UNIVERSIDAD AUSTRAL

Repositorio Institucional

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL DERECHO CIVIL
Teoría de la pertinencia normativa

Cuadros, Oscar Alvaro

Facultad de Derecho
Tesis Doctoral

Este trabajo se encuentra en el Repositorio Institucional de la Universidad Austral

Repositorio Institucional

OSCAR ALVARO CUADROS

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL DERECHO CIVIL

Teoría de la pertinencia normativa

Tesis Doctoral

(presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral
para optar al título de Doctor en Derecho)

Director de tesis: Prof. Dr. Alberto B. Bianchi

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2007

Repositorio Institucional

A Valle.

A mis tesoros
Cande, Luli y Francisco.

A mis padres, Oscar y Mirta.

En memoria de Julio R. Comadira,
dilecto maestro, eximio jurista,
hombre justo y generoso amigo.

Repositorio Institucional

ÍNDICE GENERAL:

AGRADECIMIENTOS Y ALGUNA ACLARACIÓN..... 17

ABREVIATURAS UTILIZADAS 19

INTRODUCCIÓN 21

CAPÍTULO I
EL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS POSTULADOS

1) INTRODUCCIÓN: EL *ARRÊT* BLANCO COMO MODELO ORIGINAL 33

2) ESTADIO EVOLUTIVO PREVIO AL CASO BLANCO: 34
   a. El derecho inglés 34
   b. El derecho francés 37

3) FRANCIA: ENTORNO POLÍTICO Y JURÍDICO..... 41
   a. División de poderes 41
   b. El rol del Consejo de Estado..... 44

4) EL CASO Y SU CONTEXTO FÁCTICO 46
   a. Un caso que clama justicia..... 46
   b. *Hard cases made bad law* 48

5) CONCLUSIÓN: DIVISIÓN DEL DERECHO E IDEA DE JUSTICIA 51

Repositorio Institucional

CAPÍTULO II
INFLUENCIA DEL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO

1) INTRODUCCIÓN: CUESTIONES A CONSIDERAR 53

2) ETAPA FUNDACIONAL: VIGENCIA DE LAS NORMAS CIVILES 55
   a. Apreciaciones de Lucio López 55
   b. Tesis de Rodolfo Bullrich 56
   c. Responsabilidad y proceso administrativo 61
   d. Observaciones preliminares 64
   e. Tesis del profesor Rafael Bielsa 66

3) ETAPA INTERMEDIA: BASES DEL MODELO IUSPUBLICISTA 68
   a. La tesis de Bielsa frente al precedente "Devoto" 68
   b. Condición pretoriana o normativista del fallo 73
   c. Observaciones sobre la tesis de Bielsa 74
   d. Legislación y jurisprudencia posterior 76
   e. Doctrina posterior 81
   f. Aspectos relevantes del periodo abordado 84

4) ETAPA ACTUAL: CONSOLIDACIÓN DE LA *FALTA DE SERVICIO* 86
   a. Enfoques iuspublicistas 91
      a.1. Objetivista 91
      a.2. Subjetivista 101
      a.3. Mixto 105
   b. Enfoques iusprivatistas: 106
      b.1. Dualidad resarcitoria 106
      b.2. Unidad resarcitoria 107
   c. Enfoque integral 114

5) CONCLUSIÓN: BALANCE PROSPECTIVO 119

Repositorio Institucional

CAPÍTULO III
EXAMEN DEL DERECHO EXTRANJERO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA FAMILIA DEL *COMMON LAW*

1) INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO Y LÍMITES DEL ANÁLISIS DEL DERECHO EXTRANJERO 129

2) SISTEMAS ANGLOSAJONES: INGLATERRA 132
   a. Marco legal, doctrina y precedentes 132
      a.1. Perspectiva comunitaria 132
      a.2. Perspectiva local 134
      a.3. Responsabilidad por actividad judicial 141
      a.4. Responsabilidad por actividad legislativa 142
      a.5. Extensión del resarcimiento 143
      a.6. Plazo de prescripción de las acciones 143
      a.7. Aspectos procesales: *C.P.A. (The Crown Proceedings Act 1947 - The Crown in litigation)* 144
         a.7.1. Ámbito aquiliano de responsabilidad 145
         a.7.2. Ámbito contractual 148
         a.7.3. Remedios y procedimiento 149
         a.7.4. Leyes que afectan a la Corona 152
   b. Balance preliminar sobre el Derecho inglés 153

3) SISTEMAS ANGLOJAJONES: ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 155
   a. Marco legal, doctrina y precedentes 155
      a.1. Problemas relativos a la jurisdicción 156
      a.2. La inmunidad soberana 160
      a.3. Responsabilidad del Estado 161
      a.4. Responsabilidad de los funcionarios públicos 167
      a.5. Doctrina de la inmunidad calificada 170
      a.6. Revisabilidad de la acción estatal 172
      a.7. Responsabilidad por actos legislativos 175
   b. Balance preliminar sobre el Derecho estadounidense 176

Repositorio Institucional

CAPÍTULO IV
EXAMEN DEL DERECHO EXTRANJERO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA

1) SISTEMAS DE BASE LEGAL FORMAL: DE CALIFICACIÓN PÚBLICA – ESPAÑA 179
a. Introducción 179
b. Legislación, doctrina y jurisprudencia 182
b.1. Caracteres generales del régimen 182
b.2. Presupuestos de la acción de daños 182
b.3. Responsabilidad por actos legislativos 187
b.4. Responsabilidad por actos judiciales 188
b.5. Extensión del deber indemnizatorio 193
b.6. Prescripción de la acción 193
c. Balance preliminar sobre el Derecho español 195

2) SISTEMAS DE BASE LEGAL FORMAL: DE CALIFICACIÓN PRIVADA – ITALIA 198
a. Legislación, doctrina y jurisprudencia 198
a.1. Aspectos introductorios 198
a.2. Fundamento constitucional 200
a.3. Responsabilidad por concesionarios 202
a.4. Responsabilidad de los agentes públicos 202
a.5. Cosas de propiedad estatal 203
a.6. Responsabilidad por actividad judicial 203
a.7. Factor de atribución de daños al Estado 204
a.8. Presupuestos de la responsabilidad 205
a.9. Responsabilidad por acto lícito 207
a.10.Responsabilidad por acto legislativo 208
b. Balance preliminar sobre el Derecho italiano 208

3) SISTEMAS DE BASE JURISPRUDENCIAL: TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS – FRANCIA 210

Repositorio Institucional

a. Introducción 210
b. Acumulación de Faltas y de Responsabilidades..... 212
c. Las acciones recursorias..... 215
d. Jurisprudencia, legislación y doctrina 218
d.1. Presupuestos de la responsabilidad..... 218
d.2. El daño..... 218
d.3. La imputabilidad 220
d.4. Responsabilidad por falta de servicio 221
d.5. Responsabilidad sin falta..... 225
d.6. Responsabilidad por falta personal 227
d.7. Responsabilidad por actos legislativos 229
d.8. Responsabilidad por actos judiciales 231
e. Balance preliminar sobre el Derecho francés..... 232

4) SISTEMAS DE BASE JURISPRUDENCIAL: TRIBUNALES JUDICIALES – ALEMANIA 234
a. Jurisprudencia, legislación y doctrina 234
a.1. Aspectos introductorios..... 234
a.2. Responsabilidad por falta 239
a.3. Responsabilidad objetiva 241
a.4. Responsabilidad por actividad legislativa 242
a.5. Responsabilidad por actividad judicial..... 242
a.6. Responsabilidad por cuasi expropiaciones..... 243
a.7. Responsabilidad por sacrificio 244
a.8. Nulificación de las consecuencias 244
b. Balance preliminar sobre el Derecho alemán 245

5) CONCLUSIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES 246

Repositorio Institucional

CAPÍTULO V
FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LOS CÁNONES DEL DERECHO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: TEORÍA DE JUSTICIA Y SISTEMA JURÍDICO 249

2) FUNDAMENTOS DE VALIDEZ 252
a. Criterio de validez del sistema jurídico:..... 252
a.1. Concepción política de la justicia..... 252
a.2. Construcción de las libertades básicas 255
a.2.1. Principios de la *justicia como equidad*..... 255
a.2.2. Contenido de las libertades básicas 257
a.2.3. Prioridad de las libertades básicas 259
a.2.4. El *valor justo* de las libertades básicas..... 260
a.2.5. Construcción de los principios 264
a.2.6. Recapitulación..... 267
a.3. Validez y estabilidad del sistema jurídico 267
b. Estructura e interpretación del sistema jurídico: 272
b.1. Fundamento del sistema jurídico 272
b.2. Estructura del sistema jurídico 275
b.3. Interpretación del sistema jurídico:..... 280

3) CONCLUSIÓN: COROLARIOS DE LAS BASES ADOPTADAS..... 284

CAPÍTULO VI
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PERSONALIDAD JURÍDICA

1) INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA..... 287

Repositorio Institucional

2) RESPONSABILIDAD Y PERSONALIDAD JURÍDICA: 288
a. Responsabilidad jurídica: 288
a.1. Responsabilidad y antijuridicidad 288
a.2. Responsabilidad y punibilidad 292
a.3. Responsabilidad y licitud: planteo 299
a.3.1. Deber de soportar ciertos daños 301
a.3.2. Supuestos examinados 303
a.4. Responsabilidad y licitud: tesis 304
a.4.1. Caso de la expropiación 305
a.4.2. Extrapolación de sus principios 306
a.4.3. Sobre la "licitud" del acto dañoso 308
a.5. Responsabilidad y licitud: aplicaciones 311
a.5.1. Revocación por razones de mérito 311
a.5.2. Políticas arancelarias y fiscales 317
a.5.3. Obras públicas y proyectos urbanísticos 318
a.6. Conclusión 320
b. Personalidad jurídica 325
b.1. La personalidad jurídica 325
b.2. El Estado como persona jurídica 326
c. Responsabilidad de las personas jurídicas 329
c.1. Modo de imputación indirecto 329
c.1.1. Teoría de la representación 332
c.1.2. Distinción entre funcionarios y empleados 337
c.2. Factor de atribución objetivo 339

3) UNIDAD CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO *NAEMINEM LAEDERE* 344
a. Aplicación de la legislación civil 346
a.1. Construcción de justicia 347
a.2. Aplicación directa 348
a.3. Implicancias 350
a.4. Condición de la víctima 358
b. Ámbitos contractual y aquiliano 359
b.1. Responsabilidad contractual 359
b.2. Trascendencia de la distinción 361
b.3. Doctrina administrativista 363

Repositorio Institucional

b.4. Balance acerca de esta cuestión..... 365

4) CONCLUSIÓN: PERTINENCIA DE LA LEY CIVIL 365

CAPÍTULO VII
PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DOGMÁTICO NORMATIVO 367

2) ¿PRESUPUESTO DE ANTIJURIDICIDAD?..... 368

3) PRESUPUESTO DE DAÑO RESARCIBLE 370

a. Requisitos generales..... 370

b. Requisitos particulares: crítica 373

4) PRESUPUESTOS DE IMPUTABILIDAD Y ATRIBUCIÓN: 376

a. Imputación y atribución..... 376

b. Imputación por el uso de armas de fuego..... 382

c. Situación de las descentralizaciones..... 386

c.1. Entidades autárquicas..... 386

c.2. Formas societarias..... 391

c.3. Concesionarios de obras y de servicios 392

5) PRESUPUESTO DE RELACIÓN CAUSAL..... 395

a. La causalidad adecuada..... 395

b. Interrupción del nexo causal..... 400

6) PRUEBA DE LOS EXTREMOS DE LA RESPONSABILIDAD..... 404

Repositorio Institucional

CAPÍTULO VIII
FORMAS DEL DAÑO, INDEMNIZACIÓN Y ACCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE ACUERDO AL CÓDIGO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PROPUESTAS 413

2) FORMAS DEL DAÑO ESTATAL 414
   a. Daños causados por actos y hechos administrativos 414
   b. Daños causados por actos normativos 415
      b.1. Definición de acto normativo 415
      b.2. Acto normativo constitucional e inconstitucional 416
      b.3. Doctrina del sacrificio especial 418
      b.4. Consideraciones finales 421
   c. Daños causados por actos judiciales 422
      c.1. Responsabilidad penal *in iudicando* 425
      c.2. Responsabilidad penal *in procedendo* 427
      c.3. Responsabilidad civil *in iudicando* 429
      c.4. Responsabilidad civil *in procedendo* 430
      c.5. Precisiones en torno al error judicial 432
   d. Daños causados por omisiones 434
      d.1. Fundamento normativo 438
      d.2. Criterios de acotamiento 441
   e. Daños causados por cosas 446

3) EXTENSIÓN Y MODO DE LA REPARACIÓN 450
   a. Extensión de la reparación 450
   b. Modo de la reparación 456

4) LA ACCIÓN DE DAÑOS EN CONTRA DEL ESTADO 456
   a. Responsabilidad de los funcionarios públicos 457
   b. Habilitación de la instancia judicial 462
   c. Régimen de demandas contra la Nación 468

Repositorio Institucional

c.1. Etapas evolutivas y efectos de la sentencia 468
c.2. Aspectos procesales 472
d. Plazo de prescripción de la acción 475

5) CONCLUSIÓN: EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN REPARATORIA 479

CONCLUSIONES GENERALES 481

BIBLIOGRAFÍA CITADA 487

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA 523

Repositorio Institucional

AGRADECIMIENTOS Y ALGUNA ACLARACIÓN

Este libro es el resultado de un arduo esfuerzo personal que, sin embargo, hubiera resulta pobrísimo sin el concurso y la colaboración de un grupo invalorable de personas, entre las cuales quiero destacar a mi director de tesis, profesor Dr. Alberto B. Bianchi, quien con delicadeza, paciencia y enjundia me ayudó a perfilar las ideas aquí desarrolladas; al profesor Dr. Fernando Toller, por su crítica afectuosa, que tanto contribuye a la búsqueda incansable de la excelencia; y, last but not least, a mi mujer, María del Valle, quien supo acompañar y apoyar los avatares afectivos afines a las labores arduas, a ellos mi sentido agradecimiento.

Al cabo de los cinco años que ha demandado el emprendimiento científico que me permite poner este texto a consideración de sus lectores puedo decir que mi principal aprendizaje ha sido el respeto que he ganado por todos los profesores que han abordado la cuestión bajo examen y de cuyas opiniones me he valido a lo largo de estas páginas, bien para el elogio, bien para la crítica, siempre para aprender. Por esta razón esta obra carece de una intención canónica, habiéndose radicado su propósito en la presentación ante la comunidad científica de una perspectiva de análisis con pretensión de distinción respecto de los problemas lógicos, hermenéuticos y pragmáticos del sistema regulatorio de la materia abordada, problemas que han sido estudiados, en cada caso, bajo el prisma interpretativo que emana de la afirmación según la cual "... es tarea de la política someter el poder al control de la ley a fin de garantizar que se haga un uso razonable de él" –Joseph RATZIN-

Repositorio Institucional

GER, "Diálogo entre la razón y la fe, debate con Jürgen HABERMAS", publicado en LA NACIÓN, sábado 14 de mayo de 2005, suplemento *Temas de Debate*, p. 3-.

En tal sentido, el objetivo de este texto se centra en postular una teoría competitiva respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en el sistema jurídico argentino, teoría que intenta satisfacer los dos requisitos de Hawking, a saber, describir con precisión un amplio conjunto de observaciones sobre la base de un modelo que contenga sólo unos pocos parámetros arbitrarios y ser capaz de predecir positivamente los resultados de observaciones futuras.

Más allá de esta frontera, será dable afirmar junto a John Stuart Mill que "las creencias de la humanidad que cuentan con mayores garantías no poseen mayor protección que una invitación constante al mundo entero a demostrar su falta de fundamento".

Oscar A. Cuadros

Julio de 2007

Repositorio Institucional

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.A.D.A.	Asociación Argentina de Derecho Administrativo.
Arg.	Argumento
AA. VV.	Autores Varios.
AFIP	Agencia Federal de Ingresos Públicos
ANA	Administración Nacional de Aduanas
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
BCRA	Banco Central de la República Argentina
Bs. As.	Buenos Aires.
B.O.	Boletín Oficial.
C.	Contra
Cfr.	Confrontar.
Cit.	Citado.
C.N.	Constitución Nacional.
CN	Cámara Nacional.
CNCAF	Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.
Consid.	Considerando
C.S.J.N.	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
C.P.A.	*Crown Proceedings Act*
CPCCN	Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional de la Nación.
Dto. o Decr.	Decreto.
EDA	El Derecho Administrativo.
E.D.	El Derecho.
FTCA	Federal Tort Claims Act
JA	Jurisprudencia Argentina.
Inc.	Inciso.

Repositorio Institucional

L.L.	La Ley.
LRJCAP	Ley del Régimen Jurídico Común de las Administraciones Públicas
LPA	Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.
L.S.C.	Ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550.
MEOYSP	Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
RAP	Revista del Régimen de la Administración Pública.
R.D.A.	Revista de Derecho Administrativo
Res.	Resolución.
Supl.	Suplemento.
t.	Tomo.
t.o.	Texto ordenado.
TJCE o ECJ	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
U.C.C.	Universidad Católica de Cuyo.
UE	Unión Europea.
V. gr.	*Verbigratia.*
Vs.	*Versus*

Repositorio Institucional

INTRODUCCIÓN

El estudio de la responsabilidad del Estado, cuya faz extracontractual es el objeto de análisis de este trabajo, constituye uno de los capítulos centrales del derecho administrativo; afirmación cuya constatación puede lograrse tanto desde una perspectiva que considere la formación histórica del contenido dogmático de la disciplina, cuanto desde un perfil de análisis fáctico.

Con relación al primer enfoque, basta considerar que los orígenes del problema de la responsabilidad aquiliana del Estado se confunden con los del derecho administrativo como rama jurídica, de acuerdo a lo decidido por el Tribunal de Conflictos francés en el célebre *arrêt* Blanco[1]; noble origen que permite explicar su imbricación con cada uno de los contenidos usualmente acordados a la materia y los numerosos problemas hermenéuticos que afronta la doctrina local al procurar superar los condicionamientos teóricos que derivan de esos antecedentes.

En el terreno de lo fáctico, la importancia del tema en estudio resulta abonada por la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado y su problema conexo de carga indemnizatoria, conforme a su carácter relevante de propietario de cosas riesgosas, a su extenso ámbito de actuación material, por medio de hechos y

[1] T.C. 8 févr. 1873, Rec. 1 suppl, conc. DAVID, R., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, M. LONG; P. WEIL; G. BRAIBANT. Droit Public: R. CASSIN - M. WALINE, Sirey, Paris, 6 édition, 1974, p. 3.

Repositorio Institucional

omisiones, y a su gestión de los bienes económicos públicos de administración, justicia y legislación.

De conformidad a la tesis que se defenderá en esta obra, *la responsabilidad extracontractual del Estado está regida, en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica pública en atención a la unidad conceptual del principio constitucional que manda reparar los daños causados a terceros, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado –individual o corporativo- de las eventuales víctimas*.

Así, afirmar en términos *actuales*, es decir, no meramente potenciales, que la responsabilidad aquiliana del Estado *está* regida por las normas civiles, importa definir que entre esas normas y la cuestión del deber reparatorio a cargo de tal persona jurídica media una relación de adecuación que autoriza a denominar a la tesis que aquí se defiende "*teoría de la pertinencia normativa*"[2], y a contextualizarla dentro de un *enfoque jurídico integral*, prescindente de la calificación pública o privada de las normas de aplicación[3].

---

[2] De este modo, no parece que la sanción legislativa de un texto legal que regulara específicamente la responsabilidad estatal pudiera, razonablemente, apartar el contenido de sus proposiciones normativas de los estándares hoy vigentes en la legislación civil. En igual sentido, el hecho de que el análisis efectuado en este trabajo se ciña al derecho interno no obsta el reconocimiento del impacto que en la materia han tenido casos como *Cantos*, Corte I.D.H., sentencia del 28 de noviembre de 2002, y *Bulacio c. Argentina* -Corte I.D.H., sentencia del 18 de septiembre de 2003.

[3] Sostener la regulación normativa civil de la responsabilidad aquiliana estatal en el derecho argentino no implica otorgar carácter iusprivatista a tal tesis,

Repositorio Institucional

En el sentido indicado, el carácter *indirecto y objetivo* de la responsabilidad aquiliana del Estado resulta de su condición de persona jurídica pasible de ser imputada por daños causados: *a)* por actos –administrativos, legislativos y judiciales-, hechos y omisiones -formales y materiales- de sus funcionarios, en ejercicio o con ocasión de sus funciones; *b)* por hechos u omisiones materiales de sus dependientes; y, *c)* por cosas de su propiedad, o por el riesgo o vicio de las mismas; de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 33, 36, 43 y 1113 del código civil.

En el primer caso, la recepción del concepto del *intra/ultra vires*, supuesto un daño ocasionado por un acto u omisión dañosa atribuible a un funcionario público *en ejercicio* o *con ocasión* de sus funciones (mediando, en la última hipótesis, *un obrar u omitir no manifiestamente extraño a su ámbito de competencias -representación aparente-*), hace patrimonialmente responsable al Estado del pago de la indemnización debida a la victima; en caso contrario, sólo el funcionario debe responder[4]. De este modo, la existencia de una acción de responsabilidad *directa* contra el Estado -como única acción o bien en paralelo a una acción contra el *funcionario público*- se encuentra fundada en la noción de representación, sin necesidad de apelar a la teoría del órgano (arts. 33, 36 y 43 del código civil)[5]. En las otras dos hipótesis resulta de aplicación el artículo 1113 del código civil, conforme la remisión expresa del artículo 43 *in fine* del mismo texto.

