**

##### **1.1. Responsabilidad del Estado por actividad ilícita.**

Tal como se desarrollará en la parte pertinente del presente informe, lo primero que debemos considerar es la transición jurisprudencial de la Corte Suprema Federal realizada a efectos de salir del denominado “dogma de irresponsabilidad del estado”.

Como primer fallo, citaremos el caso “**Tomás Devoto y Cía.**”<sup>312</sup>. En este caso, se generó un incendio en el campo de la accionante generado por empleados nacionales del Telégrafo.

Es de destacar que en este precedente, el Máximo Tribunal entendió que no es relevante, para definir la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados, que aquéllos no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio sea casual, desde que la casualidad sólo puede equipararse al caso fortuito, en cuanto en ambas circunstancias ocurren sucesos que no han podido preverse ni evitarse (art. 514 del Código Civil).

---

<sup>312</sup> Fallo CSJN Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación”, 22/09/1933.

Agrega que en el caso, 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).

Puntualizó asimismo 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.

Para decidir como lo hizo, se sustentó en dos disposiciones del entonces Código Civil: artículos 1109 y 1113.

A la hora de continuar evaluando los antecedentes jurisprudenciales en esta materia, debemos destacar el fallo “**Ferrocarril Oeste**”<sup>313</sup>, que data del año 1938. Este precedente es muy importante, toda vez que fue el primero de los casos en los que la Corte delimitó el concepto de la “falta de servicio”.

En el fallo, pueden destacarse los siguientes puntos:

- Quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución.
- 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.
- Habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata.
- Aplicación de artículos 1112 y 1113 del entonces Código Civil.

Si bien existen numerosos pronunciamientos, el siguiente fallo de la CSJN a destacar es “**Vadell**”<sup>314</sup>. En esta oportunidad, se estableció, en consonancia con el precedente anterior, que la idea objetiva de la “falta de servicio”,

---

<sup>313</sup> Fallo CSJN “Ferrocarril Oeste c/ provincia de Buenos Aires”, 3/10/1938.

<sup>314</sup> Fallo CSJN “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 18/12/1984.

encuentra su fundamento en el artículo 1112 del entonces Código Civil, no siendo necesario recurrir al artículo 1113 de ese cuerpo legal.

El máximo tribunal fijó los siguientes puntos esenciales:

- La responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no es indirecta, toda vez que la actividad de los órganos del Estado realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las cuales dependen, ha de ser considerada propia de éstas.
- La provincia resultará responsable si el Registro de la Propiedad cumplió de manera defectuosa sus funciones.
- Reafirmación del concepto de “falta de servicio”: quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución.

Ambos casos, tanto “Ferrocarril Oeste” como “Vadell” se centraban en errores registrales, que luego ocasionaron perjuicios a los accionantes, en operaciones subsiguientes que se vieron frustradas.

En el caso “**Pose**”<sup>315</sup>, el actor se presenta e inicia demanda contra la provincia de Chubut y la Municipalidad de Puerto Madryn, debido a que, en oportunidad de encontrarse practicando natación en una playa municipal, al arrojarse por uno de los trampolines, y ante la situación de bajamar, se produjo un fuerte golpe con la arena, que le ocasionó graves lesiones, generando que haya quedado en estado cuadripléjico.

Algunas cuestiones a considerar en este precedente son:

- No cabe sostener la inaplicabilidad de la doctrina del riesgo cuando la cosa es utilizada por la víctima y no por el dueño o guardián.
- La CSJN definió al trampolín cuya utilización generó el accidente como una cosa riesgosa, siendo que debido al lugar de ubicación y a los constantes cambios de marea, nunca podía ser utilizado sin peligro.
- El uso y goce de los bienes de dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados, sin riesgos.

---

<sup>315</sup> Fallo CSJN “Pose, José Daniel c/ provincia de Chubut y otra s/ daños y perjuicios”, 1/12/1992.

- La Municipalidad demandada ejercía el poder de policía en las playas donde se accidentó la víctima y la responsabilidad de la provincia demandada se halla comprometida atento a su calidad de propietaria de las playas donde acaeció el accidente.
- El Tribunal invoca los artículos 1109, 1112 y 1113 del entonces Código Civil.

Asimismo, la CSJN ha tenido oportunidad de fijar algunos criterios con respecto a la responsabilidad del Estado y su procedencia, que corresponde destacar:

- La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa, de modo que la obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar.<sup>316</sup>
- “Quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que cause su cumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:1881, 3065; 330:563, 2748 y 331:1690, entre muchos otros). Y también ha indicado que esta idea objetiva de la falta de servicio —por hechos u omisiones— encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada

---

<sup>316</sup> Fallo CSJN “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios”, 8/10/2013.

para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030; 312:1656; 317:1921; 318:192, 1862; 321:1124; 330:563, 2748 y 331:1690, entre muchos otros).<sup>317</sup>

- Los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, esto es, que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño cierto, (c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546; “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huillén y otros”, Fallos: 332:2328; “Morrow de Albanesi”, Fallos: 333:1404 y “Bea”, Fallos: 333:1623).<sup>318</sup>
- Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio; b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546). Con respecto al primero de los recaudos, este Tribunal ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).<sup>319</sup>
- La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el

---

<sup>317</sup> Fallo CSJN “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de P., E. P. y otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba”, 21/12/2010.

<sup>318</sup> Fallo CSJN “Periopontis S.A. c/ E.N. Mº Economía SAGPYA - Resol 2/99 s/ daños y perjuicios”, 4/11/2011.

<sup>319</sup> “Fallo CSJN “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 12/4/2011.

grado de previsibilidad del daño (Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Faute de service, n° 178).<sup>320</sup>

- La invocación del ejercicio del poder de policía de seguridad y del servicio de justicia que corresponden al Estado, no es suficiente para atribuirle responsabilidad en eventos en que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación. Ello es así, pues no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos y a la prestación del servicio de justicia pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138 y su cita; 313:1636; 323:305, 318 y 2982; causa S.1176.XL "Santillán, Luis Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" (Fallos: 329:4470), pronunciamiento del 24 de octubre de 2006).<sup>321</sup>
- El uso indebido por un tercero del documento de identidad cuya custodia fue insatisfecha por las agencias estatales intervinientes y con el cual se abrieron sendas cuentas bancarias con datos falsificados para dar lugar al ulterior libramiento de cheques sin fondos contra aquéllas, que a la postre provocaron la inhabilitación del actor, revelan una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso, más allá de lo que después se considere y decida acerca de la prueba de cada una de las consecuencias perjudiciales que se invocan en la demanda como originadas en aquella causa fuente.<sup>322</sup>

En cuanto a la omisión en la que puede incurrir el Estado, en el marco de la responsabilidad por actividad ilícita, jurisprudencialmente, el criterio sentado por la CSJN fue el establecido en el célebre caso "Mosca"; Hugo Arnaldo Mosca interpuso una demanda por daños y perjuicios contra la Asociación del Fútbol Argentino, el Club Atlético Lanús, y la Provincia de Buenos Aires, por los daños derivados de una lesión sufrida en su ojo izquierdo, en oportunidad de hallarse estacionado en las adyacencias del

---

<sup>320</sup> Fallo "Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario, 28/4/1998.

<sup>321</sup> Fallo CSJN "Ferrell, Patrick Martin c/ provincia de Buenos Aires, y otros s/daños y perjuicios, 6/5/2008.

<sup>322</sup> Fallo CSJN "Serradilla, Raúl Alberto c/ provincia de Mendoza, y otro s/ daños y perjuicios, 12/6/2007.

estadio de fútbol del club demandado, toda vez que se desempeñaba como chofer y trasladaba a personal de prensa del diario “Clarín”.

La CSJN entendió que “En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, 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. 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.”

Justamente, el criterio del Tribunal respecto de la omisión generadora de responsabilidad estatal es que debe existir un deber jurídico determinado, basado en una obligación preexistente.

Asimismo, se debe analizar: si se dispusieron de los medios razonables para el cumplimiento del servicio, el lazo que une a la víctima con el mencionado servicio y analizar grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.

## **1.2. Responsabilidad del Estado por actividad lícita.**

En este aspecto, hay que considerar preliminarmente que en este grupo de casos existe un factor de atribución que se traduce en el denominado “sacrificio especial” y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

En este punto, veremos primeramente en forma general que ha sostenido la CSJN acerca de este tipo de responsabilidad:

El primer fallo que traemos es “**Establecimientos Americanos Grady**”. Tal como sostiene Mertehikian “la Corte Suprema dejó bien claro que el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos o modificar los existentes, puede producir perjuicios a los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en



consideración de una garantía –la de la propiedad privada– que no puede interpretarse con semejante extensión. Precisamente la Corte Suprema decide que la actividad legislativa ejercida legítimamente, aun cuando vulnere la propiedad privada, no genera derecho al resarcimiento.”<sup>323</sup>

En otros pronunciamientos el máximo tribunal mantuvo el criterio antes citado, hasta llegar a un hito jurisprudencial en esta materia, que se verificó en el caso “**Cantón**”<sup>324</sup>, al fijar los siguientes puntos:

- La facultad del Estado de poner límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos, el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada.
- Procede la reparación del daño en el campo de la responsabilidad del Estado, aún por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, aspecto en el que cabe admitir la posibilidad de exigir la indemnización pertinente.

En el fallo “**Ledesma**”<sup>325</sup>, la CSJN volvió a reiterar su postura a favor de reconocer la viabilidad de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, siempre y cuando se verifiquen los presupuestos de procedencia. Pero en este caso, la CSJN describió las especiales particularidades del régimen de la industria azucarera, y del alto intervencionismo estatal que la caracteriza; agregó que el quebranto acaecido no resulta imputable a la actividad legítima del Estado ni a la ilegitimidad de las Resoluciones impugnadas por Ledesma, siendo necesario establecer la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya

---

<sup>323</sup> Mertehikian, Eduardo La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema - 1a ed. - Buenos Aires, e book, 2006.