---

pues la clasificación derecho público/derecho privado es asumida en esta obra de modo meramente didáctico, según se verá en la exposición posterior.

[4] Respecto a la teoría del *ultra vires* véase: William WADE & Christopher FORSYTH; *Administrative law*, eighth ed., Oxford University Press, p. 35.

[5] Así, la responsabilidad del Estado será siempre *indirecta* –responsabilidad como mandante, como empleador, o bien, como dueño o guardián de la cosa-.

Repositorio Institucional

Del modo expuesto, la tesis propuesta procura dar una respuesta sistemática a las principales cuestiones del problema de la responsabilidad extracontractual del Estado, listado de contenidos mínimos en el cual se incluye:

a) El modo en el cual la cuestión está regulada dentro del sistema jurídico, es decir, si está regida por normas generales –leyes- o por normas particulares -precedentes jurisprudenciales-. A su vez, en el primer caso, si tales normas son de derecho de fondo, o bien, reglas procesales que remiten a una legislación de fondo; y, en el caso de que se trate de normas de derecho de fondo, si dentro del sistema son calificadas como normas de derecho público o normas de derecho privado, cualquiera sea el ámbito conceptual acordado a tales sectores.

b) La definición de contenido de la *lesión resarcible*, cuestión que demanda: *i)* una respuesta al problema de la antijuridicidad del daño frente a los denominados *daños derivados de actos administrativos lícitos o de leyes constitucionalmente válidas*; *ii)* un estudio descriptivo de los tipos de daños resarcibles (material, moral, etc.) y de los modos en que el Estado puede dañar; y *iii)* un análisis de los requisitos comunes y de las condiciones particulares –v. gr. perjuicio especial en el afectado y ausencia del deber jurídico de soportar tal daño- que debe cumplir el perjuicio para ser resarcible, cualquiera sea la relevancia práctica que se acuerde a tales requisitos.

c) En estrecha relación con el *daño resarcible*, es necesario abordar dos cuestiones: *i)* el *problema normativo* del *quantum* o extensión del resarcimiento a cargo del Estado, hecho que requiere de un análisis sobre la cuestión de la denominada *indemnización justa* o *integral*, considerando la vigencia de regímenes particulares de indemnización; y *ii)* El *problema fáctico-jurídico* del modo de la reparación.

Repositorio Institucional

d) El problema del modo y las condiciones en que los actos, hechos y omisiones dañosas de los funcionarios y empleados públicos (personas físicas) pueden ser imputados al Estado (persona jurídica), cuestión que presenta dos aspectos capitales:

i) El estudio del *modo de imputación*, es decir, si tales daños le son imputables al Estado a título *directo* (mediante la adopción de la teoría del órgano o de una referencia normativa expresa), o *indirecto* (en su carácter de persona jurídica, provenga el daño de sus cosas, de sus dependientes o de sus funcionarios[6].

ii) El estudio del *factor de atribución* de esos daños, es decir, si le son atribuibles al Estado de modo objetivo[7] o *subjetivo*[8]. Debe incluirse también en este acápite el análisis de la *eximente de atribución subjetiva* presente en el estándar de representación aparente, como así también, los problemas que surgen de los daños causados por los contratistas públicos y de aquellos que se originan en las relaciones de responsabilidad entre el Estado central y las descentralizaciones.

---

[6] Tal calificación resulta dependiente de la teoría a la cual se adhiere en este trabajo respecto de la definición de la personalidad jurídica, según se precisará más adelante.

[7] Bien sea apelando a un factor objetivo de atribución del tipo de la *falta de servicio* francesa -al menos en la línea de análisis de aquellos autores que la consideran un *factor objetivo*-; o de conformidad a la teoría del *riesgo creado* por el empleo de una forma jurídica organizacional -cuando se trate de funcionarios obrando en ejercicio o con ocasión de sus funciones, mediando, en el último caso, *representación aparente*-; o por el riesgo o vicio de la cosa de la cual es dueño o guardián; o en su condición de principal del empleado público que causa el daño.

[8] Es decir, probando la culpa o el dolo del agente dañador, en aplicación del artículo 1109 del código civil; o concibiendo o aceptando la idea del obrar culpable del Estado mediante la imputación a la persona jurídica del obrar culpable del agente –cfr. artículo 1112 del código civil-.

Repositorio Institucional

iii) El análisis de la *relación causal*, cuestión que involucra dos ítems; en primer término, el estudio del nexo fáctico que debe vincular directamente al daño causado con el hecho, acto u omisión obrado por el funcionario o empleado público e indirectamente con el factor de atribución arbitrado, o, en su caso, la prueba de la calidad de dueño o guardián de la cosa riesgosa; y, en segundo término, la cuestión de las *eximentes objetivas*, es decir, aquellos eventos o circunstancias que impiden o limitan la cadena de atribución causal, a saber, la culpa extraña, las concausas y el caso fortuito o fuerza mayor.

e) El problema de la existencia de *acciones procesales directas* para demandar al Estado el pago de los daños que ha causado a terceros, asunto que reclama: *i)* tratar brevemente el problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos; *ii)* abordar las cuestiones procedimentales atinentes a la habilitación de la instancia judicial; y, *iii)* analizar las cuestiones procesales relativas al tipo de proceso y al fuero competente, de acuerdo con el objeto de la pretensión contenida en la acción entablada por el sujeto dañado.

Dentro del contexto expresado, la obra se estructura en ocho capítulos. El *primer capítulo* refiere a lo que se da en llamar *el modelo francés y sus postulados*, consistiendo su idea matriz en presentar un esquema conceptual de interpretación a partir del precitado precedente *Blanco*, punto evolutivo crucial en el desarrollo del problema de la responsabilidad estatal.

Mediante el estudio del estadio evolutivo del derecho inglés y del derecho francés previo al caso *Blanco* se intenta poner de manifiesto la relevancia de este precedente dentro del contexto político y jurídico de la época, infiriendo las razones de hecho y derecho

Repositorio Institucional

que indujeron la adopción de sus reglas de interpretación, a saber: *i)* que la responsabilidad del Estado no es general ni absoluta, y *ii)* que la responsabilidad del Estado no está regida por el derecho civil.

La conclusión propuesta refiere a la sectorización del derecho dable de ser inferida de las reglas de interpretación precitadas, consistente en una división taxativa entre cuestiones de derecho público y cuestiones de derecho privado, y al uso, según bases hermenéuticas singulares, de la teoría clásica de la justicia como base justificatoria del discurso propuesto.

El *segundo capítulo* se encuentra referido a la influencia del modelo francés en el derecho argentino, haciendo foco en el análisis histórico de la doctrina y la jurisprudencia argentina con el objeto de determinar el ámbito de intersección entre ambos sistemas.

Este apartado presenta, en su numeral cuatro, un análisis de los enfoques actuales en relación con la calificación de la responsabilidad estatal, entre los cuales pretende destacarse a la *doctrina de la pertinencia normativa*, tesis defendida en este trabajo, bajo el rótulo de *enfoque integral*.

La conclusión que se intenta extraer del segundo acápite de la obra radica en que, las premisas del caso *Blanco*, vertidas en un sistema de doble jurisdicción con antecedentes políticos e históricos originales, al ser trasladadas al sistema jurisdiccional judicial argentino alteraron el esquema interpretativo local en la materia, obstaculizando la adhesión a un modelo normativo diáfano en la regulación de la responsabilidad estatal.

En los *capítulos tercero y cuarto* se realiza un abordaje metódico de los aspectos relevantes de los sistemas jurídicos extranjeros de mayor trascendencia cultural. La base del análisis está integrada por *dos sistemas anglosajones*, derecho inglés y derecho

Repositorio Institucional

norteamericano -capítulo tercero- y *cuatro sistemas continentales*, derechos francés, alemán, español e italiano -capítulo cuarto-.

El estudio se centra en considerar el derecho vigente en cada uno de los sistemas elegidos, visualizándolo desde perspectivas legales, jurisprudenciales y doctrinarias a fin de establecer una base de contraste que permita determinar el fundamento acordado en cada esquema a la responsabilidad estatal e infiriendo de tal circunstancia datos tales como la relación entre el tipo de jurisdicción y la forma de regulación de la cuestión y las relaciones entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

En el *capítulo cuarto* se presentan los fundamentos conceptuales propuestos como soporte estructural de la *teoría de la pertinencia normativa*. Estos postulados *dogmático-analíticos* permiten la inclusión de la teoría dentro del esquema científico adoptado en relación con el fundamento, la integración y la interpretación del sistema jurídico[9].

En vinculación con tales fundamentos, se impone efectuar dos observaciones preliminares de singular importancia. En primer lugar, resulta trascendente para este trabajo dejar claramente establecido que la adopción de una teoría de la justicia de tipo procedimental a fin de justificar las conclusiones de la obra, en el caso, la teoría de la *justicia como equidad* propuesta por el filósofo John Rawls, en modo alguno importa afirmar que otras teorías de la justicia –v. gr. la *teoría clásica aristotélico-tomista*- resulten inidóneas al mismo fin. Lo que se afirma aquí es que la teoría de la justicia como equidad constituye una base de sustentación ade-

[9] Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 30.

Repositorio Institucional

cuada para la *teoría de la pertinencia normativa*, sin perjuicio de que otros caminos justificatorios puedan conducir al mismo destino.

En segundo término, es necesario expresar con claridad que la interpretación que de la teoría clásica de la justicia ha realizado la doctrina administrativista argentina, a la luz de las reglas sentadas en el precedente francés antes referido, *resulta contrapuesta a la teoría defendida en esta obra*. Esto es así en razón de que tal perspectiva de análisis funda la sectorización autonomista del derecho en una interpretación singular de la teoría clásica de la justicia. De este modo, desde la adopción de tal fundamento de validez resulta prácticamente imposible arribar a soluciones prácticas -*dogmático normativas*- similares a las presentadas por la *teoría de la pertinencia normativa*.

Por otra parte, resultan necesarias cuatro aclaraciones metodológicas adicionales:

Primera, dado el sensible salto de registro existente entre los acápites anteriores y el quinto capítulo, podrá el lector, sin déficit para la comprensión general del trabajo, omitir la lectura de este último guardando así la mentada coherencia de registro.

Segunda, la razón por la cual el capítulo quinto reconoce tal ubicación en la obra, radica en que se estima imprescindible exponer en este estadio del desarrollo argumental el marco justificatorio global de los conceptos vertidos a continuación. Esto tiene por objeto que el lector pueda disponer del referido marco justificatorio fundamental, decidiendo con libertad acudir o no a su lectura.

Repositorio Institucional

Tercera, la omisión de cita en este capítulo del clásico texto de Rawls *Teoría de la Justicia*[10], obedece a que la tesis allí contenida constituye una *doctrina comprensiva razonable* y no un esquema imparcial de justicia apto para lograr un *consenso traslapado* entre doctrinas comprensivas razonables. Es esta la razón por la cual se acude recurrentemente a otra obra del mismo autor, *Liberalismo Político*, en la cual sí se expone la tesis que sirve de fundamento dogmático analítico de este trabajo.

Cuarta, la falta de bibliografía secundaria crítica en torno al pensamiento de Rawls no desmerece, según se estima, la apelación al filósofo en cuestión y la inclusión de su pensamiento en la obra[11], en tanto la referencia a tal *marco justificatorio* sirve sólo a la *fundamentación* de las cuestiones dogmático empíricas y dogmático normativas inherentes a la responsabilidad del Estado y su calificación en el sistema jurídico argentino, tópicos que constituyen el objeto concreto y particular de esta investigación.

El *capítulo sexto* alude a la dimensión *dogmática-empírica* de la tesis, procurando definir dos aspectos estructurales básicos: *a)* las nociones de responsabilidad y personalidad jurídica, con el objeto de demostrar retóricamente que la responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y objetiva en mérito a su condición de persona jurídica; y, *b)* la unidad conceptual del principio constitucional que ordena reparar los daños causados, como fundamento de la aplicación del derecho civil a la responsabilidad aquiliana del Estado.

---

[10] Edición en español del Fondo de Cultura Económica, traducción de María Dolores González, primera reimpresión de la primera edición mexicana, Bs. As., Argentina, 1993.

[11] Confrontando tal situación con el amplio bagaje de fuentes empleado en relación con otros aspectos abordados en esta obra.

Repositorio Institucional

El *capítulo séptimo* contiene el desarrollo de la dimensión *dogmática-normativa* de la tesis propuesta, discurriendo metodológicamente a través del análisis crítico de la praxis jurisprudencial en torno a los presupuestos de la responsabilidad estatal y el alcance de la carga probatoria, a fin de acreditarlos adecuadamente en el marco del proceso judicial.

Por último, el *capítulo octavo* refiere a tres temas de particular relevancia: *i)* las formas en que puede manifestarse el daño causado por el Estado, con el debido análisis de las singularidades jurisprudenciales que cada una de ellas presenta; *ii)* el alcance de la indemnización dable de ser establecida a favor de la víctima y el modo efectivo de la reparación; y *iii)* los diversos aspectos involucrados en el ejercicio de la acción de daños en contra del Estado.

La *conclusión* que pretende alcanzarse, luego de recorrido el itinerario científico propuesto, radica en que *el sometimiento de la responsabilidad aquiliana estatal a las reglas civiles que rigen la reparación de daños otorga a tal cuestión sistematicidad normativa y previsibilidad jurisprudencial, extremos que contribuyen a preservar los presupuestos de racionalidad de toda ciencia, al decir de Alexy*: *claridad conceptual, no contradicción y coherencia*[12]*; sin que ese marco normativo impida considerar las modulaciones que devienen de la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado y su carga indemnizatoria consecuente, ni su inclusión dentro del marco didáctico del derecho administrativo.*

[12] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 34.

Repositorio Institucional

CAPÍTULO I

EL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS POSTULADOS

1) INTRODUCCIÓN: EL *ARRÊT* BLANCO COMO MODELO ORIGINAL

Tal como se expuso en la introducción, *la idea central del presente capítulo radica en proponer un modelo teórico que permita interpretar los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios operados en el derecho argentino a la luz de las reglas sentadas por el Tribunal de Conflictos francés en el precedente Blanco*, hito fundamental en la evolución de la responsabilidad del Estado.

Con tal objetivo, el análisis del derecho comparado en los estadios previo y concomitante a la decisión del caso *Blanco* procurará situar tal decisorio dentro del contexto político y jurídico de la época, poniendo de manifiesto su particular relevancia e infiriendo las razones de hecho y derecho que indujeron la adopción de sus dos reglas capitales: *a)* que la responsabilidad del Estado *no está regida por el derecho civil*; y, *b)* que la responsabilidad del Estado *no es general ni absoluta*.

Repositorio Institucional

2) ESTADIO EVOLUTIVO PREVIO AL CASO BLANCO:

a. El derecho inglés

Si bien es posible remontar el estudio de la evolución histórica de la responsabilidad del Estado al derecho romano, en particular al momento de la creación de la teoría del Fisco como persona estatal sometida al derecho privado y dotada de ciertos privilegios de actuación procesal[13]; el presente acápite sólo abordará, en razón de su trascendencia posterior, la situación de la materia en los derechos inglés y francés durante el periodo posterior a la conformación del Estado-Nación, procurando demostrar que el caso *Blanco* significó un punto de inflexión en el desarrollo de la cuestión.

En el contexto histórico señalado, el derecho inglés de la época muestra la vigencia del principio *The King can do no wrong*, principio que en la práctica implicó la imposibilidad de responsabilizar legalmente al soberano por los daños causados por sus dependientes[14], como derivación combinada de la *potestas* imperial romana y de la concepción medieval del origen divino del poder real, tamizadas por la tesis de la soberanía absoluta postulada por Bodin[15], según afirman García de Enterría y Fernández[16].

---

[13] Cfr. Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Astrea, Bs. As., 1973, ps. 50/51; María G. REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 5. Véase también el instructivo comentario de Vélez Sarsfield al artículo 33 del Código Civil.

[14] Cfr. *Black´s Law dictionary*, sixth edition, West Publishing Co., 1990, Saint Paul, Minn, U.S.A., p. 870.

[15] Cfr. George H. SABINE, *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, tercera edición en español corregida y aumentada, segunda reimpresión, México, 1998, ps. 317/321; Jean TOUCHARD, *Historia de la ideas políticas*, 5° edición, 8° reimpresión, Tecnos, Madrid, 2000, p. 228.

Repositorio Institucional

A tal respecto, señalan Wade y Forsyth que, de acuerdo a la fórmula expresada por Bracton hace más de setecientos años y a tenor de la cual "*El rey no debe estar sometido a ningún hombre, sino a Dios y a la ley, pues es la ley la que lo hace rey*", el significado focal del principio *The King can do no wrong* radicó en que el rey, por encontrarse sometido al derecho, carecía de poder legal para obrar ilícitamente[17].

Sin perjuicio de ello, de hecho, el mentado principio importó la exclusión de responsabilidad del soberano y fue complementado en la práctica procesal con la inmunidad judicial de la Corona (*non suability)*, con fundamento en la imposibilidad de demandar al rey ante sus propios tribunales[18].

La vigencia de los mencionados privilegios condicionó el progreso de la acciones judiciales que reconocían por causa incumplimientos *contractuales* a una *Petition of Right*, vía consistente en una solicitud formulada al rey a fin de que consintiera su enjuiciamiento ante los tribunales ordinarios, petición que podía recibir de parte del monarca una respuesta favorable mediante la fórmula "*Let Right be Done*" (*fiat justitia* -que se haga justicia-)[19].

---

[16] Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, reimpresión 2001, p. 357.

[17] William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative law*, cit., ps. 799/800; P. Craig, *Administrative Law*, fifth edition, Thomson Sweet & Maxwell, Great Britain, 2003, ps. 919/920.

[18] Cfr. Alberto B. Bianchi, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", L.L., 13 de diciembre de 1996, ps. 1/10, en particular, p. 6. Véase también, García de Enterría y Fernández, cit., p. 358.

[19] Según explican García de Enterría y Fernández en la obra citada, los daños resultantes de la actividad aquiliana del Estado, es decir, los ilícitos cometidos por los agentes del Estado, eran excluidos de cualquier venia o *waiver* aun después de la sanción en 1860 de la *Petitions of Right Act*, p. 358. Véase también

Repositorio Institucional

Por el contrario, en materia de responsabilidad *extracontractual* la regla fue la irresponsabilidad absoluta y total de la Corona a partir de la pretendida inaplicación de la teoría del maestro y su servidor al Estado -*master and servant*–, como corolario lógico del principio según el cual el rey no estaba legalmente autorizado para obrar por fuera de la ley con lo cual en modo alguno podía inducir a sus dependientes a dañar a terceros[20].

No obstante la inimputabilidad legal de la Corona, sus funcionarios de todo rango resultaban personal e individualmente responsables por los daños causados a terceros por su accionar ilícito[21] (sin embargo, no comprometían a sus superiores pues se entendía que éstos eran empleados de la Corona, aun cuando ellos mismos fueran plenamente responsables por los daños de su autoría)[22], resultando de aplicación las reglas del *common law*[23].

BIANCHI, cit., ps. 6/7. En opinión de Jorge T. BOSCH, "La Responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos", L.L. 57-894, en particular p. 898, "*La posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad contractual de la Corona, previa Petition of Right, se conservó, simplemente, porque no era sino el resultado de la extensión de la protección acordada desde un principio a la propiedad privada sobre inmuebles, los que constituían, como se sabe, la principal y casi única riqueza en la época feudal*". Véase también la citada obra de WADE & FORSYTH, p. 801, que contiene la referencia a *the Bankers´case* (1690-1700, en relación con créditos en *default* oportunamente contraídos por la Corona) y al precedente que involucró al *War office* (1874) ante el reclamo de recompensa de un inventor de artillería pesada que alegaba un acuerdo de pago con esa oficina del rey, a modo de descripción cabal de la trascendencia institucional de las acciones de responsabilidad contractual como modo de resguardar la propiedad privada.

[20] WADE & FORSYTH, cit., p. 802. La tesis del maestro y el sirviente importaba un *mix* entre la doctrina de la *culpa in vigilando* del patrón y la tesis de la responsabilidad del patrón por los daños causados por su empleado dado el beneficio que obtiene al valerse de él.

[21] *Idem*, p. 803.

[22] BIANCHI, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit, p. 7.

Repositorio Institucional

En tal orden de ideas, según explica Wade, aunque el proceso judicial era incoado contra el empleado público, su defensa en la práctica era conducida por la Corona y la indemnización debida era pagada con fondos públicos, constituyendo una práctica habitual -en aquellos casos en que la persona del funcionario dañador no era perfectamente determinable- la nominación de un demandado ficticio a fin de que el proceso pudiera llevarse a cabo (*nominated defendant*).

En síntesis, como señala Bosch[24], en la segunda mitad del siglo XIX, el sistema instituido en el Reino Unido presentaba a un Estado contractualmente responsable, aunque indemandable sin su consentimiento –*Petition of Right*-, e irresponsable (al menos en principio y reconociendo los matices prácticos de los procesos por responsabilidad incoados contra funcionarios públicos, conforme lo explicado en el párrafo anterior), y por tanto indemandable, en la esfera extracontractual.

b. El derecho francés

En igual periodo, el derecho francés presenta también la vigencia del principio de la irresponsabilidad del Estado en la faz aquiliana, salvo disposición *legal* particular en contrario generalmente dictada para supuestos excepcionales tales como perjuicios generados por obras públicas (ley de 28 pluvioso del año VIII, art. 4), tumultos o disturbios (decreto de 10 vendimiario del año IV),

---

[23] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 359.

[24] BOSCH; "La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos", cit., p. 900.

Repositorio Institucional

daños derivados de la acción de las fuerzas armadas o de actos de guerra, etc.[25].

Vale decir que, salvo reconocimiento expreso de un texto legislativo, la responsabilidad estatal extracontractual no tenía cabida en el derecho francés, de conformidad a la tesis de Laferrière –citada por Chapus- según la cual *"le propre de la souveraineté est de s´imposer à tous, sans qu´on puisse réclamer d´elle aucune compensation"*[26].

Por su parte, de acuerdo al artículo 75 de la Constitución del año VIII (diciembre de 1799), los funcionarios públicos -con excepción de los ministros- sólo podían ser responsabilizados por hechos vinculados con sus funciones, *previa decisión del Consejo de Estado*, tramitándose el proceso en tal caso ante los tribunales judiciales y resolviéndose la controversia por medio de la aplicación del código civil[27].

Este sistema de autorización administrativa previa, resultó, en opinión de Hauriou[28], tolerante de la impunidad de ciertos funcionarios[29] y, sumado al proceso judicial posterior, lento en su de-

---

[25] Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit Administratif –precis-*, Dalloz, Paris, 2002, 19 édition, p. 261; Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences Politiques et Dalloz, Paris, 2002, p. 315; Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 271. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., t. 2, p. 362.

[26] René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15° édition, Montchrestien, Paris, 2001, p. 1227.

[27] Cfr. Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, cit., p. 273; BIANCHI, "Panorama actual de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit., p. 4.

[28] Citado por BIANCHI en la p. 4 del trabajo antes glosado.

[29] REIRIZ cita en su obra la tesis inédita de Agustín GORDILLO, autor que, reflexionado sobre tal recaudo, reproduce una frase de DE TOQUEVILLE según la cual, "*... antes de la Revolución, el gobierno no podía defender a sus agentes más*

Repositorio Institucional

sarrollo; por otra parte, como apuntan García de Enterría y Fernández[30], la vigencia de tal condición, operativa a modo de requisito *sine qua non*, marcó una clara diferencia con el sistema inglés de enjuiciamiento patrimonial de los funcionarios públicos, acorde a la regla del *rule of law* a tenor de la cual tanto los funcionarios como los ciudadanos están sometidos a la ley común, discernida por el poder judicial en ambos casos[31].

No obstante los avatares anejos a su vigencia, la ley conservó su vigor hasta el 19 de septiembre de 1870, fecha en que el Gobierno de la Defensa Nacional (posterior a la caída del imperio) dictó un decreto abrogando el citado artículo 75 de la Constitución del año VIII. Según explica Vedel[32], la derogación de tal regla obedeció a la influencia de la opinión liberal que procuró, desde el comienzo del régimen, el sometimiento de los funcionarios a los tribunales ordinarios tal como si se tratase de simples ciudadanos.

Sin perjuicio de lo afirmado, a pocos años de la derogación de la regla de la autorización previa, el por entonces recientemente creado Tribunal de Conflictos (1872) -órgano encargado de velar por el sostenimiento del modelo francés de separación de poderes[33]- reedita la garantía de la autorización previa bajo la forma de la exclusión de la revisión *judicial* de los daños causados por fun-

---

que recurriendo a medidas ilegales y arbitrarias; en tanto que después ha podido legalmente dejarlos violar las leyes", p. 11.

[30] Cfr. *Curso de derecho administrativo*, t. 2, cit., p. 362.

[31] Cfr. Albert Venn DICEY; *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10 edition, Londres, Macmillan, 1959, Cap. IV, El Imperio de la Ley (The Rule of Law): su naturaleza y usos generales (traducción de Ernesto Schaffran Adizzi corregida por Oscar Aguilar Valdez).

[32] Georges VEDEL, *Derecho administrativo*, cit., p. 274.

[33] Cfr. BIANCHI, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit, p. 4.

Repositorio Institucional

cionarios públicos en ejercicio de sus funciones, los que quedarían sometidos a la evaluación del Consejo de Estado.

Del modo expuesto, la taxativa delimitación de los ámbitos de juzgamiento de las faltas personales –tribunales judiciales- y de las faltas de servicio –tribunales administrativos- fue el resultado directo de la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos en el célebre *arrêt Pelletier*[34], cuyos hechos remiten a la demanda entablada, ante el *tribunal judicial* de *Senlis*, por el propietario y editor de un diario contra dos funcionarios públicos, un prefecto y un general, en razón de considerarlos responsables de haber ordenado, bajo la vigencia del estado de sitio, la incautación de una tirada del periódico de su propiedad. La pretensión del Señor Pelletier consistió en la restitución de los ejemplares secuestrados más una indemnización dineraria a causa del daño impetrado por una medida a la cual el actor calificó de arbitraria e ilegal.

En tal contexto, el Tribunal de Conflictos, desconociendo el texto del decreto del 19 de septiembre de 1870 que viabilizaba las acciones de responsabilidad contra los funcionarios públicos, creó -de modo pretoriano y *contra legem*- un mecanismo alternativo al de la autorización previa del Consejo de Estado, como medio para garantizar la no intromisión del poder judicial en la gestión administrativa, remedio que consistió en auto atribuirse la facultad para limitar la competencia de los tribunales judiciales[35] a aquellos casos que comprometían la responsabilidad de los funcionarios mediando faltas personales de los mismos –*faute personnelle*-, es decir, sólo a los casos en que el perjuicio causado al tercero, en la elocuente expresión de Laferriere, revelara al hombre con sus de-

[34] *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., ps. 5/9. T.C. 30 *juill*. 1873, Rec. 1° suppl. 117, concl. David.

[35] BIANCHI, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit, p. 4.

Repositorio Institucional

bilidades, sus pasiones y sus imprudencias (criterio de gravedad o malicia), circunstancia en la cual resultaba de aplicación el código civil y el *conflicto* no podía ser planteado; en tanto que en los casos de faltas de servicio –*faute de service*-, o sea, cuando se trataba de un daño impersonal que revelaba la acción u omisión de un administrador sujeto a error[36], la competencia para dirimir la cuestión correspondía al Consejo de Estado[37].

3) FRANCIA: ENTORNO POLÍTICO Y JURÍDICO

a. División de poderes

El *arrêt* Pelletier sienta jurisprudencialmente las bases del modelo francés de control jurisdiccional de la actividad de la administración pública por parte de tribunales administrativos a partir de una visualización del principio de la división de poderes como *aislamiento* de la gestión de cada uno de ellos, criterio conforme al cual le está prohibido al poder judicial interferir en las

[36] *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 8., "*... il y a faute de service si l´acte dommageable est impersonnel, s´il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur; il y a faute personnelle s´il révèle l´homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences...*".

[37] La evolución posterior de la jurisprudencia estuvo signada por los siguientes hitos: *a)* posibilidad de acumulación de faltas personales y faltas de servicio –*Anguet* (1911)-; *b)* corresponsabilidad de la Administración en caso de faltas personales ocurridas con ocasión del servicio, especialmente en casos de insolvencia del funcionario dañador –*Lemonnier* (1918)-; *c)* subrogación de la Administración en los derechos del particular indemnizado, en aquellos casos de daños causados por faltas personales acaecidas con ocasión de las funciones –caso *Laruelle* (1951)-; cfr. BIANCHI, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit, en particular, notas Nº 70 y 71; VEDEL, *Derecho administrativo*, cit., ps. 275/278; RIVERO et WALINE, *Droit Administratif –precis-*, cit., ps. 263/266.

Repositorio Institucional

funciones de los cuerpos administrativos –*loi des 16-24 août 1790*-, como así también, conocer en asuntos vinculados con la gestión de la administración –*décret du 16 fruct. an 3, ajoute* (1795)-[38].

Este criterio de aislamiento, nacido de la Revolución de 1789, refleja, como expresa Bianchi, un sistema constitucional parlamentario que denota una clara supremacía del ejecutivo[39], órgano inmune a cualquier tipo de orden emanada del poder judicial, en abierto contraste con la atávica vigencia procesal de los *mandamus* característicos del derecho anglosajón[40].

Si bien la reducción del ámbito de gestión del poder judicial a las cuestiones suscitadas entre particulares ha sido atribuida a razones histórico políticas conexas a la tradición jurídica francesa[41], o bien, a la asociación de los miembros de la magistratura con una especie de *nobleza de toga* vinculada a los intereses del antiguo régimen[42]; la principal razón que avala la prohibición impuesta a los jueces de discernir el derecho en los asuntos concernientes a la

---

[38] André DE LAUBADÈRE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDAMET, *Droit Administratif –manuel-*, 17 édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002, p. 35. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 8. En el texto citado se pone de manifiesto que: *"La faute personnelle est concue comme celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en faire la constatation sans porter pour autant une appréciation sur la marhe même de l´administration. La faute de service, au contraire, est le fait de l´agent qui est tellement lié au service que son appréciation par le juge judiciaire implique automatiquement une appréciation sur le functionnement du service"*.

[39] Alberto B. BIANCHI, "Constitución y Administración (Una relación tensa y compleja)", E.D. diario del 18/08/2004, ps. 1/12, en particular, p. 4.

[40] Héctor A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, volumen 1, Depalma, Bs. As., 1984, p. 57.

[41] DE LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDAMET, *Droit Administratif –manuel-*, cit. p. 33.

[42] *Idem*, ps. 34/35. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, cit., p. 59.

Repositorio Institucional

marcha del Estado, parece ser la preservación de la función administrativa, a la cual se ha intentado proteger de interferencias externas[43].

Del modo expuesto, el postulado de acuerdo al cual *juzgar a la administración es también administrar*, puede ser interpretado no sólo en su faz inhibitoria de la función jurisdiccional judicial –repárese en la definición de la falta personal como un obrar separable de la gestión del servicio público que el juez puede valorar legalmente sin necesidad de evaluar la marcha misma de la administración-, sino también, como señala Mairal[44], en su faz positiva de vinculación de la jurisdicción administrativa con la acción administrativa de gobierno en sí.

En tal sentido parece inclinarse la opinión de García de Enterría[45], autor que describe al principio del *reino de la ley* surgido de la Revolución Francesa como una *técnica de la legalidad para el despliegue de la autoridad política*; distinguiéndolo así del concepto de *rule of law*, al cual asocia al derecho judicial garantista de las libertades individuales –autonomía del *common law* y de sus tribunales (función limitativa del principio de legalidad)-.

Así, el principio de legalidad material derivado del *reino de la ley* postulado por la Revolución Francesa habría colaborado en el establecimiento de las bases del proceso de estatalización formal cumpliendo una función constitutiva de un esquema de derecho

---

[43] En relación con este punto puede consultarse con utilidad, Eduardo L. PITHOD, "Responsabilidad del Estado por acto lícito", en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Bs. As., 2005, p. 149.

[44] *Idem*, p. 59.

[45] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos –La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa-*, Alianza Editorial, España, 1999, ps. 151/152 y 190/192.

Repositorio Institucional

público –administrativo en la especie- facilitador de la organización burocrática racional del Estado[46].

b. El rol del Consejo de Estado

Según afirman Braibant y Stirn, si bien el Consejo de Estado remonta sus antecedentes al Consejo de Rey del antiguo régimen[47], adquiere su forma actual recién a fines del siglo XVIII (1789), con la Constitución del año VIII, bajo el régimen napoleónico[48]. En tal época el cuerpo ostenta un carácter *consultivo* que se manifiesta en un triple rol: *a) legislativo*, encargándose de proyectar las leyes y de controlar su aplicación, asociando su actividad a la redacción de los grandes códigos de las materias civil, comercial y penal; *b) administrativo*, redactando los principales reglamentos y ejerciendo una labor de formación de los cuadros administrativos al modo de la actual Escuela Nacional de Administración; y, *c) contencioso*, encargándose de examinar los litigios nacidos de las relaciones entre la administración y los particulares[49].

En especial, con relación a esta última función, el Consejo de Estado permitió, en un primer momento, otorgar mayor control de legalidad a las decisiones adoptadas por la administración frente a los recursos administrativos deducidos por los particulares como

---

[46] Esta noción resulta coherente con la del *tipo* de *administración burocrática racional* observada por WEBER como característica del Estado contemporáneo.

[47] El detalle de esta evolución puede confrontarse en la obra de M. F. LAFERRIÈRE, *Cours de Droit Public et Administratif*, cinquiè édition, revue, augmentée, tome premier, Paris, 1860, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d´état, ps. 153/181.

[48] Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, cit., p. 535.

[49] *Idem*, p. 535/536.

Repositorio Institucional

único medio de impugnación de la actividad estatal, dada la inhibición del poder judicial en tales asuntos[50]. En esta primera etapa, el Consejo de Estado limita su accionar consultivo a una propuesta de solución del conflicto que eleva al jefe de Estado, sin sujeción a un esquema procedimental determinado, quien en definitiva resuelve la cuestión. Esta condición de juez y parte asumida por la propia administración da lugar a la calificación del sistema como de *justicia retenida*[51].

La situación descripta se extiende hasta 1872 (*loi du* 24 *mai*), año en el cual queda conformada la *jurisdicción administrativa* en sentido estricto, al acordarse al Consejo de Estado la posibilidad de dirimir las cuestiones planteadas a la administración sin intervención del jefe de Estado[52], dando lugar al periodo denominado como de *justicia delegada*[53]. No obstante, la práctica de considerar al Consejo de Estado como un tribunal de apelación de las decisiones administrativas de los ministros del Poder Ejecutivo –teoría del *ministro juez*- subsistió hasta el año 1889 en que el

---

[50] Cfr. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, cit., p. 59, autor que expresa: "*En 1806 se creó una sección dentro del Consejo de Estado para atender exclusivamente los asuntos contenciosos y se estableció el procedimiento respectivo*", p. 60.

[51] DE LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDAMET, *Droit Administratif –manuel-*, cit. p. 36; M. F. LAFERRIÈRE, *Cours de Droit Public et Administratif*, cit., p. 180, en especial nota a pie de página (1), que refiere a las críticas de Dalloz, Barrot y de Toqueville a la teoría según la cual "*... qu´interpréter un acte administratif c´était toujours, en définitive, administrer, et que le pouvoir exécutif devait conserver son indépendance et les formes ordinaires de son action*".

[52] En torno a tal cuestión, debe señalarse que, aun antes de 1872, era una práctica habitual el seguimiento del dictamen del Consejo de Estado por parte del Poder Ejecutivo, en los asuntos contenciosos, cfr. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, cit., p. 60.

[53] DE LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDAMET, *Droit Administratif –manuel-*, cit. ps. 36/37.

Repositorio Institucional

Tribunal Administrativo resuelve el *arrêt Cadot*, precedente en el cual el cuerpo reafirma su condición de *juge administratif de droit commun*[54], admitiendo un recurso administrativo deducido directamente ante el tribunal sin previa intervención ministerial.

4) EL CASO Y SU CONTEXTO FÁCTICO

a. Un caso que clama justicia

La decisión adoptada por el Tribunal de Conflictos en el *arrêt* Blanco en el mes de febrero de 1873 se inscribe dentro del contexto histórico previamente descrito, resultando enmarcada por el proceso de consolidación de la jurisdicción administrativa (téngase presente que esta decisión antecede en meses al *arrêt* Pelletier), y por la peregrinación de la responsabilidad aquiliana del Estado hacia su reconocimiento material.

El *arrêt* Blanco constituye, primordialmente, un caso que clama justicia, una piedra de toque apta para encender el postergado debate respecto a la atribución de daños al Estado, de tal modo que, el pequeño caso del niño embestido y lastimado por un vehículo de la manufactura de tabacos, evento que induce a su padre a interponer una demanda por daños e intereses contra el Estado al cual estima civilmente responsable por los perjuicios causados por los empleados de la mencionada industria –responsabilidad legal del comitente, regida en principio por el artículo 1384 del Código Napoleón-, se transforma por obra de sus propias circunstancias en la *piedra angular del derecho adminis-*

[54] *Idem*, p. 37.

Repositorio Institucional

trativo al proveer las bases para una interpretación autonomista de sus reglas[55].

Llamado el Tribunal de Conflictos a resolver la cuestión de competencia, y en seguimiento de una decisión sentada por el propio Consejo de Estado en el caso Rotschild (1855)[56], el Alto Tribunal discierne la jurisdicción a favor de los tribunales administrativos meritando que la responsabilidad estatal -*responsabilité de la puissance publique*-, en razón de su carácter particular y relativo, no estaba regida por el derecho civil[57].

Una télesis interpretativa de su *iter* resolutivo induce a postular las siguientes cuestiones como pasos del esquema argumental seguido por el tribunal actuante: *a)* la demanda merece una solución equitativa; *b)* esa solución sólo será equitativa si culmina en un resarcimiento a favor de la víctima; *c)* el resarcimiento debe provenir de una persona solvente a tal fin; *d)* es dudoso que los obreros puedan afrontar por sí los perjuicios causados; *e)* entonces debe responder el Estado; *f)* el modo de imputación del daño al Estado resulta de su responsabilidad legal por el hecho de otro –imputación indirecta-; *g)* no obstante, imputar al Estado el deber de indemnizar por el hecho de otro exige asumir la vigencia de un factor de atribución de tipo objetivo pues no cabe atribuirle al Estado persona jurídica culpas de las personas físicas que emplea; *h)* el Código Napoleón reconoce la situación al referir en su artículo

---

[55] Cfr. Prosper WEIL, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, p. 44.

[56] Cfr. René CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., p. 1228.

[57] Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, cit., p. 1, *"Cons. Que la responsabilité, qui peut incomber à l¨Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu¨il emploie dans le service public, ne peut* être *régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n¨est ni générale, ni absolue; qu¨elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l¨Etat avec les droits privés..."*.

Repositorio Institucional

1384 la responsabilidad de los mandantes por los daños causados por sus mandatarios; *i)* pero, de aplicarse el código civil como pretende el demandante se transgredirían los principios del modelo francés de división de poderes –criterio de aislamiento que se terminará imponiendo con la sentencia Pelletier-; *j)* la salida será, entonces, buscar reglas propias cuyo criterio diferencial radicará en su creación equitativa caso a caso, aun cuando no puedan ciertamente distinguirse de las reglas civiles que históricamente han regido la restitución por daños.

Del modo expuesto, el precedente analizado permite obtener una visión acabada del arduo tránsito operado desde la irresponsabilidad del Estado a su admisión parcial y retaceada; no obstante, aunque inteligente en la introducción de la cuestión y agudo al momento del planteo de las soluciones, su argumentación resulta falaz, razón por la cual es conveniente circunscribir su proyección doctrinal a su condición histórica de *leading case* que contribuyó a fijar los pilares de la jurisdicción administrativa, tal como se verá en el próximo acápite.

b. Hard cases made bad law

Tal como puede apreciarse, el precedente Blanco es un *caso difícil* pues plantea una situación que desafía los cánones normativos preestablecidos.

Según una sentencia conocida, es habitual que los casos difíciles sienten reglas jurídicas confusas, *hard cases made bad law* en la expresión inglesa, en tanto sus juzgadores al sentenciar deben conjugar en una resultante las fuerzas convergentes de la opinión pública, los intereses políticos y las doctrinas jurídicas dominantes, a fin de lograr una solución que resultando equitativa no

Repositorio Institucional

quiebre la historia narrativa del sistema jurídico en el cual operan[58].

Así, el *arrêt* Blanco constituye un punto de inflexión en el desarrollo de las ideas jurídicas al mover a todo un sistema de principios y reglas, tal vez el más evolucionado en el mundo continental europeo, hacia estándares de reconocimiento de la responsabilidad del Estado como persona jurídica, radicando en ello su importancia histórica, pues aun cuando el sistema inglés también reconociera por la época una evolución operativa de trascendencia, la entidad de las modificaciones a las políticas jurídicas en un sistema no estatutario como el inglés no es capaz de provocar temblores de la magnitud que una modificación similar puede causar en un sistema de base legislativa como el francés.

Expuesto en otros términos, el empirismo basal del sistema inglés de *common law* lo constituyó como un sistema dotado de mayor flexibilidad a fin de lograr adaptaciones graduales a las nuevas situaciones que pudieran plantearse; frente a éste, el sistema francés de cuño racional y espejo normativista, se presenta como un esquema en el cual los cambios acontecen de modo controversial y confrontativo, desafiando el *statu quo* geométricamente establecido en pos de la consecución de *ideas claras y distintas*.

En este contexto, no era dable pensar que el Tribunal convocado a resolver el litigio se volcaría, sin más ataduras que la realidad, a aplicar a la cuestión de la responsabilidad estatal las reglas del derecho civil, dejando la cuestión de la determinación de los montos indemnizatorios en manos del poder judicial, vale decir, otorgando a los jueces cierta disposición del dinero de la bolsa, se-

[58] La expresión *historia narrativa* guarda referencias con la mención que hace Ronald DWORKIN de los operadores jurídicos como *novelistas encadenados*.

Repositorio Institucional

gún la elocuente expresión de los papeles federalistas[59]. A mayor detalle, conforme se expuso en la breve reseña histórica, al momento de resolver el caso Blanco el Tribunal de Conflictos contaba con un año de antigüedad, siendo el propósito capitular de su creación la defensa del sistema de aislamiento de poderes.