<sup>324</sup> Fallo CSJN “Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ ordinario”, 15/5/1979. En este precedente, el Decreto 2118/71 había prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional.

<sup>325</sup> Fallo CSJN “Ledesma SA. Agrícola Industrial c/Estado Nacional s/nulidad de resolución”, 31/10/1989.

reparación se persigue, excluyendo cualquier intervención extraña que afecte el nexo causal.

En el fallo “**Columbia**”<sup>326</sup>, la CSJN definió los requisitos de procedencia para este tipo de responsabilidad, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada.

Asimismo, expresó que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, tratándose del reclamo de una entidad financiera por decisiones del Banco Central, requiere la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

En el fallo “**Prada**”<sup>327</sup>, la CSJN reiteró que la provincia de Buenos Aires es responsable si se encuentra acreditada la relación causal entre el obrar legítimo de organismos dependientes de la misma y los daños sufridos por el actor; del voto en disidencia del Dr. Barra, se extrae que el Estado en su actividad lícita puede ocasionar perjuicios a determinadas personas y ese obrar, aún siendo legítimo y ordenado al bien común, es decir, irreprochable, sin culpa o dolo, sin actuación irregular, exige que sea reparado en el marco de la responsabilidad objetiva, cuando sobreviene para el administrado un daño diferenciado del sacrificio que necesariamente debe ser soportado como consecuencia de la vida en sociedad. Pero solamente en presencia de tal sacrificio especial cabe acceder a su reparación.

La CSJN estableció que la provincia es responsable si se encuentra comprobada la relación causal entre su obrar legítimo, a través de un conjunto de obras tendientes a orientar las masas de agua hacia zonas de menor aptitud productiva, y el hecho generador de los daños en la propiedad del actor.<sup>328</sup>

En el caso “**Rebestek**”<sup>329</sup>, la CSJN determinó algunos puntos interesantes en relación con este tipo de responsabilidad, a saber:

- Superadas las épocas del quod principi placuit, del volenti non fit injuria, y de la limitación de la responsabilidad estatal a los casos de culpa in

---

<sup>326</sup> Fallo CSJN “Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Columbia SA. De Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, 19/5/1992.

<sup>327</sup> Fallo CSJN “Prada, Iván Roberto c/ provincia de Buenos Aires, s/ daños y perjuicios”, 16/6/1993.

<sup>328</sup> Fallo CSJN “Cachau, Oscar José c/ provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 16/6/1993.

<sup>329</sup> Fallo CSJN “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario”, 21/3/1995.

eligendo o in vigilando o a los de iure imperii, es principio recibido por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares (Fallos: 306:1409, considerando 5°). Así, cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares, cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general, esos daños deberán ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (Fallos: 305:321).

- Se exige la concurrencia ineludible de otros -de orden genérico- consistentes en: la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (Fallos: 312:343, considerando 7° del voto de los jueces Petracchi y Bacqué).
- Presupuesto básico de la doctrina precedentemente reseñada consiste en que el actuar del Estado haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. En efecto, la exigibilidad de la indemnización se condiciona a que se trate del sacrificio o pérdida de derechos e intereses incorporados al patrimonio. Y, para tener derecho de propiedad a un determinado beneficio, quien alega poseerlo claramente debe tener más que una necesidad abstracta, un mero deseo o una expectativa unilateral.
- En el fallo “**Rebesco**”<sup>330</sup>, se estableció que "cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito" (Fallos: 312:2266 y sus citas). Ese criterio se funda en la doctrina desarrollada por esta Corte en diversos precedentes en los que sostuvo,

---

<sup>330</sup> Fallo CSJN “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios”, 21/3/1995.

básicamente, que el ejercicio de funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguno de ellos de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales.

El Alto Tribunal continuó reafirmando que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (confr. Fallos: 312:343 y 1656).<sup>331</sup>

- En el fallo "**Swift**"<sup>332</sup>, se sostuvo que, cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por ese interés general- esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409). Se trata, en suma, de una doctrina que el Tribunal ha desarrollado en diversos precedentes en los cuales se sostuvo, básicamente, que la "realización de las obras requeridas para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado siempre que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales" (Fallos: 195:66; 211:46; 258:345; 274:432).

Empero, corresponde poner de relieve que para la procedencia de la pretensión resarcitoria en tal supuesto deben concurrir ineludiblemente ciertos requisitos, tales como la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y

---

<sup>331</sup> Fallo CSJN "Tecnobeton S.A. c/ Estado Nacional (ANA. y Mrio de Economía) s/ cobro de pesos", 12/11/1996.

<sup>332</sup> Fallo CSJN "Cía. Swift de La Plata c/ Estado Nacional Argentino (PEN.) s/ daños y perjuicios", 27/2/1997.

el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (Fallos 312:1656).

A continuación enunciaremos algunas pautas o criterios interesantes que la CSJN fue fijando en subsiguientes precedentes:

- La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica. Es que, como esta Corte ha sostenido, cuando esa actividad lícita, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general- esos daños deben ser atendidos (Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409; 312:1656).<sup>333</sup>
- Las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad colectiva deben distribuirse proporcionalmente entre los miembros del cuerpo social y no deben recaer sobre uno solo de ellos. En el caso, no hay razón justificante que legitime el perjuicio sufrido por Mochi, y para su reconocimiento no es necesario indagar en la existencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad sino que debe estarse a aquel, de naturaleza objetiva, que encuentra fundamento en la garantía irrenunciable para el Estado de amparar, como ha dicho esta Corte, elementales derechos de sus integrantes (Fallos: 318:385).<sup>334</sup>
- Cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares cuyo derecho se sacrificara a aquel interés general esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito.<sup>335</sup>

### **1.3. Responsabilidad por error judicial**

---

<sup>333</sup> Fallo CSJN “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento”, 26/10/1999.

<sup>334</sup> Fallo CSJN “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 20/3/2003.

<sup>335</sup> Fallo CSJN “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/9/1989.

En lo referente al grupo de casos vinculados con la responsabilidad del Estado por error judicial, no podemos dejar de mencionar el fallo “**Vignoni**”, en el cual la CSJN sostuvo que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial, en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño, sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues, antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta pasada en autoridad de cosa juzgada, impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.<sup>336</sup>

A efectos de lograr una sistematización de criterios, enunciaremos los puntos neutrales que ha establecido la CSJN, en relación con la responsabilidad del Estado por actividad lícita, específicamente vinculada al error judicial:

- Si la contienda es dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles, no puede quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieran causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio.<sup>337</sup>
- La responsabilidad por error judicial a propósito del decreto de medidas cautelares, sólo queda abierta cuando se demuestra la ilegitimidad de la medida de que se trate, lo que se dará únicamente cuando se revele como incuestionablemente infundada o arbitraria, pues es claro que ninguna responsabilidad estatal puede existir cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los jueces al convencimiento de la necesidad de su dictado.<sup>338</sup>
- Si la prisión preventiva, al momento de dictársela, sólo traducía la existencia de un estado de sospecha fundado en los elementos de juicio existentes en ese momento, no cabe admitir que por la vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o error de un pronunciamiento cautelar

---

<sup>336</sup> Fallo CSJN “Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina”, 14/6/1988.

<sup>337</sup> Fallo CSJN “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 11/6/1998. (Votos de los Dres. Antonio Boggiano y Guillermo A. F. López y del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

<sup>338</sup> Fallo CSJN “Mallmann, Arturo Julio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ proceso de conocimiento.”, 26/10/1999. (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)

firme (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano y Guillermo A. F. López).<sup>339</sup>

- La existencia de error debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia, y mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro.<sup>340</sup>
- La responsabilidad por error judicial cometido en ocasión del dictado de un auto de prisión preventiva, solamente queda abierta cuando, en el procedimiento apropiado, se demuestra la ilegitimidad de dicha medida cautelar, lo que se dará únicamente cuando se revele como incuestionablemente infundada o arbitraria, pues es claro que ninguna responsabilidad estatal puede existir cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, dada la etapa del proceso en que se dicta- de que medió un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado fuera su autor, ya que, en tal hipótesis, no hay exceso de la potestad jurisdiccional del Estado, sino ejercicio regular de ella, siendo impensable cualquier acción de responsabilidad a su respecto.<sup>341</sup>
- Si el demandante fue absuelto por la única imputación en que la existencia de intereses contrapuestos podría haberle causado algún perjuicio, no media nexo de causalidad jurídicamente relevante entre la actuación irregular del defensor oficial y el perjuicio cuya reparación se pretende, y por ende, la posibilidad de imputar ese daño a la provincia demandada.<sup>342</sup>
- Para reconocer la posibilidad de responsabilizar al Estado por error judicial, el acto jurisdiccional que origina el daño debe ser previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de

---

<sup>339</sup> Fallo CSJN "Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios", 1/11/1999.

<sup>340</sup> Fallo CSJN "Rodríguez, Luis Emeterio c/ Corrientes, Provincia de (Poder Ejecutivo - Ministerio de Gobierno) s/ daños y perjuicios", 5/12/2000.