¿Qué hacer entonces con un *hard case* que amenazaba la supervivencia del sistema jurídico?, en primer lugar, evitar, al precio necesario, la aplicación del derecho civil y, con ello, evitar también la sumisión de tales asuntos a la jurisdicción judicial; ¿qué precio se pagó?, el equivalente a la fundación del derecho administrativo como sistema de equidad autónomo, es decir, como sistema de construcción casuística de reglas que por tal causa sólo podrían ser *particulares* y *relativas* –según lo afirma expresamente el tribunal actuante-, pautas normativas que por esa razón presumen diferenciarse de las reglas civiles cuya condición radica en ser generales, escritas y, por tanto, aburridamente predecibles.

Por estas razones, frente a un caso que no resultaba afectativo del criterio de aislamiento de poderes (al menos no de un modo evidente, pues no parece razonable extender la afirmación respecto a que *juzgar a la administración es administrar* al caso de los daños causados por el Estado, en tanto es evidente que *dañar no es administrar*), y que se encontraba regido por una regla normativa clara –art. 1384 del Código Civil francés-, la apelación del tribunal actuante a la inaplicación del derecho civil sólo puede tener por fundamento la necesidad de lograr una solución que, aunque parcial y limitada, fuera fáctica y políticamente posible, y que preservara, al mismo tiempo, la equidad en la solución del caso.

---

[59] Cfr. *El Federalista* LXXVIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 331. Colabora con esta interpretación el hecho que el juzgamiento de las llamadas *faltas personales* si fuera sometido al discernimiento judicial.

Repositorio Institucional

Por ello, pretender la sacralización de las reglas del caso Blanco y la extrapolación de sus contenidos a sistemas judicialistas de control de la actividad e inactividad del Estado, parece un intento destinado a hacer fracasar a tales sistemas en su operatividad diligente y efectiva; afirmación ésta con la cual disiente un importante sector de la doctrina nacional cuya opinión, que será abordada en detalle más adelante, ha permitido elevar jurisprudencialmente los criterios allí sentados al *status* de bases fundamentales del derecho administrativo argentino.

5) CONCLUSIÓN: DIVISIÓN DEL DERECHO E IDEA DE JUSTICIA

Según resulta de la exposición anterior, de las reglas sentadas por el Tribunal de Conflictos en el caso Blanco es dable inferir dos corolarios fundamentales:

a) El primero es que, a tenor del decisorio, existen reglas de *derecho público substancialmente distintas* a las del derecho privado, premisa que aparece fundada en que la responsabilidad del Estado como fenómeno jurídico requiere conciliar los intereses públicos (es decir las necesidades del servicio público o del poder público ejercido a favor del servicio público), con los intereses particulares. De este modo, el derecho administrativo es presentado como un *corpus* de contenido esencial distinto al derecho privado;

b) El segundo corolario resulta del primero, en tanto la idea de un sistema jurídico que reconoce una presentación bifronte que abarca dos grandes sectores –derecho público y derecho privado- demanda una teoría de justicia que fundamente filosóficamente tal distinción esencial de contenidos. Así, la esfera de la justicia que rige *las relaciones de particular a particular*, debe ser excluida de aplicación a la responsabilidad estatal, pues esta exige un esquema justificador que recepte la relación Estado-ciudadano; esquema

Repositorio Institucional

que es posible encontrar en la dimensión distributiva de la justicia, según los lineamientos aristotélico-tomistas.

De este modo, la relación justicia distributiva - derecho público, justicia conmutativa - derecho privado, ha influido decisivamente en la evolución posterior del derecho administrativo como área del saber jurídico[60], condicionando el prisma hermenéutico sobre la cuestión, al no advertirse la existencia de teorías competitivas de justicia, o de interpretaciones diversas de la teoría clásica, que al ser consideradas permiten arribar a conclusiones distintas en el plano de la conformación normativa de la disciplina.

Sobre las bases expuestas, en el próximo capítulo se abordará el análisis de la doctrina y la jurisprudencia argentina, indagando la forma en que los esquemas locales se enraízan con los precedentes franceses, a fin de verificar el grado de influencia de tal modelo *iusadministrativo* –opuesto en el mismo origen al enfoque civil- sobre el modelo local.

[60] Esto no significa que la dimensión distributiva de la justicia agote el espectro de relaciones jurídicas que de acuerdo a la doctrina realista están sujetas al derecho administrativo; dejando a salvo la particular opinión del profesor Rodolfo Barra -cfr. su *Tratado de Derecho Administrativo*, t.1, *passim*, Abaco, Bs. As. 2002-.

Repositorio Institucional

CAPÍTULO II

INFLUENCIA DEL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO

1) INTRODUCCIÓN: CUESTIONES A CONSIDERAR

Visto el desarrollo antecedente, corresponde ahora indagar acerca del modo en que el derecho administrativo argentino se enraíza con los precedentes franceses, a fin de verificar la influencia de éste *modelo de aislamiento de poderes* sobre el sistema normativo y jurisprudencial local, constitucionalmente moldeado sobre la base del esquema judicialista norteamericano[61].

Con el propósito señalado, este acápite estará focalizado en el estudio histórico del contexto doctrinario dentro del cual se ha desarrollado en la Argentina la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado; investigación abarcativa del tramo comprendido entre el periodo fundacional del derecho administra-

[61] El profesor Cassagne sostiene que la génesis del sistema judicialista norteamericano se encuentra en el derecho español, en particular en los trabajos de los neoescolásticos de la Escuela de Salamanca, cfr. Juan C. CASSAGNE, "El sistema judicialista americano: sus raíces hispánicas", EDA, 2006, ps. 522/534.

Repositorio Institucional

tivo argentino y la actualidad, etapa, ésta última, en la cual se intentará presentar un esquema general de enfoques contemporáneos sobre el punto en debate.

La relevancia práctica de la tarea a emprender se patentiza al momento en que se confrontan las diversas teorías vigentes en el derecho argentino en torno a la cuestión de estudio propuesta; opiniones que abonan líneas doctrinarias que animan precedentes jurisprudenciales *a priori* contrastantes.

Esta circunstancia induce a reconocer la aptitud del problema del *fundamento normativo* de la responsabilidad del Estado para suscitar, aun hoy, agudas discusiones doctrinarias; sin perjuicio de asumir la condición preponderantemente pretoriana del *iter* evolutivo del tema en el orden local[62].

En el sentido indicado, el *principal corolario* a inferir de la confrontación de la evolución histórica del derecho nacional en la materia de estudio propuesta radicará en la afirmación según la cual, *las premisas del caso Blanco*, vertidas en un marco original de fuente, estructura e interpretación jurídica, montado sobre un sistema de *doble jurisdicción* con antecedentes políticos *sui generis* y en un momento histórico inicial, *al ser trasladadas a un esquema jurisdiccional judicial* como el argentino, *oscurecieron el panorama interpretativo local en la materia, implicando un obstáculo para la*

[62] Cfr. Juan C. CASSAGNE, "Las tendencias sobre responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", *Estudios de Derecho Administrativo, XI –La responsabilidad del Estado-*, Dike, Bs. As., 2005, ps. 23/55. Alberto B. BIANCHI, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", cit., p. 1, artículo en el cual el autor expresa: "*Lo primero que ha de notarse -con referencia a la Argentina- es que toda la construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad estatal procede en el fondo de una elaboración jurisprudencial. En efecto, fuera de lo previsto en el art. 1112 del Cod. Civil en relación con la responsabilidad de los funcionarios públicos, no existe legislación que en forma general se ocupe del problema*".

Repositorio Institucional

adhesión a un modelo normativo homogéneo en la regulación de la responsabilidad aquiliana del Estado.

2) ETAPA FUNDACIONAL: VIGENCIA DE LAS NORMAS CIVILES

a. Apreciaciones de Lucio López

Marcando un hito inicial, señala Lucio López en su texto del año 1902[63] -con el grado de generalidad característico de su obra-, que si bien los civilistas sostenían la aplicación del código de Vélez al problema de la responsabilidad estatal[64], la jurisprudencia había declarado irresponsable a la Nación[65]; dando cuenta así de la distancia que en esa época separaba al derecho administrativo francés del desarrollado por la doctrina vernácula.

En el sentido expuesto, López estima que la originalidad del sistema francés de regulación de la responsabilidad aquiliana del Estado sólo resulta explicable a la luz de *las exageradas proporciones que le atribuyen los políticos franceses* a la división de poderes, según un esquema radicalmente diverso al argentino.

En el mismo orden de ideas, entiende que el artículo 1112 de código civil alude, implícitamente, a la responsabilidad directa de los agentes públicos.

---

[63] Lucio V. LÓPEZ, *Derecho Administrativo Argentino*, Imprenta de la Nación, Bs. As., 1902, ps. 220/221.

[64] De modo coherente con las ideas de AUBRY et RAU y de DALLOZ en Francia, según expresa el autor citado.

[65] Tal como podrá confrontarse más adelante cuando se refiera el caso "Seste y Seguich" C.S.J.N., Fallos 1,317 (1864).

Repositorio Institucional

b. Tesis de Rodolfo Bullrich

Algunos años más tarde ve la luz la obra elaborada por el profesor Rodolfo Bullrich (1920)[66], cuyas ideas son ratificadas en su texto "Nociones de Derecho Administrativo" -realizado sobre los apuntes de sus clases en la Universidad de Buenos Aires y cuya publicación data del año 1925[67]-; texto cuya consideración resulta trascendente dada su condición de estudio sistemático primigenio sobre la materia de la responsabilidad estatal en la doctrina nacional.

En el precitado contexto, la adhesión del autor en comentario a la teoría de la realidad en materia de personalidad jurídica, lo induce a aceptar, conforme las ideas de Michoud, "*... que todos los derechos y obligaciones del Estado se refieren a una persona única, que es la encarnación jurídica de la Nación, es decir del grupo humano establecido sobre el territorio; que el Estado poder público y el Estado persona moral del derecho privado, constituyen un solo y único sujeto de derecho*"[68], sujeto de derecho que, merced a la asunción de la teoría de Gierke, opera por medio de *órganos*, pues el órgano de la persona jurídica, en palabras del jurista, "*... a diferencia del representante encarna toda la voluntad del ser colectivo* ..."[69].

---

[66] Rodolfo BULLRICH, *Responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Bs. As., 1920.

[67] BULLRICH, *Nociones de Derecho Administrativo*, redactadas a base de las conferencias del profesor titular Dr. R. Bullrich, por Juan B. Arcioni y José M. Garciarena, Bs. As., Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, 1925.

[68] BULLRICH, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 47.

[69] *Idem*, ps. 57/62. Tanto en el caso de este autor como en el de Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, 1929, ps. 191/192, la adhesión a la teoría del órgano resulta directamente inferible de la tesis asumida en materia de personalidad jurídica –teoría de la realidad-; en tanto, desde ese punto de vista, la idea de representación requiere dos sujetos, mandante y

Repositorio Institucional

Sobre la base descripta, Bullrich distingue en materia de responsabilidad extracontractual, citando a Lafferrière y a Berthélemy, entre los *actos ejecutados por el Estado a fin de gestionar su patrimonio privado*, caso en el cual entiende que su responsabilidad es similar a la de las personas jurídicas, resultando de aplicación el derecho privado; los *actos ejecutados por el Estado como gestor de los servicios públicos*, circunstancia en la cual estima que los principios del derecho privado no resultan de aplicación estricta; y, por último, aquellos casos en que el Estado ejecuta *actos de autoridad* que no conllevan responsabilidad jurídica[70].

Sin embargo, el primer supuesto indicado -responsabilidad derivada de actos estatales de gestión o administración del patrimonio fiscal-, debía enfrentar, a modo de escollo de viabilidad, la antigua redacción del artículo 43 del código civil, texto a tenor del cual no se podían ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, *aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*; párrafo que al aludir a *delitos*, como el mismo autor lo aclara, fue interpretado por la C.S.J.N. en un sentido amplio, comprensivo de los delitos criminales y civiles y aun de los cuasidelitos[71].

---

mandatario, que los sostenedores de la teoría realidad no pueden concebir en el caso del Estado, en tanto esta persona jurídica es para ellos una *entidad* u *organismo* que *absorbe* la actividad de sus funcionarios como si se tratase de *órganos* suyos.

[70] *Idem*, ps. 87/88.

[71] Con cita del precedente obrante en Fallos 124:315 (1916) "Compañía de gas del Rosario vs. Provincia de Santa Fe, por indemnización de daños y perjuicios", y de Fallos 119:147, cit., ps. 103/104. También se cita un solitario precedente en el cual se admitió la responsabilidad de la persona jurídica Estado a causa de un cuasidelito, aunque con fundamento en una ley especial (ley Nº 4932, art. 10°), "Manuela M. de Monteagudo v. Gobierno Nacional", C.S.J.N., jurisprudencia

Repositorio Institucional

De este modo, si bien el Alto Tribunal otorgaba andamiaje a las acciones contra el Estado derivadas de incumplimientos contractuales, mediante la aplicación del artículo 42 del código civil[72], mantenía una jurisprudencia constante respecto de la irresponsabilidad de tales construcciones lógico-jurídicas en el ámbito aquiliano.

Así, la crítica del autor en estudio a la jurisprudencia del Tribunal Cimero lo induce a cuestionar el mencionado artículo 43 del estatuto civil por reputarlo constitucionalmente inconsistente frente a la existencia de leyes especiales que, a juicio de Bullrich, admitían la responsabilidad de las personas jurídicas, tales como la ley de ferrocarriles Nº 2873, la ley Nº 817 sobre inmigración y colonización, las ordenanzas de aduana, el artículo 143 del código de comercio (con relación a la posibilidad de ejecutar los daños causados por el factor sobre los bienes que administra), etc.[73].

En vinculación con el segundo caso de responsabilidad estatal propuesto por Bullrich -responsabilidad derivada de actos de gestión en la intendencia de los servicios públicos-, el autor entiende que es la igualdad ante las cargas públicas el fundamento

---

de los tribunales, abril de 1910, cit., ps. 205/206. No obstante, el autor señala que según la jurisprudencia de la Cámara Federal de la Capital, el artículo 43 del código civil sólo refería a la imposibilidad de accionar contra las personas jurídicas en caso de que sus representantes hubieran cometido *delitos de derecho criminal*, ps. 111/116.

[72] Con cita del caso: "Ferrocarril central argentino v. Gobierno de la Nación", cit., p. 111. La aplicación de las reglas civiles a la responsabilidad contractual del Estado se funda en la idea clásica del *pacta sunt servanda*, que, en principio, no plantea mayores cuestionamientos frente a los problemas de autoridad y de bien común; de allí su reconocimiento temprano.

[73] *Idem*, ps. 118/122.

Repositorio Institucional

principal de la obligación de indemnizar a cargo del Estado[74]; sin embargo, acepta que los principios de derecho privado puedan reglar la restitución de la responsabilidad estatal derivada de tales actos de gestión -aun cuando se trate de la intendencia de los servicios públicos-, toda vez que no exista una norma especial que regule tal situación[75].

Literalmente señala Bullrich, citando nuevamente a Michoud, "*no es posible comprender por qué un coche o un automóvil que circula por cuenta del Estado sería sometido a reglas distintas que un coche o un automóvil que circula por cuenta de un industrial*"[76], expresando en el numeral 99 de su obra: "*En este punto Berthélemy se expresa en el sentido que indicamos: ¿Por qué distinguir entre la explotación del dominio privado y la gestión de los servicios públicos cuando se trata de justificar la responsabilidad de las administraciones públicas? Es imposible penetrar la causa de la distinción. Dice Lafferrière que según el artículo 1382 todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un perjuicio obliga a aquel por su culpa ... El hombre es el ciudadano, la persona privada individual o colectiva regida por el derecho civil, pero no es la administración ni el poder público. Contestamos que no pretendemos en forma alguna que el poder público caiga bajo la sanción del artículo 1382; el poder público no está sometido al derecho civil. Pero es distinto cuando se trata de actos en los cuales el Estado interviene como persona y sus agentes lo representan. Importa poco*

---

[74] *Idem*, ps. 189/191. BULLRICH alude también al artículo 15 de la Constitución Nacional en relación con las indemnizaciones a cargo del Estado, dado que la norma constitucional disponía la libertad *ipso facto* de los esclavos.

[75] BULLRICH argumenta que la aplicación de la legislación civil resulta de la integración normativa que debe realizar el juez, conforme lo dispuesto en el artículo 16 del código, en caso que *una cuestión civil* no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley; cit., ps. 191/194.

[76] *Idem*, ps. 191/192.

Repositorio Institucional

que el Estado no sea un hombre; no negáis que tenga personería jurídica. ¿Qué sentido se da entonces a esa personalidad si no es el de someter el Estado a las reglas del derecho civil que se aplican a las personas naturales?"[77].

Por último, con relación a los llamados *actos de* autoridad, en los cuales el Estado persona jurídica única, actuaba -a juicio de Bullrich- como poder público y no como *fisco*, se postula la aplicación de normas de derecho público, o bien, la apelación a soluciones de equidad logradas por medio de un proceso de venia legislativa previa al juicio[78].

Así, según puede inferirse del desarrollo antecedente, de conformidad a la tesis expuesta las normas civiles sobre restitución por daños resultaban aplicables al Estado dañador en dos circunstancias: *a)* en los casos en los cuales el Estado actuaba gestionando su patrimonio privado (eufemismo con el cual se aludía, explica Marienhoff, a los daños que el Estado causaba cuando desenvolvía su actuación en el ámbito del derecho privado, v. gr. explotando vías férreas como empresa industrial)[79], y, *b)* en los casos de daños ocasionados por la persona jurídica Estado en la gestión de servicios públicos, toda vez que no hubiera una norma especial que rigiera el caso[80]; apreciación que autoriza a posicionar la tesis del profesor Bullrich dentro del esquema estatutario y privatista[81].

---

[77] *Idem*, p. 195.

[78] *Idem*, p. 256.

[79] Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6° edición actualizada, Bs. As., 1997, p. 771. Si bien es claro que esta categoría no fue perfilada con claridad por la jurisprudencia en este estadio evolutivo, cfr. Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, 2° edición, t. 1, J. Lajouane & Cía., Bs. As., 1929, p. 220.

[80] Resulta interesante leer el precedente que el autor estudiado trae a colación entre las páginas 196 y 202 de su obra, "Compañía de Gas de Rosario c/

Repositorio Institucional

c. Responsabilidad y proceso administrativo

Merece particular referencia el tratamiento del problema de *lo contencioso-administrativo* que realiza el autor en estudio[82], en tanto refleja la incidencia de la forma sobre el fondo a la cual se aludirá en la conclusión de este capítulo, explicando también la génesis de la ley Nº 3.952 del año 1900.

Provincia de Santa Fe" (1916), Fallos 124:315, en el cual, la C.S.J.N. rechaza la demanda incoada contra la Provincia de Santa Fe alegando caso fortuito y fuerza mayor –con fundamento en las normas del derecho civil-, además de falta de legitimación pasiva, reiterando, de modo innecesario a juicio de Bullrich, la imposibilidad de ejercer acciones civiles contra las personas jurídicas por daños causados por sus administradores mediante la comisión de delitos. El punto a destacar radica en que el precedente expone que los hechos que la actora imputaba al Estado (básicamente, omisión de vigilancia y represión de actos atentatorios contra la propiedad privada operados por una grupo de obreros amotinados) *responsabilizarían*, en todo caso, *a los culpables pero no a la persona jurídica que les confirió un mandato en el que dichos actos u omisiones no estuvieron comprendidos (con cita del artículo 36 del código civil)*, véase, especialmente, las ps. 201/202 de la obra citada. Confróntese también los precedentes citados "Cardoso c/ Provincia de Bs. As." –Gaceta del Foro, septiembre 1° de 1916-, en el que el Alto Tribunal rechaza una demanda en la cual el autor reclamaba un resarcimiento por un error cometido por el registro de la propiedad de la provincia de Buenos Aires (es interesante destacar que, pese a que no prosperó su acción, el demandante fundó su pretensión en *la mala organización del registro*, sentando un precedente remoto de la *falta de servicio*-, ps. 202/203). También se cita el precedente "Banco de Londres y Brasil" (1918), en el cual la C.S.J.N. condenó al Estado Federal por cuasidelitos obrados por funcionarios de la Aduana, refiriendo al artículo 2779 del código civil.

[81] Esta interpretación se ve ratificada -al menos el carácter estatutario del sistema- cuando el autor reclama la sanción de una ley que determine las hipótesis de responsabilidad del Estado por errores cometidos por los jueces, *idem*, p. 261/262.

[82] En adelante se citará el libro *Nociones de Derecho Administrativo*, cit., ps. 484/498.

Repositorio Institucional

Bullrich asocia la noción de lo contencioso-administrativo, en seguimiento de la definición de Santamaría de Paredes, a la reclamación de sustrato administrativo hecha después de haber deducido la misma pretensión ante el Estado, en base al dictado de una resolución administrativa que lesiona un *derecho de carácter administrativo* establecido a favor del accionante por una ley, un reglamento u otra norma administrativa[83].

De modo concordante con la división de actos operables por la persona jurídica Estado, Bullrich excluye del proceso descripto a los daños causados por actos de autoridad, pues sólo podían ser sometidos al arbitrio del poder judicial en caso de mediar venia legislativa previa; y a los actos de derecho privado imputables a la misma persona jurídica[84], susceptibles de ser puestos a juicio sin necesidad de petición previa al poder administrador.

Coincidiendo con Lucio López, Bullrich entiende que en la Argentina *no existe la jurisdicción de lo contencioso administrativo*[85], afirmando que "*... sólo puede justificarse la existencia de jueces administrativos, dependientes del Poder Administrador, en países como Francia, donde razones políticas han impuesto la institución*"[86].