<sup>341</sup> Fallo CSJN "Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 20/3/2003. (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)

<sup>342</sup> Fallo CSJN "Muñoz Fernández, Mauricio Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 28/7/2005. (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay)

ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide juzgar que hay error. Ello es así, pues de lo contrario la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley.<sup>343</sup>

- El reclamo de daños y perjuicios contra la provincia por un supuesto error judicial invocado por el actor, se encuentra condicionado a la declaración de ilegitimidad del acto que produjo el daño alegado - sentencia condenatoria en causa penal y prisión preventiva de quince meses-, pues para poder responsabilizar al Estado por error, el acto jurisdiccional que origina el daño debe ser previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ello el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide juzgar que hay error.<sup>344</sup>

## **2. Doctrina de los Tribunales Superiores Provinciales.**

A continuación, enunciaremos algunos criterios empleados por los Tribunales Superiores de Justicia Provinciales para resolver y caracterizar los casos de responsabilidad de los estados locales de nuestra república:

### **2.1. Responsabilidad por actividad ilícita**

#### **2.1.1. Generalidades del actuar irregular y la "falta de servicio"**

- En caso de daños causados a sus agentes por actos administrativos que suponen el incumplimiento o cumplimiento negligente o inadecuado de las obligaciones derivadas de la relación de empleo este cuerpo se inclinó por estimar, que el resarcimiento de daños conserva su régimen peculiar de derecho privado y está sujeto a los principios que gobiernan su procedencia, salvo norma específica de Derecho Administrativo que la regule; y, por la otra, fundó el mismo en las normas regulatorias de la responsabilidad

---

<sup>343</sup> Fallo CSJN "Azucarera Argentina C.E.I. S.A. c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios (nulidad de acto jurídico)", 25/10/2005. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

<sup>344</sup> Fallo CSJN "González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios", 17/3/2009. (Disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni)



extracontractual: arts. 1066, 1067, 1068, 1069, 1077, 1078, 1109, 1111, 1113 CC.<sup>345</sup>

- El artículo 1074 del Cód. Civil comprende los ilícitos por omisión simple requiriéndose que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar, no siendo necesario que dicha obligación sea expresa sino que basta con que se den ciertos requisitos tales como la existencia de un interés normativamente relevante, la necesidad de actuar para tutelar dicho interés y la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue con el accionar. El poder de policía -según Bielsa- designa el conjunto de servicios organizados por la administración con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas mediante limitaciones impuestas a su actividad individual y colectiva y no debiera entenderse -como pareciera hacerlo la accionada al agravarse- como un mero poder discrecional o facultad acordada por la ley a la administración, sino que es un poder reglado en razón del interés general a proteger, cuya omisión o defectuoso ejercicio implica "per se" el incumplimiento de uno de los deberes básicos del Estado. Consecuentemente, cuando aquél aparece omitido o ejercido insuficiente, excesiva o abusivamente, cabe responsabilizar las conductas de sus agentes.<sup>346</sup>

- Quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia de salud, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir su función y es responsable de los perjuicios que cause su cumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de falta de servicio - por hechos u omisiones - encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 C.C. y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 C.C. En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se encuentra comprometida, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, quién debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. En este sentido

---

<sup>345</sup> Fallo TSJ Chubut "Ballanti de Busalacchi, María Cecilia c/ Consejo Provincial de Educación s/ sumario", 11/6/1998. (El Dial).

<sup>346</sup> Fallo STJ Entre Ríos, "SALA CIVIL Y COMERCIAL DE LA CÁMARA DE CONCORDIA CO 3609 S 21-12-2000, "Moreno, Héctor Víctor c/ Municipalidad de Concordia y otros s/ Sumario", (El Dial)

esta Sala, ha expresado que existe responsabilidad del Hospital y con él del Estado, por la prestación defectuosa o irregular del servicio público de salud, aún que no se pueda demostrar la culpa personal del o los funcionarios involucrados.<sup>347</sup>

- La clave para determinar la falta de servicio y consecuentemente la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo, se encuentra en la comisión o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila solo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en las personas o a los bienes de los particulares. Ahora bien la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074 del C. Civil), tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que puede hallarse impuesto también por otras fuentes jurídicas. Además para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa. Para que se configure la responsabilidad del Estado por actos o hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual es menester la ocurrencia de ciertos presupuestos que condicione esa responsabilidad, a saber: 1) La imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado. 2) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes impuestos por la Constitución, la ley o reglamentos, 3) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado, y 4) la conexión causal entre el hecho o daño administrativo y el daño ocasionado al particular.<sup>348</sup>

- La responsabilidad del Estado basada en la faute de service, se construye alrededor de la noción de servicio público, frente a la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio. Pero por servicio público no se entiende el concepto estrictamente técnico que hace a una de las

---

<sup>347</sup> Fallo Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, "BALDERRAMA MANUEL ANDRES Y OTS. EN J 125.607/32.436 BALDERRAMA MANUEL ANDRES Y OTS. C/ HOSPITAL HUMBERTO J. NOTTI Y OTS. P/ D. Y P. S/ INC. CAS." - Fallo: 10000000634 - Circunscripción: 1 - SALA:1 - Mendoza - 2011/03/15, (El Dial)

<sup>348</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 297 - "JIMENEZ SILVIA ELIZABETH c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 1 - 24/08/2001. (El Dial)

clasificaciones de las formas o modos de actuación administrativa, sino una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituyen la función administrativa. De ese modo, la *faute de service* es, en Francia, un concepto autónomo respecto de la actividad lesiva, siendo de aplicación tanto en materia de reglamentos como respecto de actos y hechos administrativos.... En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos se apoya en la idea de falta, concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrado (vgr. intervenciones no justificadas, ilegalidades, funcionamiento defectuoso, inacciones injustificadas, retrasos, etc.).<sup>349</sup>

### **2.1.2. Casos de error judicial**

- El Estado debe asumir los deberes de vigilancia y seguridad desde el momento mismo en que una persona -mayor o menor- es detenida por la policía, y más aún cuando se encuentra alojada en alguna dependencia policial. Tal vez puedan llegar a configurarse circunstancias muy particulares, en que el detenido, habiendo incurrido en una conducta gravemente culpable o dolosa origine un hecho dañoso del que quepa exonerar al Estado, pero seguramente se tratará de un hecho que los guardadores no puedan prever o evitar.

No cabe tildar de imprevisible el incendio que dio origen a estas actuaciones. Ciertamente es que habitualmente los detenidos gozan de determinadas concesiones -contrarias al reglamento y a toda medida preventiva de seguridad- como la autorización (de hecho) para fumar. Ciertamente es, que generalmente, tal proceder no desencadena hechos como el de autos, pero que ello entraña riesgos perfectamente previsibles, es incuestionable. En tales

---

<sup>349</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 319 - "ROMERO CARLOS ENRIQUE c/ MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL DE TUCUMAN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 1 - 23/05/2001. (El Dial)

situaciones, de por sí agravan el deber de cuidado, debiendo extremarse cualquier precaución para evitar un accidente o un hecho intencional.<sup>350</sup>

Si la prisión preventiva fue dispuesta en el marco de una actividad judicial formalmente regular, dentro de un razonable criterio jurídico y acorde a una apreciación provisional de los hechos que les sirvieran de fundamentación, el eventual sobreseimiento en la etapa instructoria (art. 348 del C.P.P.) o la absolución en el juicio (art. 411 del C.P.P.) del imputado, no genera en cabeza de éste el derecho a reclamar al Estado el resarcimiento de los perjuicios que dicha actuación le hubiere ocasionado. Es que la absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva que sufrió durante el proceso. Solamente puede considerarse "error judicial" cuando la decisión que impuso la prisión preventiva, juzgada en sí misma e independientemente de las demás alternativas del proceso, resulta incuestionablemente infundada o arbitraria, caso en el que nos encontraríamos en presencia de una falta de servicio en la administración judicial.<sup>351</sup>

- El artículo 1113 del Código Civil consagra una regla que, en tanto fuente de responsabilidad objetiva, hace responsables por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, al dueño o guardián de la misma. La misma norma, por su parte, establece una excepción expresa a aquella regla, al señalar que: "...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". En autos, la comuna en modo alguno se revela como dueña o guardiana de la cosa riesgosa utilizado por una asociación concesionaria de un servicio público. La doctrina jurídica, incluso, ha sabido distinguir entre las consecuencias dañosas que se originan en el contenido de la concesión de un servicio público, que serán responsabilidad de la autoridad concedente porque se trata de las consecuencias de su propio accionar, y las derivadas necesariamente del ejercicio del servicio, que son responsabilidad del concesionario porque atañen

---

<sup>350</sup> Artigas, Laureano y María Nélica Montiel de Artigas por su hijo menor Ricardo Aníbal Artigas c/ Provincia del Chaco y/o responsable s/ Daños y Perjuicios." - SALA Nº 3 CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL RESISTENCIA - I000 22355 RSD-6-96 - Resolución Definitiva - 29-2-1996 Juez JAJAM, RAQUEL ELISA (SD)

<sup>351</sup> "ALLENDE MARTINEZ PABLO FELIPE C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y OTROS - ORDINARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - RECURSO DE CASACIÓN" (EXPTE. A 34/10) - TSJ DE CORDOBA - Sala Civil y Comercial - 01/11/2012. (El Dial)

a la responsabilidad que surge ante las consecuencias lógicas y normales que la prestación del servicio ocasiona a terceros y que constituye una derivación de su obligación de resultado de seguridad debida a su carácter de prestador del servicio público. Por lo demás, no puede afirmarse una responsabilidad del Estado fundada en un principio de justicia, pues, en virtud del señalado contrato de concesión de servicio público, no era éste el prestatario de tal servicio -lo que podría justificar su responsabilidad.<sup>352</sup>

- La responsabilidad del Estado es la derivada de la detención del actor como presunto autor del delito de homicidio, al que se le dictó prisión preventiva, y llevado a juicio fuera absuelto de culpa y cargo, ordenándose su inmediata libertad. Cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que al acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto. No puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento.<sup>353</sup>

- La indemnización por la prisión preventiva no debe ser concedida en forma automática por la absolución del imputado, sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como algo totalmente infundado o arbitrario; pero no cuando elementos objetivos con los que contaba el instructor, hubiesen llevado al convencimiento del juzgador de que medió un delito y que existe la probabilidad cierta que el imputado sea su autor.<sup>354</sup>

- La responsabilidad del Estado es la derivada de la detención del actor como presunto autor del delito de homicidio, al que se le dictó prisión preventiva, y llevado a juicio fuera absuelto de culpa y cargo, ordenándose su inmediata libertad. Cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que al acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto.<sup>355</sup>

---

<sup>352</sup> "Vieira, Juan José y otros p.ss.aa. homicidio culposo -Recurso de casación-" - TSJ DE CORDOBA - SALA PENAL - 08/07/2004 . (El Dial)

<sup>353</sup> Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, "Leiva, Aurelio Antonio Belisario c/ Superior Gobierno Provincia de Entre Ríos s/ Sumario", (El Dial).