A mayor detalle, el jurista glosado describe la *influencia norteamericana* en el periodo anterior a la sanción de la primera ley de demandas contra la Nación, durante el cual la autorización del Congreso para demandar al Estado constituía un requisito fundado en la creencia según la cual el Estado como poder soberano no

[83] *Idem*, p. 485.

[84] *Idem*, ps. 485/486.

[85] *Idem*, p. 490.

[86] *Idem*, p. 489.

Repositorio Institucional

podía ser demandado ante sus propios tribunales sin su consentimiento[87].

Así, ya en el precedente "Seste y Seguich"[88] (1864), con cita de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica[89], la C.S.J.N. señaló la condición de *soberano en su esfera* investida por el poder ejecutivo, cualidad a tenor de la cual, a juicio del tribunal actuante, no podía ser demandado ante el poder judicial sin otorgar su consentimiento a tal fin; inmunidad de la cual carecían los estados provinciales, conforme lo resuelto por la misma Corte en el caso "Gómez c/ la Nación" (1865)[90].

En ese estado de situación se sancionó la ley Nº 3.952 en cuyo artículo primero se acordó jurisdicción al poder judicial federal a fin de intervenir en las acciones que se dedujeran contra la Nación *en su carácter de persona jurídica*, eufemismo inspirado en las alegaciones de los senadores Pérez y Figueroa Alcorta a fin de ex-

---

[87] *Idem*, p. 490; a renglón seguido el autor expone: *"Cualquier asunto, por pequeño que fuere, requería la venia previa y aunque el Congreso la acordara casi siempre, había muchos casos en que era remiso, con lo que los juicios de menor cuantía eran abandonados por los interesados en vista de la dilación que tal procedimiento significaba"*. Más adelante, p. 494, el autor aclara que el consentimiento para ser llevado a juicio podía ser otorgado también por el Poder Ejecutivo aceptando la demanda. De igual modo, señala la existencia de leyes especiales que excluían a ciertos casos de la venia legislativa previa, como ocurría con las demandas fundadas en accidentes de trabajo. Es de hacer notar el hecho que la facultad del Congreso de otorgar venia a fin de verificar la procedencia de acciones judiciales contra el Estado se afincaba en el antiguo artículo 67, inc. 6°, de la Constitución Nacional, que le otorgaba competencia a ese cuerpo a fin de arreglar la deuda pública.

[88] Fallos 1:317.

[89] Considerando 5°.

[90] Fallos 2:36. Cfr. Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública – Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema-*, Ábaco, Bs. As., 2001, ps. 77/78.

Repositorio Institucional

cluir de la mencionada jurisdicción a los actos estatales de autoridad. Esta dualidad generó diversas dificultades de interpretación, como aconteció en el caso "Samuel de Madrid c/ Gobierno de la Nación", en el cual la C.S.J.N. asumió que la acción de daños y perjuicios deducida en razón del accidente sufrido por el actor, que había sido atropellado por un automóvil de la oficina de correos cuyo conductor carecía de habilitación, era improcedente sin venia legislativa previa porque el Estado había actuado como poder soberano[91].

d. Observaciones preliminares

Según se observa, el derecho administrativo argentino, en su etapa fundacional, no responde linealmente a los parámetros que en Francia definieron los perfiles de la disciplina. Así, si bien los autores locales apelan a la autoridad de los doctrinarios franceses de la época –tanto civilistas como administrativistas-, no existe una influencia sistemática del derecho francés, hecho palpable en el rechazo explícito a la existencia local de lo contencioso-administrativo –al cual se caracteriza como una originalidad política del derecho galo- a la par de afirmarse la determinación de la

[91] Rodolfo BULLRICH, *Nociones de Derecho Administrativo*, cit., ps. 491/492. En su artículo 7° la ley consagraba el efecto declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado, instrumentos a los cuales acordaba la condición de *simple reconocimiento del derecho que se pretende*. Sin embargo, con acierto, el profesor MERTEHIKIAN, en su obra antes citada -ps. 79/84-, menciona los precedentes "Corio c/ Gobierno Nacional" (1904), Fallos 99:83; "Cueva" (1909), Fallos 111:333; "Dughera" (1909), Fallos 112:78; "Tomassoni" (1910), Fallos 113:111; y "Nicolás Mihanovich Ltda." (1916), Fallos 123:407, como casos en los cuales, *citando leyes especiales*, tales como la ley de ferrocarriles Nº 2873, la ley Nº 4932 –que regía el servicio de guinches en el puerto- y artículos del código civil (1109, 1113, 1123), la C.S.J.N. reconoció el deber indemnizatorio a cargo del Estado Federal, por actos, hechos y omisiones de sus representantes.

Repositorio Institucional

responsabilidad del Estado mediante la intervención del poder judicial.

En cualquier caso, parece claro que la doctrina de la indemandabilidad del Estado importa, según la invocación expresa de las fuentes jurisprudenciales citadas, un legado del derecho norteamericano que incide sólo *procesalmente* sobre la cuestión de fondo de la responsabilidad estatal, sujetándose así la procedencia formal de la acción en sede judicial a la intervención previa del poder legislativo a fin de arreglar esa deuda potencialmente a cargo del Estado.

Dentro de ese marco de referencia, la sanción de la ley de demandas contra la Nación Nº 3.952, significó un intento de moderación o flexibilización del esquema procesal indicado, sustrayendo de la influencia de la venia legislativa previa a los actos obrados por el Estado como persona jurídica de derecho privado –de conformidad a la doctrina francesa de los dos modos de actuación del Estado, mediante actos de gestión y actos de autoridad o imperio-, es decir, reservando la intervención legislativa previa para los casos de actos de autoridad o actos soberanos.

No obstante, la rígida interpretación jurisprudencial en torno a la expresión *delitos* empleada en el artículo 43 del código civil importó, en los hechos, un barrera insuperable a los efectos de imputar *responsabilidad directa* a la persona jurídica Estado –evento que probablemente indujo a Bullrich a postular la teoría del órgano como consecuencia de su adhesión a las posiciones realistas en materia de personalidad jurídica-; de modo tal que, pese a resultar indubitable la aplicación de las reglas civiles sobre daños a los perjuicios ocasionados por el Estado, su operatividad resultó dependiente de la existencia de una ley especial que autorizase la acción directa, casos en los cuales, levantada la barrera para accionar contra la persona jurídica, los tribunales determinaban las indemnizaciones correspondientes mediante la aplicación del estatuto civil

Repositorio Institucional

toda vez que mediara la existencia de *daños subjetivamente imputables a agentes públicos en ejercicio de sus funciones*[92].

En el sentido indicado, el periodo no registra alusiones a reglas de derecho público inspiradas en criterios de justicia distributiva, excepto para el caso de daños causados por el Estado en ejecución de facultades de imperio, situaciones en las cuales se refiere la noción de equidad a fin de fundar las indemnizaciones pertinentes[93].

e. Tesis del profesor Rafael Bielsa

No obstante las críticas referidas, el esquema jurisprudencial de atribución de responsabilidad al Estado que ha sido descripto –responsabilidad contractual según las reglas civiles e irresponsabilidad extracontractual salvo ley especial que así lo dispusiera (en particular cuando el Estado actuaba como poder público)- contaba con la aprobación, si bien sólo de *iure condito*, de relevantes juristas como Rafael Bielsa, para quien, considerado el Estado como *poder público* debía reputárselo soberano y, por tal circunstancia, "*... no sujeto a ley alguna*"[94], razón por la cual las indemnizaciones

[92] En sentido contrastante, se ha sostenido en doctrina que se nota en Bullrich un intento por construir una concepción iuspublicista, criterio que, en mérito a las razones expuestas, no puede compartirse en esta obra; cfr. María G. REIRIZ, "Responsabilidad del Estado", AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, cit., p. 224.

[93] Podría inferirse del grado evolutivo operado hasta la fecha considerada, en materia de sometimiento del Estado al derecho, que la teorización sobre los actos de imperio obedece a elementales limitaciones del sistema político.

[94] Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, cit. p. 177. La garantía legal derivaba, en opinión de este autor, de la equidad y no de las normas constitucionales que consagraban la igualdad ante la ley y la protección de la propiedad, cit., ps. 198/201. Sin embargo, debe destacase que los

Repositorio Institucional

derivadas de este tipo de actos sólo podían comprenderse como soluciones de garantía legal fundadas en la equidad[95].

En el resto de los casos de responsabilidad extracontractual –excluida la hipótesis del Estado operando como empresa industrial, situación en la cual debía aplicarse el código civil o la norma que de modo especial rigiera la situación[96]-, sólo una ley específica podía determinar que la culpa del funcionario que en su actuación administrativa causaba un daño -persiguiendo fines propios de su servicio y no personales- responsabilizase al Estado[97]; ley que en opinión de Bielsa no existía. De ahí su crítica a la solución del caso "Devoto", según se describe a continuación[98].

---

argumentos que esgrime son de ardua comprensión y de muy difícil aceptación desde una perspectiva contemporánea de interpretación del sistema jurídico.

[95] Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, cit., p. 199. La idea de compensaciones fundadas en la solidaridad y dispuestas por el Congreso ha sido referida contemporáneamente por el Procurador General de la Nación en su dictamen en la causa "S., H. D. c. Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Estado Mayor General del Ejército", EDA, 2003, p. 131. Cfr. Martha ZILLI de MIRANDA y Federico NIELSEN, "La responsabilidad del Estado por daños causados a un conscripto por hecho de guerra –un caso de responsabilidad estatal por omisión ilegítima-", en la obra de Julio COMADIRA, *Colección de análisis jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, 2005, ps. 1109/1119, en especial, p. 1116.

[96] *Idem*, p. 220.

[97] *Idem*, p. 197.

[98] No debe soslayarse en el análisis presente que el Estado de comienzos del siglo veinte tenía una influencia en la vida social muy acotada, resultando su potencialidad dañosa, por tal evento, muy limitada. Esta razón alentaba la desaprobación de las teorías de raíz objetiva que asociaban responsabilidad con riesgo, hecho que se revertiría con el advenimiento del Estado intervencionista de bienestar posterior a la década del ´30.

Repositorio Institucional

3) ETAPA INTERMEDIA: BASES DEL MODELO IUSPUBLICISTA

a. La tesis de Bielsa frente al precedente "Devoto"

Estableciendo un precedente que habría de convertirse en *leading case*, en el año 1933, la C.S.J.N. dicta sentencia en el caso "Tomás Devoto y Cia.", empresa que habiendo demandado al *Gobierno Nacional* en razón de los daños ocasionados por un incendio provocado por las chispas de un bracero usado por un grupo de guardahilos del Telégrafo Nacional en un campo arrendado por la actora en la provincia de Entre Ríos[99], accede a la instancia del Alto Tribunal por vía del recurso ordinario de apelación, a fin de peticionar que se fijara una indemnización a cargo del Estado con causa en los mencionados perjuicios[100].

En la referida sentencia, el Tribunal Cimero expresa: "*Esta corte ha dicho, en casos análogos, que el incendio, como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado" (arts. 1109 y 1113 del cód. civil)*". Como puede apreciarse, el Alto Tribunal consagra una solución a tenor de la cual la responsabilidad del Estado adquiere la forma atributiva subjetiva –art. 1109-, según un modo de imputación indirecto -art. 1113-[101].

---

[99] Cfr. REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., 85/86.

[100] J.A., t. 43, p. 416.

[101] Indirecto aunque, vale decirlo, fundado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del dominus sobre el sirviente, es decir, no indirecto en razón del carácter vicarial de los representantes de las personas jurídicas.

Repositorio Institucional

El decisorio recibió la crítica de Bielsa[102], para quien este fallo, que en su opinión parecía dictado en una causa entre particulares, importaba rectificar la línea jurisprudencial tradicional de la Corte en torno a la responsabilidad estatal, constituyendo una reacción ante la desidia del legislador, único responsable de la omisión en la sanción de una ley especial que regulara la materia[103].

Del modo expuesto, entiende el jurista citado que la actuación del Estado como gestor monopólico del servicio de correos importa el ejercicio de su poder público o administrador, situación en la cual no cabe hablar de responsabilidad sino de una garantía legal, *fundada en la justicia distributiva*, en cuya virtud el Estado se obliga a indemnizar, previa venia legislativa o reclamación administrativa, según el caso[104].

Para Bielsa, en el derecho civil la responsabilidad del *dominus* por los daños causados por la negligencia o culpa de sus empleados obrando *intra vires* se funda en su *culpa in eligendo* o *in vigilando*, vale decir, es una responsabilidad indirecta y subjetiva[105]; en tanto que la responsabilidad del Estado, desde que debe

---

[102] BIELSA, "Responsabilidad del Estado como poder administrador", comentario al fallo "Devoto", J.A., t. 43, p. 416., *passim*.

[103] *Idem*, p. 416.

[104] *Idem*, *passim*.

[105] Explica BIELSA que la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, al presuponer culpa en el primero, no solucionaría el problema con relación al Estado, pues al tratarse de una persona jurídica sólo trasuntaría responsabilidad del funcionario que designó al empleado dañador y así sucesivamente. Además, la necesidad de configuración del factor subjetivo de atribución marginaría del deber indemnizatorio estatal a aquellos casos en los cuales el perjuicio resultara de deficiencias en el servicio o de omisiones. Cfr. BIELSA, "*Derecho Administrativo*", cuarta edición, t. II, Librería y Editorial "El Ateneo", Bs. As., 1947, p. 399.

Repositorio Institucional

venir determinada por una ley, es una responsabilidad objetiva –indirecta y objetiva-. Así, es la garantía legal que resulta del texto expreso de la ley que dispone la indemnización de equidad a favor del particular la que hace objetiva a la responsabilidad estatal[106].

Se trata, en la línea del autor analizado, de una responsabilidad ajena al derecho privado -de hecho, Bielsa dirá luego que se trata de una situación regida por el derecho público[107]- pues no resulta admisible que el Estado, que *"se desenvuelve según reglas legales de competencia y normas técnicas de eficiencia"*, vea entorpecida su labor de consecución del *bienestar colectivo* por recursos o acciones intentadas por los particulares[108], *"... estos no tienen por qué estar protegidos en forma preventiva contra el Estado. Si se lesionan esos derechos o intereses, lo que procede es la revisión del acto administrativo"*[109].

Considerando la doctrina antes expuesta, sugiere la profesora Reiríz que Bielsa rechaza el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal porque no puede *cortar el cordón umbilical* con la noción civilista de culpa como criterio general aplicable aun a las soluciones del derecho público[110]; opinión que podría ser abonada por la dificultad interpretativa de algunos textos del autor

---

[106] *Idem*, ps. 417/418.

[107] *Idem*, p. 405. En el mismo orden de ideas, años más tarde, escribiría DIEZ, *"En el Derecho Público, la responsabilidad se basa sobre un principio sustancial de justicia distributiva que tiende a evitar la producción de cualquier daño injustificado y no repartido equitativamente entre toda la población"*, afirmación que lo inducía a considerar al artículo 1113 del código civil –con relación a los daños causados con cosas de propiedad del Estado- como un *principio general* y no como una norma de derecho civil; cfr. Manuel M. DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. V, Plus Ultra, Bs. As., 1971.

[108] BIELSA, cit., p. 419.

[109] BIELSA, *Derecho Administrativo*, cuarta edición, t. II, cit., p. 348.

[110] REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 88.

Repositorio Institucional

glosado, en los cuales se señala que "*... de acuerdo con el principio tradicional de la responsabilidad –que sostenemos también aquí- deben concurrir, para que haya responsabilidad de la Administración pública la culpa y el daño ilícito de sus agentes*", afirmación a la cual añade, "*Para resolver la cuestión no hay por qué ... echar mano del socorrido expediente de la responsabilidad objetiva*"[111].

Sin embargo, las manifestaciones transcriptas adquieren un significado diverso cuando son interpretadas a la luz del siguiente párrafo del mismo autor: "*En rigor, cuando el Estado se obliga a indemnizar, esa obligación no supone responsabilidad en el sentido estricto, sino garantía legal. Y esa garantía... en el concepto tradicional presupone culpa, porque siendo ésta solamente imputable al que puede discernir sobre las consecuencias del hecho lesivo, transgrediendo un deber jurídico, no puede hablarse de culpa de la Administración pública, es decir, del Estado. Pero el Estado puede obligarse a indemnizar el daño que sus agentes (funcionarios o empleados) causen injustamente, o sea ilegalmente, a los particulares. Esa obligación –que debe tener un fundamento jurídico- es garantía y no responsabilidad; y debe ser garantía legal, porque la obligación de indemnizar solamente puede imponerse al Estado por ley*"[112].

Vale decir que, para el jurista citado, *sin responsabilidad directa y subjetiva del agente* no hay posibilidad de indemnización a cargo del Estado, a título de deber de garantía; no obstante, la condición de responsabilidad directa y subjetiva del agente no es trasladable al Estado, persona jurídica que sólo responde cuando un texto legal le impone *objetiva e indirectamente* el deber indem-

---

[111] BIELSA, *Derecho Administrativo*, cuarta edición, t.II, cit., p. 379.

[112] *Idem*, p. 380.

Repositorio Institucional

nizatorio de equidad, en base al daño imputable directamente al agente a título de culpa[113].

Abona esta hermenéutica el hecho que Bielsa critique el fundamento dado por la Corte a la responsabilidad estatal –artículos 1109 y 1113 del código civil- y cuestione, por imprecisa, la teoría francesa de la falta de servicio[114], expresando en el último apartado de su comentario al caso "Devoto", a modo de balance prospectivo, que: "*Es necesario dictar leyes que establezcan la responsabilidad del Estado, ya sea fundándose en el principio de la falta de servicio, ya estableciendo la acumulación de responsabilidades del Estado y de sus funcionarios y empleados, y esto por virtud del buen principio instituido en el artículo 1112 del cód. civil, uno de los pocos códigos que establecen la responsabilidad de los funcionarios*"[115].

---

[113] En el citado comentario al caso "Devoto", en la página 417 puede leerse: "*... tratándose de la Administración pública no puede hablarse de responsabilidad en el concepto propio, que es el tradicional. No hay posibilidad de que concurran, al menos como norma, los elementos que integran la responsabilidad. Por eso se ha dicho que la responsabilidad de la Administración pública tiene un carácter objetivo preponderante*".

[114] Señala Bielsa en vinculación con la teoría de la falta de servicio: "*... a pesar de su aceptación, no parece la doctrina más lógica ni la más jurídica, sobre todo por lo difícil que es, no pocas veces, determinar sus consecuencias. La idea de falta de servicio público es una fórmula simple...*", "*Cuando la responsabilidad del funcionario no puede caracterizarse "personalmente" (subjetivamente diríamos), la responsabilidad es del servicio público, esto es, del Estado que organiza y dirige el servicio*". *Derecho Administrativo,* cuarta edición, t. II, cit., p. 374.

[115] BIELSA, *Responsabilidad del Estado como poder administrador,* cit., p. 420.

Repositorio Institucional

b. Condición pretoriana o normativista del fallo

Pese al fundamento normativo citado en el fallo, se ha sostenido en doctrina que el caso "Devoto" presenta una justificación de neto corte pretoriano, considerando, por un lado, que los precedentes citados no refieren estrictamente al Estado; y que, por otra parte, las normas civiles en las cuales el tribunal funda la sentencia contradicen, sin apelar a nuevos argumentos, la antigua interpretación de la misma Corte acerca de los artículos 36 y 43 del citado código[116].

Sin embargo, es dable reflexionar sobre la posibilidad que el Alto Tribunal haya resuelto seguir en el caso de marras la doctrina de Bullrich, en mérito de la cual los daños causados por el Estado actuando extracontractualmente como persona jurídica –no como poder público- debían ser valorados según las reglas civiles, por tratarse de delitos o cuasidelitos obrados por agentes estatales en el ejercicio de sus funciones; reglas que, sin embargo, marginaban la aplicación del artículo 43 del estatuto civil, en tanto, para Bullrich, éste sólo aludía a los delitos de derecho penal.

Siendo esto así, las normas citadas por la C.S.J.N. que hasta tal fecha sólo habían concernido a las soluciones judiciales relativas a conflictos entre partes privadas –de allí los precedentes referidos- también resultarían de aplicación al Estado, razón por la cual la nota de pretorianeidad del fallo comentado sólo podría inferirse de la modificación de la lógica de precedentes.

---

[116] Cfr. REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., ps. 86/87. En efecto, el mismo tribunal había interpretado con anterioridad los textos de los artículos 36 y 43 del código civil como una barrera insuperable a fin de atribuir responsabilidad civil a la persona jurídica Estado por los daños causados por los funcionarios y empleados públicos en ejercicio de sus funciones.

Repositorio Institucional

Además, la apelación a las normas que regían la responsabilidad del patrón por los actos o hechos dañosos atribuibles a sus dependientes a título de culpa o dolo –artículos 1109 y 1113 del código civil- resultaba necesaria a fin de obligar al Estado a su resarcimiento, dada la referencia expresa del artículo 1112 a la responsabilidad directa y subjetiva del funcionario público.

En sentido contrario, es evidente la confrontación de la fundamentación del fallo con la teoría de Bielsa, dada la postulación, por parte de este autor, de la inaplicación del código civil a la cuestión de la responsabilidad estatal, excepción hecha de los casos de daños derivados de su gestión empresaria[117].

c. Observaciones sobre la tesis de Bielsa

Sin perjuicio de la extemporaneidad que revisten algunas de sus apreciaciones al ser miradas desde un perfil evaluatorio actual, en particular considerando el afianzamiento de la idea de personalidad estatal única plenamente sometida al derecho y la redacción del artículo 43 del código civil posterior al año 1968; la doctrina de Bielsa presenta aristas de originalidad local y comparada –repárese en las críticas del autor a la teoría francesa de la falta de servicio-, revelando aspectos de notable influencia posterior.