<sup>354</sup> Fallo Suprema Corte de Justicia de Mendoza "MURUA RIVERO ALEJANDRO MARTIN EN J 33.491/32.441 MURUA ALEJANDRO MARTIN C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ D. Y P. (EXCEPC. DE ALQUILERES) S/ INC." - Fallo: 10000001029 - Circunscripción: 1 - SALA:1 - Mendoza - 2012/06/22", (El Dial)

<sup>355</sup> Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, SALA CIVIL Y COMERCIAL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA 3326 S 26-11-2001, "Leiva,Aurelio Antonio Belisario c/ Superior Gobierno Provincia de Entre Ríos s/ Sumario". (El Dial)

- Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el Estado debe responder por los errores judiciales pero siempre que se trate de un acto ilícito, injusto, arbitrario; en síntesis, que se aparte abiertamente de la ley. En el sub-lite, el actor no atribuye el perjuicio a la sentencia definitiva -que le fuera favorable-, sino a la prisión preventiva. Tal medida provisoria sólo traducía la existencia de un serio estado de sospecha fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento. Por otro lado la C.S.J.N. ha señalado que el derecho a gozar de libertad hasta el momento que se dicte sentencia, no constituye una salvaguarda contra la prisión preventiva que es una medida cautelar que cuenta con respaldo constitucional, que no sólo es necesaria para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizarla. De modo que no puede admitirse que por esta vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o el error de un pronunciamiento cautelar firme. Actuar de otra forma nos llevaría a la inseguridad y anarquía, por lo que el único remedio para tal situación es la reafirmación del principio que atribuye el carácter de verdad legal al pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada.<sup>356</sup>

- El principio básico que rige la cuestión relativa a la responsabilidad por actividad judicial, conforme inalterable y reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace hincapié en que el mero hecho de que un procesado sea detenido y luego absuelto no determina por sí la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos. Para que proceda el resarcimiento de los daños ocasionados es indispensable, entre otras cosas, que el acto sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.<sup>357</sup>

---

<sup>356</sup> Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, MAIDANA, INOCENCIO Y ESCOBAR O. C/ LA PROVINCIA DE E. RÍOS Y/O ESTADO PCIAL. Y/O SUPERIOR GOBIERNNO DE LA PCIA. S/ INDEMNIZACIÓN DAÑOS Y PERJUICIOS Y DAÑO MORAL. 13-07-1999 Sala Civil y Comercial de la Cámara de Concepción del Uruguay. (El Dial)

<sup>357</sup> Superior Tribunal de Justicia Expte. N° 2069/03 Luis Enrique Murua y actores de Exptes. acumulados c/Banco de la Provincia de Jujuy-Ente Residual y Estado Provincial s/Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expediente N° B 52876/99 Ordinario por daños y perjuicios y Exptes. acumulados. L.A. N°47 F°1332/1335 N°582. Del voto de los Dres. Héctor Fernando Arnedo, Héctor Eduardo Tizón, José Manuel del Campo y María Rosa Caballero de Aguiar (habilitada), Septiembre 03 de 2004. (El Dial)

- El error judicial puede ser producto de una actividad lícita del Estado o de una actividad ilícita. Como principio, ambos supuestos han de merecer reparación. La cuestión radica en saber cuando, con qué requisitos, con qué alcance. Contamos con tres normas federales provenientes de Tratados Internacionales que, incorporados al derecho argentino, obligan al Estado Federal y a las Provincias. Una es el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 10 dispone que "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial". (Aclaremos que en la jurisprudencia de nuestra Corte, es menester previamente tumbar la cosa juzgada de la sentencia condenatoria incurrida en error judicial). Otra norma pertenece al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 9°, 5, dice que "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación". (Obsérvese que aquí la privación de libertad tiene que haber sido "ilegal" o sea, ha de tratarse de actividad ilegítima del Estado). La tercera norma del mismo Pacto últimamente citado es la de su art. 14.6, que expresa: "Cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido". (Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales -Error judicial y privación de libertad- Germán J. Bidart Campos- El Derecho T. 154- pág. 543).<sup>358</sup>

### **2.1.3. La cuestión procesal del agotamiento previo de la vía administrativa.**

- Respecto a la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por la omisión de definirse sobre la expropiación, debe entenderse como regla general, que la inactividad administrativa no es generadora de responsabilidad salvo cuando una obligación legal (expresamente) impone el deber de actuar. El límite a esta

---

<sup>358</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 341 - "MORALES EUGENIO ANTONIO c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN s/ INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 1 - 11/09/2001. (El Dial)

abstención estaría dado, en nuestro derecho, por la limitación contenida en el art. 1071 del Código Civil (abuso de derecho). En consecuencia, tampoco procede en el caso la responsabilidad del Estado por la frustración de la chance de refinanciación. Ello, en función de que, aún siguiendo la doctrina más ambiciosa en cuanto a la atribución de responsabilidad del Estado se refiere, en la especie la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, la misma exige la determinación de una relación causal precisa sostenida en tres requisitos que debe reunir la causalidad: que sea directa, inmediata y exclusiva. La ausencia de uno de ellos y especialmente el último -de interpretación estricta- opera como eximente de la responsabilidad. En efecto, en el caso, no fue la afectación del inmueble por la Provincia la única circunstancia o causa que lesionara la posibilidad de continuación de las gestiones de refinanciación.<sup>359</sup>

- Según se plantea en la demanda, en autos se promueve una acción por resarcimiento de lucro cesante y de daño moral, originados según se invoca en la actuación arbitraria e ilegítima de la administración. No se pretende por tanto la declaración de nulidad de un acto administrativo. Al respecto, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia ha dejado sentado en la sentencia N° 900/2000, pronunciamiento dictado en autos "Hernández Mesón, María Luisa vs. Dirección Provincial de Obras Sanitarias s/ Cobros", criterio que ya se había expresado en la disidencia planteada en la sentencia 255/97, que, en virtud de presunción de legitimidad de que goza el acto administrativo (cfr. artículo 47 de la ley 4537), no es posible hacer efectiva la responsabilidad del Estado por daños de él derivados, si ha sido consentido en sede administrativa y no se demandó en sede judicial su declaración de nulidad. El razonamiento sentencial resulta acertado, toda vez que el acto administrativo que dió origen a la demanda de daños, se presume legítimo, lo que significa que goza de tal calidad hasta tanto dicha presunción no sea desvirtuada, y esto último no aconteció en la especie. Si el acto administrativo - en el que se pretende fundar la reparación de los daños-, ha sido consentido en sede administrativa, no habiéndose demandado tampoco su anulación en

---

<sup>359</sup> Fallo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO - SECRETARIA CIVIL: SE. 45/99 "DE CARABASSA, ISIDORO C/PROVINCIA DE RIO NEGRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/CASACION", (8-09-99), BALLADINI-ECHARREN-AZPEITIA (JUEZ SUBROGANTE). (El Dial)



sede judicial, debe tenérselo por válido y legítimo. Siendo así, no resulta posible hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los daños derivados de un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad, alegando su ilegitimidad, si no se demanda al mismo tiempo su nulidad o invalidación, o si no ha sido previamente declarado nulo.<sup>360</sup>

## **2.2. Responsabilidad extracontractual**

- Dentro de la órbita extracontractual el Estado puede estar obligado a responder tanto por su actividad lícita, como por su accionar ilícito. En el primer supuesto, es menester que se configure algún factor, alguna razón por la cual el Estado debe responder de aquellos daños que el derecho estima injusto pesen sobre un sujeto particular y no sobre toda la comunidad... en la órbita en la que nos encontramos la antijuricidad es el primer presupuesto inexcusable del deber de responder.<sup>361</sup>

La Corte Suprema santafesina entendió que los requisitos de procedencia para la responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual son: a) imputabilidad del acto al órgano del Estado en ocasión de sus funciones, b) falta de servicio, c) daño cierto, d) conexión entre el hecho y el daño.<sup>362</sup>

## **2.3. Responsabilidad por actividad lícita**

- Aún cuando se considere que no hubo funcionamiento irregular del servicio de justicia, ni error judicial, ni dilación indebida en el proceso, igualmente existe la obligación del Estado de responder por el daño causado en el ejercicio de su actividad lícita. Ello así porque se dan los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad estatal por este tipo de actividad. Ellos son: la existencia de un daño resarcible, una conducta estatal lícita, verificación de

---

<sup>360</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 322 - "AGUILAR ROQUE ANTONIO c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN s/ COBRO DE PESOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 3 - 30/09/2002. (El Dial)

<sup>361</sup> Fallo Cámara de Apelaciones Sala B Trelew, "Sinpat SRL c/Municipalidad de Trelew s/ cobro de Pesos", 9/11/2000. (El Dial).

<sup>362</sup> Zingaretti, Gisela, "La responsabilidad del Estado en la provincia de Santa Fe", en "Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944", dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 648/649.

sacrificio especial en el afectado, vinculación de causalidad entre el daño y la conducta estatal y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.<sup>363</sup>

- Para indicar el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, basta con referirse a los "principios" que integran el complejo de normas de derecho público inherentes al Estado de Derecho, que se hallan expresados en nuestra Ley Suprema, cuyas disposiciones tienen una obvia "operatividad genérica".<sup>364</sup>

#### **2.4. Potestad regulatoria de la responsabilidad estatal**

- El pago de los haberes caídos como consecuencia de una relación jurídica de empleo público se subordina al orden jurídico administrativo, integrado por las normas presupuestarias y las que surja expresa o implícitamente del estatuto del empleado público. Las normas del Código Civil vinculadas a la responsabilidad por daño, deben tomarse en el sub examine como principios generales que son aplicables a cualquier rama del derecho, o bien como normas análogas (art. 16 del C.C.) que se integran a un bloque jurídico administrativo. Es decir que la cuestión no se torna en "civil" cuando por vía supletoria o analógica se aplica el Código Civil a las consecuencias ineludibles de una relación jurídico administrativa. La cuestión sigue siendo administrativa en el amplio marco del orden jurídico administrativo. (...) Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional (art. 19, C.N.) y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas..." (...)<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> Fallo Suprema Corte de Justicia de Mendoza "FADER MORA CARLOS ENRIQUE EN J 154.280/12.370 FADER MORA CARLOS ENRIQUE C/PROVINCIA DE MENDOZA P/D. Y P. S/INC. CAS." - Fallo: 10000000782 - Circunscripción: 1 - SALA:1 - Mendoza - 2012/04/11, (El Dial) (Voto en disidencia Dr. Perez Hualde)

<sup>364</sup> Fallo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO - SECRETARIA CIVIL: SE. 45/99 "DE CARABASSA, ISIDORO C/PROVINCIA DE RIO NEGRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/CASACION", (8-09-99), BALLADINI-ECHARREN-AZPEITIA (JUEZ SUBROGANTE). (El Dial)

<sup>365</sup> Fallo Sent. N° 16 - "Morra, Victoria c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación" (Expte. Letra "M", N° 17, iniciado el treinta de noviembre de dos mil cinco) - TSJ DE CÓRDOBA - SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - 07/03/2008

- No existe en el derecho positivo público argentino un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por daños ocurridos con motivo de sus hechos u actos de omisión o abstención que hubieran ocasionado perjuicio. Por lo tanto resulta razonable que, por aplicación del artículo 16 del Código Civil, arts. 1.066, 1.074, 1.112 y 1.113. De estos dispositivos se extraen los requisitos necesarios para responsabilizar al Estado". (CSJT in re "Acosta, Ana Susana vs. Superior Gobierno de la Provincia s/ daños y perjuicios).<sup>366</sup>

## **2.5. Alcances del resarcimiento**

- Superadas las épocas del "quod principe placuit", "del volenti non fil injuria" y de la limitación de la responsabilidad Estatal a los cargos de culpa in eligendo o "in vigilando" o los de "iure imperi", es principio recibido por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado inspirado en el principio jurídico que rige toda indemnización, cual es el de la integralidad. En función de dicho principio que rige tanto en materia contractual como extracontractual, la indemnización debe colocar al actor en la misma situación en que se hubiera hallado en el caso de que, por el puntual cumplimiento del Estado, éste hubiera ingresado a su patrimonio.

Según esta jurisprudencia, lo justo -cf. art. 520 CC- impone determinar una cierta igualdad, en donde el deudor no pueda pretender pagar como pena, un monto menor del daño previsible o razonable y el acreedor no pueda reclamar más que lo acreditado y que no sea consecuencia fatal del incumplimiento.<sup>367</sup>

## **2.6. Criterios de imputabilidad**

- No se puede considerar a todos los casos de responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, en forma genéricamente idéntica, porque cada situación tiene su propia individualidad y debe ser encuadrada en la norma jurídica que le corresponde. Tan es así que

---

<sup>366</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 194 - "ORELLANA RODOLFO c/ CAJA POPULAR DE AHORROS DE LA PROVINCIA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 3 - 29/05/2001. (El Dial)

<sup>367</sup> Fallo Tribunal Superior de Justicia de Formosa, Fallo N° 7230/04 - "Empresa de Construcciones Flumian Hnos. S.R.L. c/Provincia de Formosa s/Acción contenciosa administrativo" - STJ DE FORMOSA (Secretaría de Trámites) - Fecha 28/12/2004 (El Dial) Voto de la Dra. Colman

tampoco se pueda sostener que la responsabilidad de la administración pública sea siempre objetiva y directa. Puede ser directa o indirecta, individual o mancomunada -simple o solidaria-, o aún de simple garantía, según los casos. Por esto, corresponde afirmar el encuadre jurídico del problema de la relación de causalidad.<sup>368</sup>

## **2.7. Clasificación y caracteres de la responsabilidad estatal**

- La responsabilidad del Estado se divide en dos grandes especies: contractual y extracontractual (Juan C. Cassagne "Derecho Administrativo" T. I). Su distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual y dentro de esta última categoría, en mérito a su diferente naturaleza y régimen jurídico, distingue los supuestos en que la actuación del Estado sea legítima, de cuando sea ilegítima. En el presente caso, las partes son contestes que se trata de una actividad legítima del Estado, lo que implica reconocer que el hecho que motiva el reclamo se enmarca en un plano que está más allá del contexto particular en que se desenvolvían las prestaciones que cumplía el actor, ya que el accionar del Estado se orienta a satisfacer un interés superior comprometido (interés público). La doctrina ha destacado que "cuando el sacrificio se impone por necesaria exigencia de la satisfacción el bien común, el acto estatal que lo instituye es legítimo. En cambio cuando el sacrificio impuesto al derecho subjetivo del particular no configura una consecuencia necesaria de la exigencia de satisfacer convenientemente el bien común, el sacrificio es ilegítimo". (René Mario Goane, Responsabilidad del estado y del funcionario Público en la Provincia de Tucumán, Jornadas Universidad Austral Junio de 2000, Edit. Ciencias de la Administración, pág. 521).<sup>369</sup>

## **3. Diagnóstico de la jurisprudencia argentina**

Como se ha puntualizado a lo largo del presente, puede advertirse que, en materia de responsabilidad del Estado, la evolución ha sido de menor a

---

<sup>368</sup> Superior Tribunal de Justicia Expte. N° 902/01-Soto, Julio Clemente c/Casas, Ariel Leandro y Municipalidad de San Salvador de Jujuy s/Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. n° 45633/99 Ordinario por daños y perjuicios y daño moral. L.A N°45 F°458/468 N°207. (El Dial)

<sup>369</sup> Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 320 - "CHAILA EDUARDO c/ PROVINCIA DE TUCUMAN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Sala 3 - 30/09/2002. (El Dial).

mayor. Hemos visto que no siempre fue fácil ni indiscutido que el Estado, en cualquiera de sus formas, pueda resultar responsable ante el daño causado a los particulares.

De pasar a ser súbditos de un Estado que todo lo podía, y que no era responsable por sus acciones, nos encontramos ante una realidad diferente: el Estado puede incurrir en conductas que acarreen su responsabilidad y la consecuente pretensión resarcitoria derivada del daño causado, ya sea por su accionar lícito o ilícito, y en este último caso, por acción u omisión.

Y en la jurisprudencia fue donde se forjaron los cimientos de una teoría que luego, como sucedió en nuestro país, se reflejó, en su mayoría, en una ley formal, la N° 26944.

Si bien existen diversas opiniones aún sobre cuestiones planteadas, tales como la constitucionalidad o no de la limitación de la indemnización en el caso de actividad lícita, con exclusión del lucro cesante, creemos que todo ello es aún incipiente, toda vez que es muy prematura la sanción de la norma, y la cantidad de pronunciamientos aún no resulta suficiente como para realizar un análisis acabado del impacto de esta ley.

No obstante ello, creemos que la CSJN tendrá oportunidad de decidir sobre muchas de las cuestiones planteadas sobre la ley y allí será donde deberemos estar atentos, en especial sobre posibles planteos de inconstitucionalidad.

## **Tarea 10**

### **Análisis particular de la sistemática en la provincia de Buenos Aires y sus municipios: antecedentes y situación actual.**

Seguidamente haremos un análisis particular de la provincia de Buenos Aires y sus municipios, en lo referente a sus antecedentes normativos y la situación actual de la jurisprudencia.

#### **1. Provincia de Buenos Aires.**

##### **1.1. Jurisprudencia.**

Cabe considerar que, tal como lo hemos expresado con anterioridad, no hemos encontrado gran cantidad de precedentes en relación a la situación actual, es decir, aplicando la nueva ley, exponiéndose a continuación una serie

de parámetros que constituyen los puntos esenciales de la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte Provincial en materia de responsabilidad del Estado:

### **1. Distinción entre las personas jurídicas públicas y del funcionario**

- Sin necesidad de imputar a persona física determinada la comisión u omisión de los actos necesarios para el regular desempeño de la función pública encomendada, la responsabilidad del Estado resulta indistinta y no meramente subsidiaria de la del funcionario -autor del comportamiento ilícito imputable- por lo que puede ser traído a juicio directamente sin intervención de aquél.<sup>370</sup>
- Los funcionarios actuando en el ejercicio de su tarea son órganos del Estado, y con factor de atribución objetiva, que se trasunta a través de las denominadas "faltas de servicio", ello con fundamento en la hermenéutica del artículo 1112 del Código Civil por lo cual se denota la construcción de un sistema de responsabilidad estatal con imputación directa.<sup>371</sup>

### **2. Responsabilidad por actividad ilícita**

- "La acción incoada contra la Provincia de Buenos Aires atribuyéndole la íntegra responsabilidad en el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en los establecimientos de explotación del actor, debe prosperar, en tanto el propio accionar del Estado, como encargado de volcar el tratamiento de excedentes hídricos provenientes de otras provincias, es la única causa adecuada del daño, sin que exista conducta o interferencia del nexo causal - actuación de provincias vecinas-. La condición puesta por el agente a partir de los factores constructivos y de manejo de las obras de canalización hechas por la Provincia son las que, en caso de no

---

<sup>370</sup> Fallo SCBA: A. ,R. C. contra F. d. I. P. d. B. A. y o. D. y p., 1/7/2015, V. A. c/F. d. I. P. d. B. A. s/Accidente de trabajo, 24/5/2006.