Así, si bien su tesis acerca del deber de garantía legal como fundamento de la responsabilidad estatal recogió pocos adeptos, su construcción doctrinaria acerca de la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica Estado sobre las bases del derecho público y la justicia distributiva, nociones afincadas en el bienestar

[117] Nótese que Bielsa fija en el título de su comentario a "Devoto" una premisa que acota estrictamente el margen para sus conclusiones al referir a la responsabilidad del Estado *"como poder administrador"*.

Repositorio Institucional

general como causa fin de la organización política, iluminaron a la doctrina posterior en el camino de la erradicación del mencionado tema del ámbito del derecho civil.

A mayor detalle, pese a la adopción de la teoría del órgano –presente ya en los desarrollos del profesor Bullrich-, el carácter indirecto y objetivo de la responsabilidad estatal sugerido por el autor glosado, importó una observación de aguda innovación doctrinal, tal como podrá confrontarse en el desarrollo posterior.

En el mismo orden de ideas, Pedro Altamira[118], autor contemporáneo a Bielsa, asumió, con singularidad dentro de la escuela cordobesa, una posición de fundamentación próxima a la del jurista santafesino al señalar respecto del deber reparatorio estatal, luego de apelar a *la solidaridad humana* y al mandato constitucional de igualdad ante las cargas públicas, que "*... su cimiento debe buscarse en la ley, pues es allí donde debe estar expresada en forma clara e indubitable la responsabilidad, para que pueda imponerse y exigirse de la administración, cuando ésta, en el cumplimiento de su delicada función de organizar y poner en movimiento los múltiples servicios públicos, ocasione un daño*"[119]; legislación que, huelga decirlo, nunca se dictó[120].

---

[118] Pedro ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Assandri, Córdoba, 1942.

[119] *Idem*, p. 137.

[120] *Idem*, p. 139. Sin embargo, la opinión expuesta resulta ajena a las ideas de Félix SARRÍA, precursor del derecho administrativo en la Provincia de Córdoba, quien, en su obra *Derecho Administrativo* –3° edición, primer tomo, Peuser, Córdoba, 1946, p. 254-, puso de manifiesto que "*Es necesario promover la reforma del art. 1112 del C. Civil, en el sentido de adaptarlo a los principios que han inspirado tan sabiamente la jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia*"; posición que ha sido seguida por los doctrinarios cordobeses actuales, proclives a la asimilación de la teoría francesa de la *falta de servicio*. Cfr. Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Astrea, Bs. As., 1973, ps. 72/73; del mismo autor,

Repositorio Institucional

d. Legislación y jurisprudencia posterior

Promulgada en el mes de octubre del año 1932, la ley Nº 11.634, importó un hito decisivo en la evolución del problema de la responsabilidad estatal, constituyendo, además, una prueba fehaciente de la conexión existente entre la imputación de daños al Estado y la cuestión jurisdiccional[121].

Dispuso el texto legal comentado la modificación del artículo 1° de la ley Nº 3.952, otorgando competencia a los jueces federales a fin de que conocieran en todas las *acciones civiles* que se dedujeran contra la Nación, *cualquiera fuera el carácter de su actuación* –poder público o persona jurídica de derecho privado-, *sin necesidad de venia legislativa previa*, bajo la condición de que se dedujera ante el Poder Ejecutivo una *reclamación administrativa* del derecho controvertido, procediendo la acción judicial sólo en el caso de que el presidente denegara el derecho reclamado.

"Responsabilidad del Estado", AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo III*, Foro de abogados de San Juan, Instituto de Derecho Administrativo, San Juan, 1999, ps. 9/23, *passim*; léase también su obra *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, ps. 363/387. Con algunos matices, véase también, Benigno ILDARRAZ, "Responsabilidad del Estado en la provincia de Córdoba" –con cita de Luis ABAD HERNANDO-, AA.VV., *Responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Bs. As., 2005, ps. 545/546; José L. PALAZZO, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 13; Domingo J. SESÍN, "Responsabilidad del Estado en la provincia de Córdoba", AA.VV., "*Responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*", RAP, Bs. As., p. 538.

[121] Si bien el problema jurisdiccional de competencia no recibió tratamiento en esta etapa, en tanto el eje de la discusión se centra en las cuestiones del fundamento y del modo de imputación de los daños al Estado; la afirmación del carácter público de las normas aplicables a la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, sumada a la consagración legislativa del doble ámbito de gestión pública –artículo 1° de la ley 3952 de demandas contra la Nación-, constituyen sentencias de clara reminiscencia francesa que permitían avizorar el conflicto futuro.

Repositorio Institucional

Dentro del contexto previamente descripto, la C.S.J.N. dicta sentencia en la causa "Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires"[122] (1938), cuyos hechos remiten a la demanda entablada por la actora en razón de la expedición de un certificado de contenido erróneo por parte del Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, instrumento a tenor del cual se verificó un negocio jurídico de compraventa de un inmueble, omitiéndose consignar en el mencionado certificado que el inmueble había sido enajenado con anterioridad por el mismo vendedor a un tercero[123].

Ante el éxito de la acción de reivindicación entablada por los herederos del primer adquirente contra el Ferrocarril Oeste -acción que se resolvió con la recompra del inmueble por parte de la empresa-, el Ferrocarril Oeste decidió demandar a la provincia de Buenos Aires con causa en la certificación errónea emitida por su Registro de la Propiedad[124].

En tal contexto fáctico, el Alto Tribunal ordena hacer lugar a la demanda, fundando su decisorio en los siguientes argumentos: *a)* Afrontando, por primera vez, la cuestión de la inaplicación del artículo 43 del código civil a la materia de la responsabilidad estatal, establece "*Que en lo que particularmente se refiere al Estado, considerado en su doble personalidad de derecho público y privado, la doctrina se ha orientado cada vez más en el sentido de reconocer su responsabilidad extra-contractual por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en el ejercicio de su función, cuando la en-*

[122] L.L. 12-122, con nota de Alberto G. SPOTA, "La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública".

[123] Cfr. Eduardo MERTHEIKIÁN, *La responsabilidad pública*, cit., ps. 86/88.

[124] Respecto a la problemática tratada en el fallo consignado, puede verse: Arabela GHERZI de SÁNCHEZ, "La Responsabilidad del Estado por los actos del registro de la propiedad inmueble", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La Responsabilidad del Estado*, Dike, Bs. As., 2004, ps. 210/248.

Repositorio Institucional

tidad ejerce un monopolio, un servicio público o una industria, y tan sólo diverge cuando se trata de actos de "jure imperii", en que principalmente se ejercitan los atributos de soberanía", en el contexto del caso, dada la obligación legal de munirse del certificado expedido por el registro pertinente previo pago de un sellado, la Corte entiende que el Estado provincial ha obrado no como persona de derecho privado o jurídica, sino como entidad de derecho público a cargo de una función monopólica, razón que justifica la inaplicación del artículo 43 del texto civil; *b)* En apelación, aunque indirecta y de justificación civil, a la noción de *falta de servicio*, el Tribunal Cimero afirma 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 (doctrina de los arts. 625 y 630 del código civil)*; *c)* Ratificando la aplicación del derecho público a las relaciones entre el Estado y sus gobernados, la C.S.J.N. expresa que la referencia a las normas civiles se funda en razones de *justicia y de equidad*; *d)* Por último, establece el citado cuerpo colegiado que *"... haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del cód. civil"*, nótese la referencia implícita a la inadecuación del artículo 36 del código civil a la situación debatida en el caso de marras, al imputar al Estado los actos irregulares de sus agentes, actos que podrían haber sido considerados *a priori* como *ultra vires*.

Así, el citado precedente se inscribe en la línea de *leading cases* fallados por el Alto Tribunal, fundamentalmente en mérito a sus desarrollos retóricos respecto de la inaplicación del artículo 43 del código civil a la responsabilidad estatal; como así también por

Repositorio Institucional

su alusión a la *ejecución irregular de un servicio* como fuente de obligación para la persona jurídica para la cual trabaja –en contra de lo dispuesto por el artículo 36 del código civil-, circunstancia que contribuye a la objetivación de la responsabilidad de la persona jurídica Estado[125], pese al mantenimiento del modo indirecto de imputación[126].

Sin embargo, la orientación sugerida por el Tribunal Cimero en el precedente "FF.CC. Oeste" no se constituyó en una corriente unívoca, según señala la profesora Reiriz, pues dentro de la confusión reinante era dable advertir en tal periodo dos tendencias, ambas edificadas sobre la base de la responsabilidad indirecta del Estado concebida no como culpa en la elección o en la vigilancia, sino como culpa del agente administrativo (órgano) operador del daño[127].

---

[125] Sin perjuicio de la alusión a la falta de servicio estatal como modo de incumplimiento de obligaciones legales, debe repararse en que el fallo hace también una alusión directa a la *culpa del personal actuante*; por esta razón la calificación de objetiva con que se connota a la responsabilidad estatal debe ser apreciada con prudencia. De otro modo, bien podría afirmarse que el fallo alude a la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado.

[126] Cfr. María G. REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., ps. 88/90. El *holding* del decisorio comentado fue ratificado en el caso "Echegaray, María Celia y otros c/ Gobierno Nacional" (1941), Fallos 190:457, con expresa invocación de la ley Nº 11.634.

[127] REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., ps. 95/99. Es claro que, en otros casos, tales como "Laplacette c/ Prov. de Bs. As." (1943), Fallos 195:66, se justificó la indemnización a cargo del Estado, en caso de daños causados sin culpa por la realización de obras públicas que perjudicaban bienes de particulares, sobre la base del resguardo constitucional de la propiedad privada según lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. El mismo fundamento fue esgrimido por el Alto Tribunal en una causa en la cual el propietario de un inmueble reclamaba del Estado Nacional un resarcimiento por los perjuicios que le ocasionaba el cambio de nivel de las calles de acceso a un puente próximo, caso: "Labrué" (1948), Fallos 211:46. Véase también, "Los Pinos S.A. c/ Municipalidad

Repositorio Institucional

Por un lado, una línea de decisiones judiciales en la cual la autora citada incluye a la mayoría de los precedentes de la C.S.J.N. y a la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación[128]- transita el andarivel de fundamentación propio de los artículos 1109 y 1113 del código civil; en tanto que la otra vertiente justifica sus sentencias en los artículos 1112 y 1113 del mismo texto legal, afincando la noción de culpa del funcionario en la ejecución irregular de una obligación de hacer o en la prestación deficiente del servicio público[129]. Con relación a los daños causados por las cosas de propiedad del Estado, se observa la constante apelación jurisprudencial al artículo 1133 del código civil, texto hoy derogado y reemplazado por el artículo 1113, segundo y tercer párrafo[130].

---

de la Capital" (1975), Fallos 293:617 y "Cipollini, Juan S. c. Dirección Nacional de Vialidad y otra" (1978), Fallos 300:143. Por último, respecto de la responsabilidad del Estado derivada del ejercicio abusivo de los poderes de guerra, puede confrontarse el precedente "Asociación Escuela Popular Germano Argentina Belgrano c. Gobierno de la Nación" (1959), Fallos 245:146.

[128] La referencia es conteste con la doctrina tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación según la cual sus dictámenes se ajustan al sentido de los Fallos de la C.S.J.N.; cfr. Silvia TESTONI y María J. RODRÍGUEZ, "La responsabilidad del Estado. Perfiles actuales. Su evolución en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación. Colofón: La responsabilidad del Estado en la emergencia", EDA, 2001-2002, 806/828.

[129] REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 96.

[130] *Idem*, p. 99. El artículo 1133 se ubicaba metodológicamente en el libro II, Secc. II, capítulo II, *De los daños causados por cosas inanimadas*. Obsérvese la referencia circular a las normas civiles, aun desde enfoques diversos, a efectos de justificar la imputación de daños al Estado.

Repositorio Institucional

e. Doctrina posterior

En el ámbito doctrinario, sin perjuicio de las obras clásicas que abordaron el problema de modo descriptivo[131], no resulta prudente clausurar el estudio de este largo periodo sin referir a ciertos enfoques originales de autores de las décadas del sesenta y del setenta, dables de ser incluidos en esta etapa por diversas razones de afinidad y continuidad científica[132].

En la etapa indicada, el primer Fiorini[133] sostuvo que el problema de la *reparatoria patrimonial* a cargo del ente soberano fluía de la existencia misma del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales presupuestaban la responsabilidad estatal, en particular el artículo 100 de la Constitución Nacional -según la antigua numeración- al permitir la demandabilidad de la persona jurídica pública estatal[134].

En el mismo sentido, propuso un sistema reparatorio de base objetiva, es decir, excluyente de cualquier atribución subjetiva de falta al órgano persona, al cual calificaba de *instituto exclusivo del derecho administrativo*[135].

Similar fundamento fue otorgado por Marienhoff a la cuestión de la responsabilidad estatal al señalar al *Estado de Derecho y sus postulados* como base de justificación de su deber reparato-

---

[131] Manuel M. DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. V, Plus Ultra, Bs. As., 1971; José CANASI, *Derecho Administrativo*, volumen IV, Depalma, ps. 467/671.

[132] En particular, resultan de cita obligada las obras de Fiorini –edición anterior y edición posterior a la reforma del código civil- y Marienhoff.

[133] Bartolomé A. FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, segunda parte, La Ley, Bs. As., 1968, ps. 1095/1133.

[134] *Idem*, *passim*; en especial, p. 1104.

[135] *Idem*, ps. 1103 y 1113.

Repositorio Institucional

rio[136]. Se trata, en opinión del mencionado jurista, de una responsabilidad *objetivamente* derivada del texto constitucional y *directamente* imputable al Estado[137].

Con relación a las normas de aplicación, según Marienhoff la reparación a cargo del Estado se rige por el *derecho público* en tanto la actuación dañosa del Estado haya tenido lugar en tal ámbito jurídico -si bien acepta que en caso de lagunas es dable acudir *subsidiariamente* al derecho civil-; o bien, por el *derecho privado* en aquellos casos en que los perjuicios imputables al Estado hayan resultado de la actuación de sus agentes dentro de ese ámbito normativo (el autor menciona aquí el caso de los daños causados por *vías de hecho* administrativas, aspecto que revela el sesgo de influencia francesa en esta teoría, el cual se verá corroborado en la determinación de los ámbitos jurisdiccionales competentes para juzgar los daños a partir de la definición del ámbito jurídico en el cual el Estado haya actuado)[138]. De modo conteste con la tesis vertida, en opinión de Marienhoff el artículo 1074 del texto civil resulta *analógicamente aplicable a las omisiones* estatales, hipótesis que excluye para tales casos la apelación a la doctrina de la *falta*

---

[136] MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 6° edición actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 724/728. Es dable consignar aquí que la primera edición de este tratado data del año 1965. En jurisprudencia, puede incluirse en esta corriente doctrinaria a la sentencia del caso "Cipollini" (1978), Fallos 300:143. En igual sentido se expide Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, segunda edición actualizada y ampliada, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 364.

[137] Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., ps. 732 y 755.

[138] *Idem*, ps. 761/762 y p. 842. El autor alude a la nota al artículo 31 como justificación de la inaplicación directa y primaria del código civil al Estado. Sin embargo, es difícil asumir argumentativamente la extrapolación de las premisas allí volcadas por Vélez al contexto normativo del mismo cuerpo legal según el esquema posterior a la reforma que le fuera introducida por la ley 17.711.

Repositorio Institucional

de servicio a la cual el autor radica en el artículo 1112 del mismo código[139].

No conviene soslayar como dato de análisis que, de algún modo, la determinación del carácter de las normas aplicables a la responsabilidad aquiliana a partir de la definición del ámbito de actuación del Estado importa una vuelta de tuerca respecto de la vieja doctrina de la doble personalidad estatal; reformulación que ya estaba presente, aun dentro de un contexto procesal diverso –ley Nº 3.952- en la doctrina de Bullrich conforme a la cual la actuación de actos de imperio y de gestión era siempre operada por un Estado con personalidad jurídica única. Así, la mencionada *remake* doctrinaria autoriza al autor glosado a pergeñar un esquema particular y casuístico de responsabilidad estatal en materias concernientes a la gestión del interés público, idea cara al pensamiento de Bielsa, según se expuso con anterioridad.

Dentro de otro esquema conceptual, sin renunciar al sustrato fundante de su teoría[140], el segundo Fiorini observa en las normas del código civil reformado –artículos 33, 43, 1109, 1112, 1113 y 1122- la solución al casuismo de la teoría francesa sobre la *falta de servicio*, con relación a la cual estima que constituye *"... un despegue bien acentuado sobre la teoría de la culpa"* circunscripta a la actividad del poder administrador[141].

Entiende Fiorini que la distinción entre *falta personal* y *falta de servicio*, si bien cumple en explicar el problema del daño impersonal ocasionado por el riesgo administrativo, pierde sentido desde

---

[139] *Idem*, ps. 750/752.

[140] Bartolomé FIORINI, *Derecho Administrativo*, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, p. 718.

[141] *Idem*, p. 732. Señala Fiorini que tan estricta es la vigencia de la teoría que deja indemne la zona de irresponsabilidad estatal derivada de los daños producidos por actos legislativos y judiciales.

Repositorio Institucional

el momento en que concibe la existencia de faltas administrativas derivadas del obrar culpable de los agentes públicos, evento que el autor estima imposible[142].

Sin embargo, el autor califica a este esquema de *atribución directa e imputación objetiva*, subyacente a su tesis, como de *sustancia publicista* y de *aplicación a toda la organización estatal argentina*[143].

f. Aspectos relevantes del periodo abordado

Los principales corolarios inferibles de las apreciaciones doctrinarias y jurisprudenciales correspondientes a este periodo remiten a las siguientes ideas:

La jurisprudencia describe un derrotero a tenor del cual, bajo la invocación de las normas civiles, se va construyendo un sistema preponderantemente objetivo de atribución de daños al Estado, aun cuando para la imputación de los mismos a la persona jurídica se siga apelando a la vía indirecta de la culpa en la elección o en la vigilancia, prevista en el artículo 1113 del código civil (tránsito desde el factor de atribución *subjetivo* y el modo de imputación indirecto al modelo *objetivo* e indirecto);

Por otra parte, la aplicación de la legislación civil por los jueces induce a la asunción del carácter unitario de la personalidad estatal, evento en el cual colabora la sanción de la ley Nº 11.634; al mismo tiempo, la doctrina más antigua sustenta la tesis de la personalidad estatal única y de la actuación del poder mediante actos de imperio y actos de gestión –Bielsa, Altamira-, en tanto que los textos posteriores no dan cuenta de tal distinción –excepción par-

[142] *Idem*, p. 733.

[143] *Idem*, p. 734.

Repositorio Institucional

cial de Marienhoff y su teoría de los ámbitos público y privado de actuación estatal-;

En doctrina, la tendencia del periodo revela un esfuerzo en pos de la *fundación legal* de la cuestión de la responsabilidad estatal (desde la necesidad de ley formal advertida por Bielsa y ratificada por Altamira a las cimentaciones constitucionales y civiles, por analogía o subsidiariedad, de Fiorini y Marienhoff);

En todos los casos el *régimen* es calificado doctrinariamente como *de derecho público* (Bielsa menciona la justicia distributiva), cualquiera sea el ámbito normativo al cual se acuda, siendo la jurisprudencia conteste con tal apreciación (v. gr. caso "FF.CC. Oeste");

Se observa a la *falta de servicio* como una teoría limitada e insuficiente en la atribución objetiva de los daños al Estado, estimándose superior la solución constitucional argentina, que en particular es radicada en la posibilidad de demandar al Estado conforme lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional (artículo 100 en la antigua numeración);

Salvo el caso de Fiorini y su propuesta de aplicación de las normas de *derecho público* contenidas en el *código civil*, la actitud del resto de los autores, empeñados en la búsqueda de normas propias del derecho público diversas a las contenidas en el código civil[144], sumada al proceso de objetivación de la responsabilidad estatal, va generando un vacío normativo que obliga a construir un sistema de base pretoriana –con claras reminiscencias francesas- que induce a Marienhoff a afirmar que "... *lo relacionado con la*

[144] Circunstancia de la cual es dable inferir la influencia solapada del caso *Blanco*, presente en la doctrina de Bielsa, Altamira y Marienhoff, si bien, en este último caso, circunscripta a la actuación del Estado en el ámbito del derecho público.

Repositorio Institucional

responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica ... sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica y de normas positivas dispersas y parciales"[145];

La calificación de las normas regulatorias de la responsabilidad estatal –públicas o privadas- trae consigo el problema de la jurisdicción competente para entender en los conflictos derivados de los daños a terceros imputables al Estado –ya esbozado por Marienhoff-.

Según se verá en el desarrollo posterior, el proceso de objetivación en la imputación de daños al Estado seguirá afianzándose, aunque el modo de atribución será directo, conforme los nuevos paradigmas doctrinarios que impondrán, finalmente, la teoría francesa de la falta de servicio[146].

4) ETAPA ACTUAL: CONSOLIDACIÓN DE LA *FALTA DE SERVICIO*

Según se ha señalado, la consolidación del criterio de la falta de servicio como factor de atribución y modo de imputación de daños al Estado, que culminaría imponiéndose en el caso "Vadell"[147], fue un proceso signado por precedentes judiciales correspondientes a la década del setenta, que indujeron su rumbo[148], dictados en cir-

---

[145] Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, cit.