<sup>371</sup> Fallo SCBA: A. ,R. C. contra F. d. I. P. d. B. A. y o. D. y p. , 1/7/2015, Giménez, Bonifacio c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios, 23/12/2003.

haber existido, no hubieran producido el desborde hacia la zona donde se encuentran emplazados los establecimientos dañados.”<sup>372</sup>

Resulta ilustrativo realizar una selección de supuestos de hecho en los cuales la Corte Federal se ha expresado, en relación con la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por su actividad ilícita:

- “Las irregularidades procesales que se manifestaron en los juicios tramitados ante la justicia provincial y nacional comportan el cumplimiento defectuoso de diligencias sustanciales del proceso que comprometen, por una parte, la responsabilidad personal de los órganos actuantes (art. 1112 del Código Civil) y, por otra parte, la responsabilidad directa por la actuación de aquéllos tanto de la Provincia de Buenos Aires como de la Nación, pero bien entendido no en el marco del denominado "error judicial" (que sólo puede ser concebido a propósito del ejercicio de la potestad juzgadora de los jueces, lo que no ha estado en juego en el sub lite), sino en el espacio de los errores "in procedendo" cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia. En esas condiciones, es aplicable la doctrina del tribunal en el sentido de que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causa su incumplimiento o su irregular ejercicio" (Fallos: 307:821; 318:845).”<sup>373</sup>

- “El embargo dispuesto por el juez interviniente fue anotado por error en el folio real matrícula 6746 del partido de Rojas, en virtud que "el registrador confundió el número de inscripción con el número de partida".-

Como consecuencia de ello, sobre la base de información errónea, el ejecutado transfirió el inmueble del que era propietario, lo que en

---

<sup>372</sup> Fallo SCBA "Rimasa S.A. Agropecuaria, Comercial, Financiera e Inmobiliaria c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", 19/2012/2012.

<sup>373</sup> Fallo CSJN "Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" - CSJN - 23/05/2006.

definitiva ocasionó el desplazamiento del embargo trabado en resguardo del crédito de la actora.-

- Este Tribunal ha resuelto reiteradamente que "quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular" (conf. Fallos: 315:2865 y sus citas; 316:2136 y 321:2144).-
- En este sentido, los antecedentes reseñados revelan que la provincia incurrió en incumplimiento o ejecución irregular del servicio registral a su cargo."<sup>374</sup>
- "Esta Corte ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706)."<sup>375</sup>
- Cabe destacar que el máximo tribunal provincial ha interpretado que los recaudos de procedencia para la responsabilidad del Estado por su actuación ilícita son: a) que el daño sea efectivo, b) evaluable económicamente, c) individualizado, d) que sea consecuencia del accionar de aquel; mientras que, para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita, los recaudos son: a) existencia de daño cierto, b) relación de causalidad, c) imputación

---

<sup>374</sup> Fallo CSJN "Vicente, Adriana Elizabeth c/ Buenos Aires, Provincia de y otros" - CSJN - 30/09/2003

<sup>375</sup> Fallo "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios" - CSJN - 06/03/2007



de los daños a la persona jurídica estatal, d) sacrificio especial, e) ausencia del deber jurídico de soportar el daño.<sup>376</sup>

## **2. Responsabilidad de los municipios en la Provincia de Buenos Aires:**

La Suprema Corte provincial ha reconocido la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por ejercicio de actividad lícita, “en supuestos como los de daños consecuencia de la revocación de un permiso para edificar, dispuesta en ejercicio de una facultad legítima de la autoridad municipal, daños generados a quienes desarrollaban actividades extractivas para la fabricación de ladrillos provocados por una ordenanza municipal que erradicó del Partido todas las industrias de esa naturaleza, daños y perjuicios derivados de la revocación del contrato administrativo de concesión por el que una municipalidad había otorgado a un particular un inmueble fiscal con destino a la explotación de juegos acuáticos, y de daños y perjuicios sufridos por una sociedad que explotaba una cantera oportunamente habilitada como consecuencia de una ordenanza municipal que dispuso que deberían cesar automáticamente las canteras que se encontraran fuera de determinadas condiciones especificadas, situación en la que se encontraba la reclamante.”<sup>377</sup>

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios municipales, la Constitución provincial, establece en su artículo 194 que “Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes.

La ley determinará las causas, forma y oportunidad de destitución de los municipales, funcionarios y empleados, que, por deficiencias de conducta o incapacidad, sean inconvenientes o perjudiciales en el desempeño de sus cargos.

## **3. Normativa provincial:**

Por su parte, en cuanto a la facultad normativa de la provincia de Buenos Aires, cabe remarcar que la Constitución provincial en el artículo 103,

---

<sup>376</sup> Calonje, Diego,...op cit. P. 585/586.

<sup>377</sup> Calonje, Diego “Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires”, en “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944”, dirigido por Pedro Aberastury, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 566.

pone en cabeza del Poder Legislativo la atribución de “dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas y tesoreros de la Provincia y sus municipios” (inc.7); y de “Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos” (inc. 8).

A su vez, la Ley N° 5708 General de Expropiaciones de la provincia de Buenos Aires, establece que las indemnizaciones deben ser fijadas en dinero y con expresión de los precios o valores de cada uno de los elementos tomados en cuenta para fijarlos. Además comprenderán el justo valor de la cosa o bien a la época de la desposesión y los perjuicios que sean una consecuencia forzosa y directa de la expropiación. También debe comprender los intereses del importe de la indemnización, calculados desde la época de la desposesión, excluido el importe de lo depositado a cuenta de la misma. No se pagará lucro cesante. El valor histórico, artístico y panorámico del bien expropiado, podrá ser indemnizado cuando sea el motivo determinante de la expropiación. El valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido sino hubieren sido declarados de utilidad pública, o la obra no hubiera sido ejecutada o autorizada.

Además establece que la indemnización de las cosas inmuebles será la resultante del análisis concurrente de los siguientes elementos de juicio:

- a) Precio que se abonó en la última transferencia del dominio;
- b) Valuación asignada para el pago de la contribución directa;
- c) Diligencias del último avalúo practicado por la Dirección de Catastro;
- d) Las ofertas fundadas hechas por el expropiante y el expropiado;
- e) Valor de las propiedades linderas similares en cuanto a situación, superficies y precios abonados en el transcurso de los últimos cinco años;
- f) Valores registrados en los Bancos oficiales de la localidad;
- g) Valores registrados en las subastas judiciales y particulares por martillero público, en la zona de ubicación del bien;
- h) Al valor de su productividad durante los últimos cinco años.

## Relevamiento del sistema presupuestario en la materia

### Indemnizaciones: análisis según el tipo de responsabilidad y su incidencia en las finanzas públicas provinciales.

#### 1. Doctrina

Resulta interesante la descripción que realiza Perrino<sup>378</sup>, acerca de la existencia de dos tesis que reflejan las posturas existentes alrededor de esta cuestión.

Una de ellas, de carácter restrictivo, postula que la responsabilidad por actividad lícita del Estado sólo da lugar al pago del daño emergente. Quienes se enrolan en esta posición (Entre otros autores: Marienhoff, Hutchinson) consideran que la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre 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, los que excluyen en ese supuesto el pago del lucro cesante.

Sustentan su postura en 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 de particulares en aras del interés general. Y como en ambos supuestos el perjuicio es el resultado del ejercicio válido de una potestad ablatoria, ante el vacío normativo existente en la materia, concluyen que debe aplicarse por vía analógica la solución consagrada en la normativa expropiatoria, la cual margina la indemnización del lucro cesante.

En cambio, para los partidarios de la otra tesis, cuando el Estado ocasiona daños mediante su actuación lícita corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante (Tawil, Bianchi, Mertehikian), cuyo contenido también se encuentra amparado por el derecho de propiedad que la Constitución garantiza (arts. 14 y 17).

---

<sup>378</sup> Perrino, Pablo E. "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", publicado en la web: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar), 11/11/2009, (fecha de búsqueda 13/10/2015)

Entienden que la falta de un texto legal expreso que establezca la extensión del cuántum resarcitorio no autoriza a efectuar una aplicación extensiva por vía analógica de las disposiciones de la Ley de Expropiaciones.

Aberastury opina que no resulta necesaria la existencia de una disposición constitucional expresa reguladora de la extensión del resarcimiento, sino que la CSJN resulta la intérprete final de la Carta Fundamental y ella tiene establecido que el principio de la reparación integral tiene base constitucional.

Tal como señala Comadira, cuando la Constitución contempla el derecho de propiedad, procura asegurar que cuando él es afectado, el damnificado reciba una indemnización justa, pero difiere la determinación del contenido de ésta a la reglamentación legal.

Señala este autor que la reglamentación legal de la expropiación y el concepto que le da fundamento – sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común, está destinada a tener en este aspecto, como enseñó Marienhoff, una fuerza expansiva suficiente, como para considerar incluida en ella, genéricamente, todo supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita.<sup>379</sup>

## 2. Jurisprudencia

El primer precedente que traemos es el fallo “**Los Pinos**”<sup>380</sup>. En este caso, la Corte Federal decidió que corresponde que se indemnice al propietario de un hotel alojamiento por horas, por habersele revocado la autorización que le habían concedido para habilitarlo en un inmueble de propiedad privada, siendo inaplicable la doctrina referente a autorizaciones, permisos, concesiones de ocupación o uso de bienes de dominio público, en los que se encuentra ínsita la precariedad.

Entendida la procedencia de la indemnización, se interpretó que la misma solamente debía alcanzar el denominado daño emergente, consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que la habilitación sería mantenida, pero con exclusión de todo valor o ganancias

---

<sup>379</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, publicado en la web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/>. (fecha de consulta: 13/10/2015)

<sup>380</sup> CSJN “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” 22/12/1975.

frustradas como lucro cesante, teniendo en cuenta que no hay enriquecimiento de la entonces Municipalidad que dispuso la medida.

Posteriormente, en el ya citado caso “**Cantón**”, la CSJN reafirmó la denominada tesis restrictiva, sosteniendo que el resarcimiento por la imposibilidad de cumplirse la compraventa internacional celebrada, porque la mercadería objeto de la misma no podía despacharse a plaza en virtud de la normativa vigente, debe comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debe extenderse a todos los gastos hechos en los contratos celebrados a crédito documentado y compraventa y el precio abonado por la mercadería retenida -la cual queda así abandonada en beneficio del Estado, con exclusión de las ganancias que podría haber obtenido en la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo. La CSJN para así resolver emplea en este fallo la remisión a la Ley N° 21499 que regula el instituto de la expropiación.<sup>381</sup>

En el resonante caso “**Metalmecánica**”<sup>382</sup>, la CSJN falló diciendo que corresponde declarar la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, a raíz de la irrazonable suspensión del régimen de promoción de la industria automotriz a que la actora tenía derecho. No se justifica que se apliquen en el caso las limitaciones de la indemnización en materia expropiatoria ya que ha existido en la actuación administrativa una desviación del bien público, con menoscabo del derecho de propiedad. No corresponde, en cambio, indemnizar por el valor llave o valor empresa en marcha si, analizadas las circunstancias del caso, no existían posibilidades productivas en la empresa actora.

En el caso “**Sanchez Granel**”<sup>383</sup>, la CSJN estableció los siguientes parámetros, vinculados con el alcance de la reparación:

- La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con

---

<sup>381</sup> Ley 24.499 ARTICULO 10. — 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.

<sup>382</sup> CSJN “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación.”1976. 296, P. 672

<sup>383</sup> CSJN “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, T. 306, P. 1409.

exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas.

- El principio que establece la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares se traduce en el derecho a 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, quizás, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular. La ley de obras públicas no contiene normas que releguen, en el caso, el lucro cesante, ni cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la ley de expropiaciones. No sólo porque ésta exime expresamente al Estado del aludido deber, sino porque la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio.
- De la disidencia de dicho pronunciamiento, también surgen elementos a destacar, tales como:
  - a) La responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privadas. Ello así en atención a la naturaleza del contrato de obra pública, típicamente administrativo, el cual se distingue de los acuerdos privados por la finalidad de bien común que determina la contratación y autoriza un régimen de prerrogativas, entre las que se cuenta la potestad del comitente para resolver el contrato. Al Estado le está permitido revocar directamente por razones de mérito, oportunidad o conveniencia de carácter general, no siendo menester que este poder de revocación se establezca expresamente en el contrato.

- b) No se dan los extremos de ilicitud administrativa en el accionar de la demandada Dirección Nacional de Vialidad que tornen ilegítima su decisión, ya que el Estado, en cumplimiento de su fin público, tiene el poder, si el interés general así lo requiere, de desistir de la realización de una obra pública fundándose en razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 de la Ley N° 19.549).

Nuevamente, en el caso “**Motor Once**”<sup>384</sup>, la CSJN volvió a determinar que tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, no procede el resarcimiento del lucro cesante.

También podemos destacar el caso “**Juncalán**”<sup>385</sup>, en el cual la CSJN cambió nuevamente el criterio, definiendo que:

- Debe incluirse el lucro cesante en la indemnización por actividad lícita de la Administración, si el perjuicio patrimonial sufrido está conformado principalmente, por el lucro cesante, por lo que excluir totalmente dicho rubro significaría otorgar una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad.
- Deben ser tenidas como circunstancias excepcionales que permiten apartarse del principio general según el cual no corresponde la indemnización del lucro cesante en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, aquellas situaciones en las cuales la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad.
- El principio general de no admitir la inclusión del lucro cesante en la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, no debe ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones y sin tener en cuenta las características particulares de cada caso.
- Tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causan perjuicios a particulares, aparece como contradictorio con una

---

<sup>384</sup> Fallo CSJN “Motor Once, SAC e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.”, 9/5/1989.

<sup>385</sup> Fallo CSJN “Juncalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios. 23/11/1989 T. 312, P. 2266”

interpretación sistemática de la actividad administrativa, atribuirle responsabilidad por el lucro cesante, que es propia de los supuestos de responsabilidad extracontractual.

- Los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas. Tal principio se traduce en el derecho a una indemnización plena, que sólo podría encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular.

A su vez, el máximo tribunal, en decisiones subsiguientes, enriqueció la doctrina dictada hasta aquí, agregando los siguientes criterios:

- De la base normativa que brindan los arts. 3100 y 3101, en concordancia con los arts. 3097, 3098, 2650 in fine y otros del Código Civil es posible deducir que la reparación de los perjuicios causados por los anegamientos que afectaron los campos de los actores debe ser plena, comprendiendo tanto la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes (daño emergente) como la frustración de ventajas económicas esperadas (lucro cesante)<sup>386</sup>
- Corresponde condenar a la Provincia de Buenos Aires al pago de la indemnización del lucro cesante si existe relación causal entre el obrar de los organismos de la misma y los hechos generadores de los daños en el establecimiento agrícola - ganadero de la actora.<sup>387</sup>
- De la base normativa que brindan los arts. 3100 y 3101, en concordancia con los arts. 3097, 3098, 2650 in fine y otros del Código Civil, es posible deducir que la reparación de los perjuicios causados por los anegamientos que afectaron los campos de los actores, debe

---

<sup>386</sup> CSJN "Prada, Iván Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios." 16/06/1993, T. 316, P. 1465.

<sup>387</sup> CSJN "Estancias Marré SAIAF. e I. c/ Provincias de Córdoba, La Pampa y Buenos Aires s/ daños y perjuicios. 16/06/1993 T. 316, P. 1428.



ser plena, comprendiendo tanto la "pérdida o disminución de valores económicos ya existentes (daño emergente) como la frustración de ventajas económicas esperadas (lucro cesante).<sup>388</sup>

- La Corte Federal, en el comentado precedente “**El Jacarandá**”, afirmó que corresponde confirmar la sentencia que -al hacer lugar al resarcimiento de daños y perjuicios por la revocación de la adjudicación de una emisora- no reconoció el lucro cesante, pues la actora nunca explotó la licencia, ni realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación, por lo que no se probó una concreta privación de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas.<sup>389</sup>
- La condena al Estado por los daños y perjuicios ocasionados por su actividad lícita no alcanza la reparación por lucro cesante.<sup>390</sup>

### **3. Regulación de la Ley 26944**

Podemos aseverar que actualmente, con la sanción de la Ley N° 26944, la cuestión de la extensión o el alcance de la indemnización por la actividad lícita del Estado ha sido zanjada; ello así, toda vez que el artículo 5° de la ley puso fin a un debate doctrinario y jurisprudencial que versaba sobre si debía alcanzar el daño emergente o ampliarse al lucro cesante. Con respecto al alcance de la indemnización, la doctrina y jurisprudencia casi unánimemente se inclinaban por entender que debía ser una reparación integral, incluyendo ambos rubros.

El artículo 5° de la Ley N° 26944 reza: “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

---

<sup>388</sup> CSJN “Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios. D. 116. XXI. Discam S.A. c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios. D. 470. XX. Don Santiago SCA. c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios. 16/06/1993 T. 316, P. 1335. (Voto del Dr. Julio S. Nazareno)

<sup>389</sup> Fallo CSJN “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento. 28/07/2005. T. 328, P. 2654.

<sup>390</sup> CSJN “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/daños y perjuicios.” 09/06/2009 T. 332, P. 1367 (Voto de la Dra Elena I. Highton de Nolasco. -De su voto en el precedente "El Jacarandá S.A" (Fallos: 328:2654), al que remitió.

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.”

#### **4. Consideraciones**

Sobre este ítem fundamental en la regulación de la responsabilidad estatal, podemos aseverar, que contar con una norma que regule expresamente cuáles son los rubros indemnizables en cada caso, brinda una mayor previsibilidad en el impacto de las cuentas públicas, ello atento que Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, podrá informar cuáles son los juicios en trámite y eventualmente el Ministerio de Economía podría tener una mayor previsibilidad presupuestaria como consecuencia de contar con precisiones sobre el costo que acarrearía erogar las indemnizaciones por daño emergente, excluyendo el lucro cesante, que en la mayoría de los casos el quantum está sujeto a la apreciación judicial.

Esto va en sintonía con los objetivos de la Ley 13767 de Administración Financiera de la provincia de Buenos Aires (al igual que su par nacional, la Ley 24156)<sup>391</sup>, en el sentido de desarrollar sistemas que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero de la Provincia, para evaluar la gestión de los responsables de cada una de las áreas competente y lograr en definitiva una programación presupuestaria realista y de ejecución lineal, de acuerdo a los principios informados por dicho plexo normativo financiero.

#### **Tareas 5, 6 y 8**

- **Elaborar un resumen de cada uno de los sistemas y fuentes relevados, efectuar el análisis de sus puntos en común y principales diferencias que puedan detectarse como base para las propuestas y consideraciones finales previstas en la etapa siguiente.**

---

<sup>391</sup> Artículo 4º, inciso d)

- **Relevar los procedimientos a partir de las normativas que los establecen y rever si las mismas otorgan flexibilidad a los organismos competentes para actuar ágilmente ante pretensiones que se presenten como procedentes.**
- **Evaluar la agilidad del actual procedimiento, con particular mira en su eficacia y eficiencia.**

### **1. Consideraciones Finales:**

Conforme fue desarrollándose el presente, corresponde agrupar las tareas precedentemente mencionadas en el capítulo correspondiente a las consideraciones finales, ya que en esta etapa, luego de haber desarrollado los puntos pertinentes, se expondrá el resumen de cada sistema relevado, analizando puntos en común y principales diferencias con respecto a la Ley N° 26944.

Asimismo, evaluaremos los procedimientos existentes a partir de la normativa y la jurisprudencia, proponiéndonos mencionar los puntos destacados tanto de la normativa, como de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, para elaborar los Ejes para una futura reforma legislativa en la provincia de Buenos Aires:

De acuerdo a lo analizado, corresponde concluir que una futura reforma legislativa en la provincia de Buenos Aires, debería incluir algunos puntos de la Ley N° 26944, como se expondrá a continuación, así como otros puntos destacados relevados del derecho comparado, que por la idiosincrasia propia de la provincia permiten incluirlos en la legislación:

#### **i. Alcances del futuro marco normativo provincial**

La ley regirá la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, siendo la responsabilidad del Estado objetiva y directa.

En efecto, se trata de una materia del derecho público local y no choca con el nuevo Código de fondo, según lo consignado en el artículo 1765, y atento que la regulación de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias del derecho administrativo, responde a la autonomía adquirida

por esa materia respecto del derecho privado, en concordancia con la jurisprudencia sentada en el caso “Barreto”.