[146] Cfr. Héctor J. ESCOLA, *Compendio de Derecho Administrativo*, volumen II, Depalma, Bs. As., 1984, ps. 1129/1131.

[147] "Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires" (1984), Fallos 306:2030; también en ED 114-215, con nota de Juan C. CASSAGNE, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte".

[148] Cfr. MERTHEIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit., ps. 88/91. Casos: "Automotores Faillace Triangeli" (1973), Fallos 287:108; "Sánchez Puppulo" (1974), Fallos 288:362; y "Gallegos Botto" (1974), Fallos 290:71. En estos prece-

Repositorio Institucional

cunstancias similares a las del *leading case* citado en tanto refieren a errores causados en el funcionamiento irregular del Registro de la propiedad inmueble de la provincia de Buenos Aires[149].

Al mismo tiempo, cabe consignar la sanción, en el año 1972, de la ley Nº 19.549 de procedimientos administrativos[150], que estableció, como condición previa a fin de lograr la habilitación de la instancia judicial, la interposición de un *reclamo administrativo* –artículo 30- dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, al margen de los supuestos en los cuales se requiere el tránsito por la vía impugnatoria –artículos 23 y 24, inc. b) referidos a actos administrativos de alcance individual-, o bien, la interposición de un *reclamo impropio* –artículo 24, inc. a) relativo a actos administrativos de alcance general-[151].

---

dentes, a efectos de construir el *holding* decisorio, se apeló a los artículos 1109, 1112 y 1113 del código civil.

[149] Ha expresado Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, "*Estamos convencidos que el desplazamiento hacia el derecho público surgió ante la necesidad de crear criterios más objetivos de responsabilidad. Hoy que estas pautas son receptadas en el derecho privado no existen razones jurídicas que impongan una dualidad de régimen en este tipo de hechos*"; "La Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Tucumán, 1982, Ediciones UNSTA, p. 63.

[150] Modificada luego por las leyes Nº 21.686 y Nº 25.344.

[151] Según afirma una sector de la doctrina, en expresión dable de ser compartida, las normas contenidas en los artículos 30 y siguientes de la L.P.A. derogaron orgánicamente la vieja ley Nº 3.952 de demandas contra la Nación, comprendiendo también las cuestiones civiles regidas por el derecho común; cfr. María JEANNERET de PÉREZ CORTEZ, "Control judicial – Habilitación de la instancia judicial", AA.VV. *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 69; también en su artículo "Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo", AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, ps. 137/139. En igual sentido,

Repositorio Institucional

Dentro del contexto sumariamente referido, en el año 1984 el Alto Tribunal resuelve la causa "Vadell, Jorge F. c/ Prov. de Bs. As.", expresando en el considerando 5° de la sentencia "*Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles ... Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del cód. civil, que establece un régimen de responsabilidad "por 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*", agregando, en el considerando siguiente, "*Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del cód. civil, al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten ... En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas*"[152].

Julio R. COMADIRA, –con la colaboración de Laura M. MONTI-, *Procedimientos Administrativos*, T. 1, La Ley, Bs. As., 2002, ps. 503/506.

[152] Se ha señalado con acierto que, en casos posteriores (ver citas de los precedentes "Zacarías", "Román", "Marmetal" y "González" en la nota siguiente), la Corte ha perfilado la doctrina de la falta de servicio, requiriendo la descripción objetiva y precisa, por parte del actor, de la actividad estatal reputada irregular,

Repositorio Institucional

Según se extrae de las afirmaciones expuestas, el Tribunal Cimero consolida en el caso de marras la aludida doctrina francesa, al vincular el cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del Estado con la idea de la falta de servicio, y a esta última con el artículo 1112 del estatuto civil mediante la apelación a la teoría del órgano.

De este modo, el precedente "Vadell" sienta las bases para la *configuración objetiva* –según los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales que le antecedieron- y directa –como aporte de originalidad del caso- del Estado por los daños causados a terceros por sus órganos, mediando cumplimiento irregular de las funciones a su cargo; a mayor detalle, la Corte argumenta la aplicación *subsidiaria* –no analógica- del código civil, dada la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado *en el ámbito del derecho público*.

Sin perjuicio del errático curso seguido por la jurisprudencia posterior, los postulados que emanan del decisorio "Vadell" configuran, veinte años después de su dictado, el eje de las discusiones en materia de responsabilidad estatal; de allí su tratamiento eminente, como punto de partida de los abordajes doctrinarios contemporáneos[153].

---

como así también, la vinculación causal entre esa actividad y el daño sufrido; debiendo valorarse, a efectos de su determinación, la condición de la actividad, la conexión entre la víctima y el servicio, los medios de que dispone el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Confróntese lo expuesto con lo resuelto en el precedente "Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros", C.S.J.N., 6 de marzo de 2007, considerando 6, causa M.802.XXXV; véase también, Ernesto N. BUSTELO, "Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio", *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Bs. As., 2005, p. 29.

[153] Se citan como casos que reafirman la aplicación de la teoría de la falta de servicio, en situaciones en las que se demanda al Estado por daños derivados de su actividad ilícita, las siguientes sentencias de la C.S.J.N.: "La República

Repositorio Institucional

CIA. de Seguros Generales S.A. c/ United Airlines y otro s/ incumplimiento de contrato" (2004), Fallos 327:106, especialmente considerando 7°; "Gothelf, Clara Marta c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios" (2003), Fallos 326:1269; "Decker, Guillermo A. C/ Provincia de Buenos Aires s/ sumario" (2003), Fallos 326:964; "Amiano, Marcelo E. y otro c/ P.E.N." (2003); "Greco, Domingo O. c/ Covisur S.A." (2003), Fallos 326:750; "Vicente, Adriana E. c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" (2003/09/30). También en caso de omisiones del poder judicial y duración excesiva de la prisión preventiva, casos: "De Gandía" (L.L. 1996-D, 79) y "Rosa", C.S.J.N. (1999/11/01). Cfr. Juan C. CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI*, Dike, Bs. As., 2004, ps. 53/54-. Hacen mención a la falta de servicio como modo de imputación y factor de atribución de daños al Estado, los precedentes: "Hotelera Río de la Plata", Fallos 307:821, en especial considerando 8°; "Tejedurías Magallanes c/ Administración Nacional de Aduanas" (1989), Fallos 312:1659, en especial considerando 10; "Brumeco S.A. c/ Prov. de Buenos Aires s/ cobro de australes", Fallos 313:907, en especial considerando 3°; "Agencia Marítima Rioplast S.A.", Fallos 315:2865, especialmente considerando 3°; "España y Río de la Plata S.A. de Seguros S.A.", Fallos 316:2136; "Román", Fallos, 317:1233; "Alfredo Marietta Marmetal c/ B.C.R.A.", Fallos 318:74; "González, Carlos y otros c/ B.C.R.A.", Fallos 318:77; y "Zacarías", Fallos 321:1124. En relación con la responsabilidad estatal por acto lícito y la alusión a los artículos 16 y 17 de la C.N. como su fundamento, se refiere el caso: "Mocchi, Ermanno y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" (2003), Fallos 326:847, especialmente considerando 5° último párrafo. En cambio, no siguieron la doctrina de la falta de servicio los precedentes: "Lema, Jorge H. c/ Provincia de Bs. As. y otros s/ daños y perjuicios" (2003), Fallos 326:820, especialmente considerando 6° (fundado en los artículos 512 y 902 del código civil); "Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy L.L. 1991-A-50 –con nota de R. H. Brebbia "Las personas jurídicas –y las sociedades comerciales en particular- como sujetos pasivos de agravio moral", especialmente considerando 18, también Fallos 313:284 (1990); "Estado Nacional c/ Provincia de Río Negro", Fallos 317:146. Tampoco se aplicó la doctrina de la falta de servicio en casos de accidentes de tránsito, v. gr.: "Bonadero Alberdi de Inaudi c/ FF.CC. Argentinos" (1988), en especial considerando 6°, Fallos 311:1018; y, "Valle, Roxana E.; c/ Provincia de Bs. As. y otro s/ daños y perjuicios" (2003/04/10), en los cuales se apeló a la aplicación del artículo 1113 del código civil. La misma fundamentación fue otorgada en los casos "Pose, José D. c/ Provincia del Chubut s/ daños y perjuicios" (1992), Fallos, 315:2834; y, "Bullorini, Jorge y otro c/ Provincia de Córdoba", L.L. 1994-C-

Repositorio Institucional

Cabe consignar que la clasificación en enfoques diversos, que se realiza a continuación, obedece a un criterio meramente didáctico que no pretende agotar el esquema de situaciones posibles de descripción, pues la realidad que resulta de las aplicaciones es, por regla, más fecunda y matizada que su limitada explicación.

a. Enfoques iuspublicistas

En general, estos enfoques acuerdan en la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado por principios y normas de derecho público[154], como así también en el empleo de la teoría del órgano a efectos imputar responsabilidad *directa* al Estado, continuando una antigua tradición que, remontándose a antecedentes alemanes y franceses, fue seguida por la doctrina nacional desde sus primeros expositores; en tanto que difieren, en el factor de atribución de los daños a la persona jurídica Estado, *objetivo* en un caso, *subjetivo* en otro, *mixto* en el último.

En el desarrollo subsiguiente se delinearán los matices particulares de cada desarrollo.

a.1. Objetivista

Continuando, en líneas generales, la obra doctrinaria de Marienhoff, el profesor Cassagne propone la aplicación sectorizada, parcial y analógica de la legislación civil al problema de la respon-

178, respecto de daños causados con cosas de propiedad estatal; en tanto que, a fin de excluir la responsabilidad del Estado por accidentes causados por animales sueltos en la ruta, se apeló al artículo 1124 del código civil en los casos: "Ruiz" L.L. 1990-C-430 y "Colavita", Fallos 323:318, entre otros.

[154] La apelación a principios de derecho público es característica de Gordillo, en tanto que Cassagne alude a normas y principios, como se podrá confrontar en el desarrollo posterior.

Repositorio Institucional

sabilidad estatal, junto a principios de derecho público, y normas constitucionales y de derecho administrativo –en general, normas de derecho público, locales o provinciales conforme el imperativo contenido en el artículo 121 de la Constitución Nacional-[155].

Asocia el jurista citado el problema de la responsabilidad estatal a la idea perenne de la justicia, a la par de criticar las tesis que propugnaron la necesidad de ley general o especial para responsabilizar a la persona jurídica Estado[156] -Bielsa y Altamira-.

La primera distinción que se formula dentro de esta doctrina –bajo la influencia del sistema francés de doble jurisdicción- es la referida a los daños proferidos por el Estado actuando en el ámbito del derecho civil y aquellos ocasionados en el terreno del derecho administrativo; así, expresa el autor: "*Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del Derecho Civil o Mercantil (v. gr. bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del Derecho Privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre*

---

[155] Juan C. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, LexisNexis Abeledo-Perrot, 7° edición, Bs. As., 2002, p. 478. Según se explicara, en opinión de Marienhoff, la responsabilidad estatal es objetivamente derivable del texto constitucional y directamente imputable al Estado; en la doctrina del profesor Cassagne, se mantendrán ambas condiciones, objetiva y directa, sin embargo, la nota de objetividad será extraída del artículo 1112 del código civil, como receptor de la doctrina francesa de la falta de servicio. En este punto, Cassagne sigue la interpretación de Linares, quien sitúa la fuente del artículo 1112 del código civil en el § 447, nota 16, de la obra de Aubry et Rau, lectura de la cual podría inferirse la extensión del texto a la responsabilidad de la persona jurídica Estado, de modo tal que el citado artículo referiría, literalmente, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado, no a la de los funcionarios públicos.

[156] *Idem*, p. 478.

Repositorio Institucional

otros, el artículo 43 y las disposiciones de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual. En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del Derecho Público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el artículo 1112 del Código Civil..."[157].

De acuerdo a este enfoque, el artículo 1112 del código civil es una norma de derecho público, que, receptando el factor objetivo de imputación de raíz francesa *falta de servicio*, refiere a la *responsabilidad del Estado por daños ilícitos causados en ejercicio de la función administrativa-*, daños que le son atribuidos a la persona jurídica pública *de modo directo y objetivo*, en consonancia con la teoría del órgano y el factor de atribución arbitrado[158].

---

[157] *Idem*, p. 485. En este aspecto, obsérvese la continuidad argumental de la doctrina argentina representada por los desarrollos de Bullrich (actos de imperio y actos de gestión), Bielsa (responsabilidad del Estado como poder administrador) y, especialmente, Marienhoff (Estado actuando en el ámbito del derecho público o en el ámbito del derecho privado).

[158] *Idem*, ps. 483, 502 y 535. Repárese en la vetusta influencia de la teoría del órgano en la doctrina argentina. Resultan de lectura importante las apreciaciones que realiza Cassagne en relación con la interpretación dinámica del citado artículo 1112 y el énfasis del autor al ratificar que la norma explicita los principios de derecho público contenidos en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, y excluye la noción de culpa en favor de la falta de servicio como factor atributivo de responsabilidad, cit. p. 548. Véase también, del mismo autor, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", AA.VV. *Estudios de Derecho Administrativo XI*, Dike, Buenos Aires, 2004, ps. 34/38. Una lectura diversa del mismo artículo, es decir, favorable a la interpretación de su relación con la responsabilidad de los funcionarios públicos, puede verse en Federico VIDELA ESCALADA, "La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos", E.D. 116, ps. 751/765, en especial, p. 763 (1986). En seguimiento de esta doctrina la C.S.J.N. ha puesto de manifiesto, en reiteradas oca-

Repositorio Institucional

Dentro del ámbito de responsabilidad estatal regido por el derecho administrativo, el autor distingue entre la responsabilidad contractual y la aquiliana[159], distinción que califica de meramente *didáctica*, dado el fundamento de la restitución, en ambos casos, en la justicia conmutativa[160] (no obstante, parece claro que la falta de distinción entre estos ámbitos, por parte del autor glosado, obedece al carácter objetivo con que Cassagne connota a la responsabilidad extracontractual, hecho que la coloca en un perfil casi indiferenciado respecto de la responsabilidad contractual).

Con relación a los daños causados por el Estado en ejercicio de función administrativa, en la faz aquiliana, sólo resultan comprendidos por la noción de falta de servicio aquellos a los cuales es dable tildar como *antijurídicos* pues los cometidos en ejercicio de una actividad lícita resultan indemnizables por aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley[161] -de aquí el tercer

siones, "*Que las circunstancias descriptas determinan la responsabilidad concurrente de las demandadas en los términos de la doctrina establecida por esta Corte en reiterados precedentes, con arreglo a la cual "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (Fallos: 306:2030; 316:2136; 318:1800; 324:492; 325:2949; 326:4003, etc.)*" - Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios. S. 2790. XXXVIII, considerando 6, ORIGINARIO-.

[159] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., p. 485. Circunstancia que no excluye para estas hipótesis al fundamento genérico contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

[160] *Idem*, p. 486.

[161] *Idem*, p. 489.

Repositorio Institucional

jalón de distinción: responsabilidad administrativa, extracontractual, ilícita-.

La actividad estatal ilegítima dañosa obrada por el Estado puede provenir tanto de hechos y actos administrativos, cuanto de actos legislativos materiales y formales, como así también de actos jurisdiccionales ilícitos –si bien en este caso el autor acuerda un tratamiento particular dadas las condiciones especiales de restitución-[162].

Con referencia a las hipótesis de omisiones estatales dañosas, Cassagne señala la necesidad de que se trate de obligaciones concretas a cargo de la persona jurídica estatal, es decir, que no operen de modo genérico o difuso, situación que queda regida por los artículos 1112 y 1074 del código civil[163].

En materia de daños causados con cosas de propiedad estatal, el autor en estudio ha criticado, recientemente, la aplicación de la teoría del riesgo que resulta de la aplicación del artículo 1113 del código civil, dado que amplía en máximo grado el deber de reparar del Estado, obligándolo a asumir un deber de resultado[164]; señala Cassagne al efecto que "... *mientras la responsabilidad civilista por riesgo pone el acento en los intereses de la víctima, la responsabilidad de derecho público tiene que armonizar la justicia*

---

[162] *Idem*, p. 495/496.

[163] *Idem*, ps. 518/519. En este punto, el autor se aparta de la doctrina de Marienhoff, quien considera inaplicable la noción de falta de servicio a la responsabilidad estatal por omisión.

[164] Cfr. Juan C. CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", cit., p. 53. Es dable interpretar que la afirmación refiere al dominio público estatal, pues *en materia de dominio privado del Estado el autor ha aludido a la aplicación del código civil*, según se vio con anterioridad.

Repositorio Institucional

conmutativa con la distributiva de los bienes comunes (el patrimonio estatal) y las cargas propias de la justicia legal".

De modo conteste con las ideas expuestas, el Estado se exime de responder en aquellos casos en que media una *falta personal* del funcionario público –v. gr. hechos de la vida privada del agente, dolo, lucro personal, falta grave inexcusable, delito de derecho criminal, vías de hecho, etc.-; casos en los cuales resultaría de aplicación el artículo 1109 del código civil, salvo que la falta personal concurriera con la falta de servicio, circunstancia en la cual también debería aplicarse el artículo 1112 del citado cuerpo legal[165].

Por último, resulta trascendente señalar que, conforme la doctrina en exposición, en caso de faltas de servicio, frente al tercero dañado sólo responde el Estado, sin perjuicio de la acción que le pudiera corresponder a la persona jurídica contra el funcionario dañador[166].

Ligeras diferencias separan a la doctrina expuesta de otras teorías de carácter objetivista, tal como es el caso de la tesis defendida por el profesor Salomoni, cuyo punto de partida radica en resaltar la originalidad del derecho administrativo nacional, sosteniendo que el *artículo 1112* del estatuto civil importa, por voluntad de su autor, una *norma de derecho público* interpolada en su texto que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, de modo directo y conforme un factor atributivo objetivo, refiriendo

---

[165] Juan C. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, p. 535. Afirma el autor citado que existirá falta personal "*... siempre que los hechos reprochados a un agente público se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio, incluso en su funcionamiento defectuoso*".

[166] *Idem*, p. 535. Confróntese esta opinión con la de Gordillo, para quien en tal caso se trata de una obligación *conjunta in solidum*.

Repositorio Institucional

tanto a la responsabilidad derivada de actuaciones ilícitas cuanto a aquellas que provienen de *actos lícitos*[167].

En el mismo orden de ideas, resulta importante destacar que el artículo 1112 del código civil ha sido calificado, en otras ocasiones, como una *norma de derecho federal*[168], o bien, como un principio de derecho común aplicable por vía de analogía ante el *caso administrativo no previsto*, es decir, sólo en la hipótesis que no existan normas o principios de derecho público que reglen la situación (aplicación supletoria)[169].

---

[167] Jorge L. SALOMONI, "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina", E.D. Serie especial de Derecho Administrativo, miércoles 29 de marzo de 2000, ps. 7/11, en especial, p. 9. Nótese que son dos los puntos prioritarios de diferenciación con la doctrina del profesor Cassagne; en primer lugar, la afirmación de originalidad de la fuente nacional (evento que desestima la recepción de la teoría de la falta de servicio en el artículo 1112 del código civil), contra la raíz francesa aludida por Cassagne; en segundo término, la inclusión de la responsabilidad derivada de daños causados por actividad estatal lícita dentro del contexto de la referida norma civil, dado el previo rechazo de la doctrina de la recepción normativa de la teoría francesa de la falta de servicio.

[168] Beltrán GAMBIER y Pablo PERRINO, "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", J.A., Derecho Administrativo, 6 de noviembre de 1996, p. 41.

[169] REIRIZ, "Responsabilidad del Estado", AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 227. Esta teoría tiene la ventaja de brindar una explicación plausible a la encrucijada que plantea la consideración del artículo 1112 del código civil como una norma de derecho público, en tanto su aplicación en el llamado "caso no previsto" deja indemne la potestad legislativa local en tal materia; en tanto que, conforme la otra tesis, se trataría de una norma de derecho público sólo aplicable al Estado Federal por vía analógica y subsidiaria –supuesto el sistema dualista que distingue entre derecho público y privado- por cuanto su extensión aplicativa a las provincias violaría –en el esquema descripto- el imperativo constitucional que prevé la existencia de poderes no delegados (cfr. Juan C. CASSAGNE, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración", L.L. jueves 28 de julio de 2005, p. 1). De igual modo, la consideración del

Repositorio Institucional

Sin perjuicio de la crítica que autores clásicos, como Bielsa y Altamira, formularan acerca de la imprecisión de la teoría de la falta de servicio como criterio atributivo de responsabilidad, la doctrina expuesta, pese a su innegable influencia doctrinaria[170] y

artículo en comentario como una norma de derecho federal también contribuiría a circunscribir su ámbito de aplicación.