**ii. Aplicación analógica del Código Civil y Comercial:**

Establecer que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, en concordancia con lo estipulado por el artículo 1764 del Código Civil y Comercial, que expresamente excluye la aplicación, tanto de manera directa como subsidiaria, de sus disposiciones a la responsabilidad del Estado.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios. Respecto de este punto, anteriormente, encontrábamos el instituto de las denominadas astreintes en el artículo 666 bis del entonces Código Civil, figura esencialmente de carácter procesal. En el nuevo Código, el artículo 804 in fine, expresamente estipula que “la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo”.

**iii. Eximentes de responsabilidad:**

Conforme lo establece el artículo 2º de la Ley N° 26944, corresponde eximir 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.

Sobre este punto la normativa expresamente exime de responsabilidad al Estado por caso fortuito a fuerza mayor. Esto va en sintonía con la opinión de la doctrina y jurisprudencia analizada. Cabe mencionar, según el derecho comparado analizado, y a título comparativo, que el artículo 139.1 de la Ley española N° 30/92 no abarca al caso fortuito.

**iv. Requisitos de la responsabilidad por actividad ilegítima:**

Establecer como requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado por actividad (e inactividad) ilegítima, los siguientes:

a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. A diferencia de lo que establece la Ley N° 26944, se agregaría como requisito que el daño además de cierto, debería ser actual, conforme jurisprudencia analizada<sup>392</sup>, amén de diferir en la redacción del art. 4 de la Ley;

b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

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 sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

La enunciación taxativa de los requisitos tiene sustento en la jurisprudencia imperante en nuestro país analizada, así como en la mayoría de los países estudiados, por lo que la futura reforma legislativa debería incluirlos.

Desde hace mucho tiempo la Corte Suprema expresó que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (Fallos 306:2030). Esta idea constituye el conocido concepto de “falta de servicio”<sup>393</sup>.

Agregaríamos a lo dicho, la exigencia que sea la Administración quien deberá probar la inexistencia de antijuridicidad (similar al artículo 141.1 de la Ley N° 30/92 de España).

#### **v. Requisitos de la responsabilidad por actividad legítima:**

Establecer como requisitos para que se configure la responsabilidad estatal por actividad legítima, los siguientes:

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;

---

<sup>392</sup> Fallo “Sabatucci Claudio Luis Mariano c/ EN-SIDE-Dto 1088/03 1386/06 s/empleo público” – CNACAF – SALA III – 18/02/2015. Publicado en El Dial AA8F0F.

<sup>393</sup>. Causa 1.304/2012, Belaustegui Laura María c/ EN-AFIP-DGI s/Daños y Perjuicios – CNACAF- Sala III.

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.

Corresponde mencionar, que coincidimos con la redacción dada al artículo 4 de la Ley N° 26944, en cuanto se ha establecido una valoración más estricta del nexo causal, para el supuesto de actividad legítima, en tanto que se requiere un concepto de inmediatez.

#### **vi. Alcance de la indemnización:**

##### **a) por actividad legítima:**

Coincidimos con lo dispuesto por la normativa nacional en cuanto a que 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 debe comprender 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 alcances de la indemnización es un tema muy debatido. Sobre este punto, adherimos a lo estipulado en el artículo 5° de la Ley N° 26944, inclusive que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante, tomando en su totalidad las limitaciones que también encontramos en la ley de expropiación.

Para calcular el quantum de la indemnización, resulta ilustrativo el procedimiento que se sigue en España: *La indemnización se calculará de acuerdo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa*<sup>394</sup>, *legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.*

---

<sup>394</sup> Ley de Expropiación Forzosa del 16 de Diciembre de 1954. Con relación a los criterios de valoración el art. 25 de la mencionada ley dispone "Una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar su justo precio. El capítulo III de la mencionada ley trata de "la determinación del justo precio." A saber:

En lo atinente a los supuestos de daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización. Respecto de este supuesto, el mismo es conteste tanto en las decisiones de Tribunales nacionales, como extranjeros, según lo analizado, requiriéndose que se pruebe y se declare la ilegalidad de la decisión judicial.

En lo referente al grupo de casos vinculados con la responsabilidad del Estado por error judicial, es dable recordar aquí el criterio de la Corte Federal que sostiene que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial, en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño, sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues, antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta pasada en autoridad de cosa juzgada, impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.<sup>395</sup>

### ***b) por actividad lícita***

#### **vii. Responsabilidad de los prestatarios de servicios públicos:**

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.

En el mismo sentido se vino expresando la jurisprudencia, al afirmarse que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido

---

La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo seguirá el procedimiento.

En este último caso, la Administración requerirá a los propietarios para que en el plazo de veinte días, presenten hoja de aprecio, en la que se concrete el valor en que estimen el objeto que se expropia (art. 29). La Administración expropiante habrá de aceptar o rechazar la valoración de los propietarios (art. 30). Si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se pasará el expediente de justiprecio a un Jurado provincial de expropiación (art. 31). El Jurado de expropiación, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación, en el plazo máximo de ocho días (art. 34). La resolución del Jurado de expropiación habrá de ser necesariamente motivada, razonándose los criterios de valoración seguidos por el mismo en relación con lo dispuesto en la Ley. Dicha resolución, que se notificará a la Administración y al propietario, agotará la vía administrativa y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo (art. 35). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1954-15431>.

<sup>395</sup> Fallo CSJN "Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina", 14/6/1988.

establecido, y es responsable de los perjuicios que cause su cumplimiento o ejecución irregular.<sup>396</sup>

**viii. Prescripción. Plazos:**

Corresponde adherir, o bien reiterar en la eventual norma que fuera a dictarse en la Provincia de Buenos Aires, al artículo 7º de la Ley Nº 26944 respecto del plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, siendo de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

**ix. Responsabilidad por actividad normativa:**

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

Agregamos que deben darse ciertos requisitos para que se establezca la responsabilidad de la Administración en este supuesto especial, como ser que haya un daño injusto, y que la Administración lesione un derecho subjetivo de la víctima, lo cual resultará indemnizable (en el mismo sentido se inclina la legislación de Italia y Uruguay).

**x. Responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones:**

La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

Encontramos razonable que, al igual que el marco nacional, la pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años. Asimismo, que la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

---

<sup>396</sup> En ese sentido se ha pronunciado la CSJN en Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:1881, 3065; 330:563, 2748 y 331:1690, entre otros.



En este punto, resulta oportuno recordar lo normado en el Tratado de Roma, donde se exige para generar la responsabilidad de la Unión por la conducta de sus funcionarios que la actuación del agente sea “en el ejercicio de sus funciones”; reafirmando esto, la Corte Europea<sup>397</sup> En la sentencia del caso "Sayag" afirmó que “...la Comunidad no es responsable más que de aquellos actos de sus agentes que en virtud de una relación interna y directa constituyen la prolongación necesaria de las misiones confiadas a las instituciones”; agregando asimismo que el perjuicio debe derivarse de forma suficientemente directa del comportamiento reprochado.

En los casos de responsabilidad por “falta personal”, para que un funcionario sea civilmente responsable frente a la víctima de un daño o frente a la Administración es necesario que haya cometido una “falta personal”. Las faltas personales pueden reducirse a dos categorías:

- a) Hay "falta personal" porque se excluye "falta de servicio", por ejemplo cuando el acto incriminado no tiene nada que ver con el servicio.
- b) La "falta personal" se comete en servicio o en ocasión del mismo.

Conforme la postura de la intención (teoría subjetiva) comete “falta personal” el funcionario que persigue un fin malicioso, doloso o puramente personal, como cuando un agente de policía incurre en malos tratos para satisfacer una venganza o cuando se usan con fines personales (Conforme doctrina y jurisprudencia de Uruguay).

Agregaríamos finalmente a la regulación propiciada, una acción de repetición hacia los funcionarios que hayan causado el daño, similares previsiones a las del artículo 25 de la Constitución de Uruguay, que dispone que “*Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio en caso de haber obrado con culpa grave o dolo el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación*”.

Como puede apreciarse, la repetición es una facultad que puede o no ejercerse, es facultativa para las autoridades administrativas. La responsabilidad del funcionario es subsidiaria y eventual, y a diferencia de la

---

<sup>397</sup> Ver casos “Sayag” y “Meyer” tratados precedentemente.

responsabilidad del Estado, requiere que sea probado el elemento subjetivo de la culpa.

**xi. Responsabilidad contractual:**

La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplicará en forma supletoria la ley que se dicte.

Adherimos también al supuesto que enuncia que las disposiciones de la ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador, ya que el empleo público goza de un marco jurídico con un esquema, principios y reglas de una lógica totalmente distinta a lo analizado en el presente trabajo.

**xii. Adhesiones municipales:**

Por último, para una uniformidad legislativa en el ámbito provincial y asimismo en pos de respetar la autonomía de los municipios, corresponde invitar a estos entes a adherir a los términos de la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos, siguiendo de esta forma la misma lógica prevista en el dispositivo nacional.

**2. Palabras finales:**

Llegado este punto, resulta oportuno afirmar que a nuestro entender no corresponde una adhesión lisa y llana a la Ley N° 26944, sino que deberá tomarse a ésta como una Ley Nacional de presupuestos mínimos en materia de responsabilidad estatal, ampliando sus alcances de acuerdo a los lineamientos esbozados en los párrafos anteriores y adaptándola a las particularidades institucionales, normativa e idiosincrasia propia de este Estado provincial.

En este sentido, destacada doctrina ha considerado que esta materia resulta propia del derecho público y que “nada obsta, a efectos de preservar el Estado de Derecho, que se instituya una regulación que unifique postulados como manifestación del principio de igualdad.

Se postula, entonces, la necesidad de establecer un marco básico nacional, sentando el concepto de presupuestos mínimos, que sin afectar las

autonomías provinciales, contenga los principios generales de las diversas responsabilidades.

Finalmente, esta solución propiciada debe enmarcarse en lo proclamado por los fundadores de nuestra Patria, quienes sentaron las bases normativas para afianzar el modelo federal y republicano de gobierno, donde la máxima de la “unidad en conjunto con la diversidad” que inspiró aquel modelo, hoy debe cobrar más vigencia que nunca.