[170] Con matices, la idea de la responsabilidad directa y objetiva del Estado en función de sus faltas de servicio, bajo la invocación de un régimen de derecho público, es aceptada por la mayor parte de los autores, v. gr. Manuel M. DIEZ, –con la colaboración de Tomas HUTCHINSON-; *Manual de Derecho Administrativo*, t. 2, sexta edición, Plus Ultra, Bs. As., 1997, ps. 409/431; Jorge L. SALOMONI, "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina", cit.; Guido S. TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Bs. As. 1993, 2° edición, p. 127; Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, "Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Bs. As., 2005, ps. 17/28; Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit., p. 93 -este autor considera que la aplicación del artículo 1112 del C.C. es acertada, como apelación a la teoría de la falta de servicio, pero que, no obstante, debe ser directa *"por ser una de las fuentes de las obligaciones, cuya ubicación metodológica (legislación de fondo) es la más ajustada al reparto de competencias entre la legislación federal y la local"*, asimismo, estima que el artículo 1113 del texto civil puede ser aplicado en los casos de daños causados con cosas de propiedad estatal-; Carlos BOTASSI, "Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder judicial. Condenas erróneas e irregularidades procesales", AA.VV., *La responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Bs. As., 2005, *passim*. María G. ÁBALOS, AA.VV., *Derecho Administrativo*, Ismael FARRANDO y Patricia Raquel MARTÍNEZ (Directores), Depalma, Bs. As., 1999, p. 569/570; Beltrán GAMBIER y Pablo PERRINO, "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", cit.; Armando N. CANOSA, "Nuevamente el artículo 1113 del código civil y la responsabilidad del Estado", E.D. t. 157, p. 84, comentario al caso "Pose, José D. c/ Provincia del Chubut s/ daños y perjuicios; Javier I. BARRAZA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, La Ley, Bs. As., 2003, p. 83; Carlos E. COLAUTTI, *Responsabilidad del Estado –problemas constitucionales-*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 54/57; Alejandra D. ABREVAYA, *Responsabilidad civil del Estado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As, 2003, p. 80;

Repositorio Institucional

jurisprudencial, presenta flancos argumentales débiles con relación a:

a) La asistematicidad normativa en que sume al problema de la responsabilidad aquiliana estatal, al sujetarla a patrones de amplitud normativa indefinida, tales como los aludidos "principios de derecho público";

b) La dificultad de aceptar que el artículo 1112 del código civil plantee un modo de imputación directo y un factor de atribución objetivo de responsabilidad a la persona jurídica Estado, cuando el texto literalmente menciona la responsabilidad de los funcionarios públicos. En igual sentido, no resultan irrazonables las opiniones a tenor de las cuales la *falta de servicio*, concebida como factor de atribución, trasunta la idea de *culpa en la prestación del servicio*, hipótesis en la cual caería su condición objetiva[171];

c) La idea que tal artículo recepte el factor de imputación de raíz francesa *falta de servicio*, conforme las explicaciones que oportunamente se refirieron respecto a la fuente del texto. En todo caso, podrá asumirse la existencia de la *falta de servicio como factor de atribución* en razón de la labor doctrinaria y pretoriana que la

---

Horacio T. LIENDO, "La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo", L.L. 1983-B-951/962, en especial p. 961; Alejandro J. USLENGHI, "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 49; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "¿La responsabilidad del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?", L.L. 1998-C-201.

[171] Confróntese al respecto el precedente "Grecco c/ Covisur", Fallos 326:750. Lo mismo ocurre si se piensa en un oficial de justicia que da por notificada una demanda civil mediante fijación de cédula por no haber sido atendido en el domicilio, incumpliendo la norma procesal que le ordena dejar aviso por única vez informando que volverá al día siguiente; sólo la negligencia permite comprender la falta de servicio que el caso alberga.

Repositorio Institucional

ha impuesto, aunque reconociendo su extraneidad a toda base legal formal. Se trata de una institución típicamente francesa incorporada al derecho argentino en la década de los ochenta, útil como criterio en el marco de la doble jurisdicción del país galo pero extraña al sistema normativo argentino;

d) La apelación a la analogía como modo de resolver las lagunas normativas que la teoría plantea, circunstancia que la limita *gnoseológicamente* a quienes se enrolan en el realismo clásico iusfilosófico[172]; y, por último,

e) Los problemas prácticos de distinción entre ámbito administrativo de responsabilidad y ámbito privado estatal de responsabilidad[173], en particular, las cuestiones prácticas que derivan de ellos, tales como la relativa al fuero competente para discernir los pleitos y la jurisdicción a la cual corresponde legislar en la materia (nuevamente surge en estas consideraciones la impronta francesa de la teoría, pues la taxativa delimitación de campos jurídicos es

---

[172] Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación (La nueva retórica)*, traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, p. 569, texto en el cual se expresa: "*Nadie ha negado la importancia de la analogía en la conducta de la inteligencia. Sin embargo, reconocida por todos como un factor esencial de invención, se la ha tratado con recelo tan pronto como se la quería convertir en un medio de prueba. Es cierto que algunas teorías filosóficas, como las de Platón, Plotino o Santo Tomás, han justificado el uso argumentativo de la analogía gracias a la concepción que suministran de lo real; pero, de este modo parecía que este uso estaba vinculado a una metafísica y unido a su destino. En cambio, la mayoría de las veces, los pensadores empíricos sólo ven, en la analogía, una semejanza de índole menor, imperfecta, débil, incierta. ... Su único valor sería el de permitir la formulación de una hipótesis que se debe comprobar por inducción*".

[173] Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)", AA.VV., *El contencioso-administrativo y la Responsabilidad del Estado*, A.A.D.A., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, p. 39.

Repositorio Institucional

un resultado de la extrapolación del *holding* decisorio del caso Blanco al derecho argentino).

Por último, resulta de interés poner de relieve que admitir la existencia de responsabilidad estatal indirecta y objetiva fundada en las normas civiles, no importa, necesariamente, acudir al factor de atribución subjetiva *culpa* previsto en el artículo 1109, ni al artículo 1113 a fin de obtener un modo de imputación indirecto; pues puede entenderse, como lo hace esta tesis, que los artículo 43 y 1113 del código civil estatuyen una responsabilidad indirecta y objetiva -fundada en el riesgo como factor de atribución[174]-, según se verá en el desarrollo del capítulo tercero, segunda sección.

a.2. Subjetivista

De acuerdo con los autores argentinos que se enrolan en esta corriente de opinión, la responsabilidad extracontractual del Estado -a la cual sólo por *eufemismo* sería dable denominar *civil*- estando regida por principios de derecho público, es connotada como *directa* –en seguimiento de la teoría del órgano- *y subjetiva* –pues se estima que el Estado *puede actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos,* de modo coherente con la visualización de la *faute de service* como *culpa en la prestación del servicio.*

En el sentido expuesto, afirma Gordillo que el artículo 1112 del código civil estatuye la responsabilidad personal y directa de los funcionarios públicos –sin perjuicio de lo dispuesto al efecto en el artículo 36 de la Constitución Nacional-[175].

---

[174] Según se explicará más adelante, la idea de riesgo aludida no se vincula con la teoría del riesgo social de Duguit, en tanto posee una impronta civil que permite evitar la conversión del Estado en un asegurador de los riesgos sociales.

[175] Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t. 2, 4° edición, Bs. As., 2000, p. XIX-5.

Repositorio Institucional

Un punto importante es que, en opinión del jurista citado, la razón que justifica la existencia autónoma del artículo 1112 del código civil frente a la previsión contenida en el artículo 1109 del mismo texto, radica en que la expresión *incumplimiento irregular de las obligaciones legales* no responde exactamente a la idea de *cuasidelito* prevista en el otro artículo. De este modo, entiende que, a tenor de la norma contenida en el artículo 1112 *tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad*, circunstancia en la cual funda la inaplicación al caso del artículo 1074 del mencionado cuerpo legal[176]. Además, no sólo el daño económico está comprendido en la alocución referida, sino cualquier daño generador de responsabilidad[177].

El daño debe resultar subjetivamente atribuible al funcionario, es decir, debe mediar dolo o culpa del agente público en su producción –por ello, la obediencia debida eximiría al agente de responsabilidad-[178]; no obstante, la responsabilidad directa y subjetiva del funcionario no excluye la responsabilidad *conjunta, in solidum*, del Estado persona jurídica[179].

Ahora bien, a juicio del autor glosado la responsabilidad estatal resulta reglada por criterios de derecho público, pues las normas civiles invocadas en las decisiones jurisprudenciales son siempre modificadas con arreglo a los principios del derecho público[180] -esto implica que no es dable distinguir, como lo hacen los ob-

---

[176] *Idem*, ps. XIX-9 a XIX-13. Cfr. la opinión en contrario de MARIENHOFF en su obra *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996.

[177] Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., XIX-15.

[178] *Idem*, XIX-17.

[179] *Idem*, XIX-25/26.

[180] *Idem*, XIX-17/18.

Repositorio Institucional

jetivistas, entre ámbitos de actuación del Estado a fin de determinar el derecho aplicable, pues éste siempre será el derecho público[181]-. Así, en materia de responsabilidad estatal por hechos y actos administrativos, Gordillo postula la imputación directa y la atribución subjetiva de los mismos a la persona jurídica Estado[182], en tanto entiende que *"el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos"*, órganos que trasuntan su actuación *directa*[183], toda vez que los agentes públicos que los encarnan obren en el *ejercicio aparente* de las funciones que les han sido encomendadas[184].

Del modo expuesto, el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas al órgano importa una *falta de servicio*[185], imputable directamente al Estado y atribuible al mismo a título de culpa, pues, como afirma Reiriz enfatizando los lineamientos de este enfoque, el sistema francés de responsabilidad del Estado se-

---

[181] En sentido concordante, Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, 10° edición, Ciudad Argentina, Bs. As., 2004, ps. 1077/1078.

[182] En un sentido similar –responsabilidad directa y subjetiva- se expiden: Adolfo R. VÁZQUEZ, *Responsabilidad aquiliana del Estado y de sus funcionarios*, 2° edición actualizada y ampliada, La Ley, Bs. As., 2001, ps. 34/35 y 99; y, Carlos F. BALBÍN, "Responsabilidad del Estado en el ámbito de la Ciudad autónoma de Buenos Aires", *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, La responsabilidad del Estado*, RAP, Bs. As., 2005, p. 263.

[183] Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., XIX, ps. 20 y 24. Podría decirse que para Gordillo el artículo 1112 del código civil debe leerse, literalmente, como norma que regula la responsabilidad directa y subjetiva de los funcionarios públicos e, implícitamente, como regla de imputación directa y subjetiva de daños al Estado.

[184] No son, por tal razón, dependientes en los términos del artículo 1113 del código civil.

[185] Esta idea es rescatada al abordarse, en el capítulo VII, punto 6), el problema de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Repositorio Institucional

guido en el precitado caso "Vadell", sería de corte netamente subjetivo[186].

Parece claro que esta concepción se funda en criterios organicistas y referencias implícitas a las doctrinas realistas en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, conforme su *asociación entre daño resarcible por una persona jurídica y atribución subjetiva del mismo a su causante material a título de culpa*; nexo completamente ajeno a la tesis sostenida en este trabajo.

Por otra parte, esta posición deja sin resolver, dada su apelación a las reglas del derecho público, el antes referido problema de asistematicidad normativa, hecho que subsume a la cuestión de la responsabilidad aquiliana estatal en un marco pretoriano de soluciones -no siempre predecible en sus aplicaciones-, aunque con invocaciones regulares a las normas civiles.

Cabe consignar, por último, que en respuesta a los postulados expuestos por la tesis subjetivista, el profesor Cassagne ha puntualizado recientemente que las críticas al carácter objetivo del factor de atribución *falta de servicio* -bien sea que estén fundadas en la acepción francesa del concepto de *faute* y su vinculación conceptual con la idea de *culpa*, o en que la noción de *actuación irregular* implica una conducta sólo evaluable subjetivamente (culpa

[186] María G. REIRIZ, "Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado", AA.VV., *Las bases constitucionales del derecho administrativo*, R.A.P., Año XXVI, Nº 309, ps. 245/263, en especial, ps. 248 y 253. Es interesante destacar aquí que, en su precitada obra *Responsabilidad del Estado*, p. 19, la profesora Reiriz vincula el texto del artículo 1384 del Código Napoleón con el artículo 1113 del código civil, en cuanto ambos textos refieren a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente (de hecho, la nota del artículo 1113 del código civil remite al artículo 1384 del Código Napoleón). La cuestión dista de ser nimia si se considera que los conflictos respecto de la lectura del artículo 1112 del código civil surgen de la remisión de Vélez, en la nota a ese artículo, a la obra de Aubry et Rau.

Repositorio Institucional

en la provisión del servicio)- contradicen, según afirma el autor, la doctrina y la jurisprudencia francesa mayoritaria[187], inclinada a "*... asignar carácter objetivo a la falta de servicio*", en razón que "*... la apreciación de esta falta es una apreciación de elementos objetivos*", en tanto se funda "*... en las condiciones relativas a la causalidad y a la imputabilidad o relativas al daño en sí mismo*"[188].

a.3. Mixto

Desde un perfil diferenciado, el profesor Barra estima que, si bien la responsabilidad del Estado es objetiva y directa estando regida *a priori* por el derecho público con fundamento en la justicia distributiva[189]; en determinadas situaciones, sin renunciar a tal especie de justicia, es dable buscar la solución del caso de conformidad a las normas del derecho civil[190].

---

[187] Confróntese al respecto, Juan P. MARTINI, "Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado", Revista de responsabilidad civil y seguros, La Ley, año VII, Nº XII, diciembre de 2005, ps. 35/49, en especial p. 45. Afirma el autor que la palabra francesa *fault*, en su acepción jurídica, sirve tanto a la designación del concepto *culpa* cuanto al concepto *hecho ilícito*, p. 46.

[188] CASSAGNE, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", L.L., jueves 28 de julio de 2005, ps. 1/4, en especial, p. 2. Según se verá más adelante, la tesis de la pertinencia normativa comparte estos postulados expuestos por el profesor Cassagne, no obstante, niega que los mismos respondan a una regulación de derecho público anidada en el artículo 1112 del código civil –falta de servicio-, estimándolos, en cambio, inferibles de la condición indirecta de la responsabilidad estatal de acuerdo a la adhesión a la teoría de Kelsen-Hart en torno a la personalidad jurídica, reconocible en el texto del artículo 43 del código civil.

[189] En igual sentido véase, René M. GOANE, "Responsabilidad del Estado en la provincia de Tucumán", AA.VV., *La responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Bs. As., 2005, p. 215.

[190] Rodolfo C. BARRA, "Responsabilidad de Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", E.D. 122-859/875, en especial, p. 861.

Repositorio Institucional

Así, el particular dañado podrá demandar a la Administración imputándole *responsabilidad subjetiva*, en los términos de los artículos 43, 1113 y concordantes del código civil; o bien, *responsabilidad objetiva*, por falta de servicio, acto lícito, revocación de actos o contratos por razones de interés público o en situaciones especiales tales como la expropiación o la ocupación temporánea[191].

Se trata, en este caso, de un enfoque que procura resolver con pragmatismo una cuestión ardua, viéndose limitado, sin embargo, por la teoría de justicia que esgrime, teoría que obliga a direccionar las soluciones desde un enfoque iuspublicista, aun cuando el autor citado advierta las similitudes de régimen y la coherencia normativa del estatuto civil.

b. Enfoques iusprivatistas:

Dos perspectivas de análisis contrapuestas presenta el panorama doctrinario civil contemporáneo, el arbitrariamente denominado *de la dualidad resarcitoria*, respetuoso, en líneas generales, de los desarrollos formulados sobre la materia desde el derecho administrativo; y el de la *unidad resarcitoria* que postula la vigencia de un derecho de daños edificado sobre principios comunes a las diversas ramas del derecho. A ellos refiere el desarrollo posterior.

b.1. Dualidad resarcitoria

Desde el derecho privado, puede citarse a un grupo de autores para quienes la cuestión de la responsabilidad estatal está regida, primordialmente, por el derecho público, vale decir, autores que aceptan los desarrollos propuestos desde la doctrina adminis-

[191] *Idem*, *passim*.

Repositorio Institucional

trativa –en particular la tesis de Marienhoff/Cassagne-, al punto de aludir a la justicia distributiva como fundamento del deber resarcitorio a cargo del Estado, a la falta de servicio como factor de atribución directa y de imputación objetiva derivada de la teoría del órgano, y a la aplicación analógica de las normas civiles[192].

Ejemplo paradigmático de este enfoque es el voto de la Dra. Highton de Nolasco en el caso "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional s/ juicio de conocimiento" (2005)[193], en el cual pone de manifiesto la ausencia de normativa singularizada para el caso de la llamada responsabilidad estatal por actividad lícita –considerando 10- recurriendo por tal razón, bajo la invocación del artículo 16 del código civil, a principios de leyes análogas a fin de resolver el problema en cuestión, solución que encuentra en la ley nacional de expropiaciones, dado que la analogía debe fundarse, en opinión de la ministro opinante, en principios de derecho público dado el interés público en juego –considerandos 11 y 12-, pues, a diferencia del derecho privado donde rigen criterios de justicia conmutativa, *"en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva"*.

b.2. Unidad resarcitoria

En las antípodas del planteo anterior es dable posicionar a aquellos enfoques civilistas que asumen el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado desde el perfil de las normas que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas, postu-

---

[192] Carlos A. GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2003, ps. 413/424, *passim*. Sin dogmatismo, puede incluirse dentro de este sector doctrinario al balance descriptivo que realizan Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo J. LÓPEZ MESA, en su: *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV., La Ley, 2004, ps. 1/209.

[193] E.187-XXXVII, C.S. julio 28-2005, EDA, 2005, p. 209.

Repositorio Institucional

lando el carácter unitario del derecho de daños a partir de la concepción unitaria del ordenamiento jurídico[194].

En tal orden de ideas se afirma que *la responsabilidad del Estado no es distinta de la responsabilidad civil, y que, por lo tanto, se rige por el código civil, en particular, para algunos autores por lo dispuesto en los artículos 43 y 1109 –responsabilidad directa y subjetiva- en la esfera extracontractual y en los artículos 505 y siguientes en el ámbito contractual*[195]; en tanto que para otros juris-

[194] Cuyos expositores más destacados son Jorge MOSSET ITURRASPE y Aída KEMMELMAJER de CARLUCCI. No obstante, la profesora KEMELMAJER ha admitido -en trabajos de antigua data- la división del derecho en *público* y *privado*, habiéndose referido a la *posible aplicación al derecho público de los principios vigentes en el derecho privado*, véase su trabajo, "La Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", cit., p. 55. Sin perjuicio de ello, la idea de unidad del fenómeno resarcitorio puede confrontarse en sus votos en condición de ministro de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. En particular pueden verse los casos: "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza p/ Daños y Perjuicios" L.L. 1989-C-511, con nota de Juan Carlos CASSAGNE "La responsabilidad del Estado por omisión"; "Ladino, Luis c/ Municipalidad de Tunuyán s/ Daños y Perjuicios"; Revista del Foro de Cuyo Nº 48, p. 266; y "Díaz de Ghiotti, Ana c/ Municipalidad de la Capital" (1996). Véase también, Jorge MOSSET ITURRASPE, "La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo", cit.; del mismo autor: *Responsabilidad por daños*, tomo X, La responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004. Gustavo CARRANZA LATRUBESE, *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, *passim*.

[195] Jorge MOSSET ITURRASPE, "La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo", cit., p. 765. Un criterio generalizado en las teorías civilistas es su desinterés por la inserción de sus desarrollos dogmáticos –al uso decimonónico- dentro de contextos de elaboración que excedan lo exegético, penetrando en las nociones filosóficas fundamentales relativas a la fuente, el sistema y la interpretación jurídica. Es claro que debe excluirse de esta observación, entre otros, a autores como Aída KEMELMAJER –cfr. al respecto su artículo "El Derecho de Daños en el marco del Derecho Constitucional", AA.VV., *Las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo*, en honor a J.B. Alberdi, RAP, año XXVI-309, p. 170-; Ricardo LORENZETTI, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, *passim*; y Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad*

Repositorio Institucional

tas podría imputarse responsabilidad por daños al Estado empleando, indistintamente, un modo de imputación *directo* o *indirecto* -según se apele o no a la teoría del órgano-, sin que puedan deducirse de tal circunstancia consecuencias prácticas trascendentes[196].

En este último caso, si bien se manifiesta que la responsabilidad le resulta *atribuida objetivamente* al Estado con fundamento en una *obligación legal de garantía*[197], se estima que la responsabilidad tendrá base *subjetiva* en aquellos casos en que el Estado deba indemnizar en razón de conductas antijurídicas de sus agentes, obradas en ejercicio o con ocasión de sus funciones[198] –

civil por riesgo creado y de empresa –contractual y extracontractual-, Parte General, Tomo I, La Ley, Bs. As., 2006.

[196] Cfr. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, "Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", cit., ps. 64/67.

[197] Al decir de Llambías, de la consideración de "*... la diligencia de la empresa en cuanto tal...*", no de la culpa de quien dio la orden o de la culpa de quien la ejecutó, cfr. Jorge J. LLAMBÍAS, "Daños causados por productos elaborados", L.L. 1979, B-1093.

[198] Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, "Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", cit., p. 72. La autora citada excepciona de tal regla los casos en que el derecho privado regule la hipótesis de que se trate como un supuesto de responsabilidad objetiva. En el texto que se ha citado, la profesora Kemelmajer afirma que la *base subjetiva* de la responsabilidad imputada al Estado en razón del obrar antijurídico de sus agentes es inexcusable, atento que "*Lo contrario llevaría a resultados absurdos: las víctimas preferirían ser atendidas en hospitales públicos y no en privados a los fines de no tener que acreditar la culpa del médico o el equipo que intervino en el tratamiento ...*"; no obstante, esta apreciación no parece del todo consistente en tanto, si se acepta que *quien se vale de una organización debe responder por los daños que causa su funcionamiento*, es decir, si se asume la teoría de la obligación legal de garantía como *factor objetivo de atribución*, la regla valdría tanto para el Estado cuanto para un sanatorio privado propiedad de una sociedad anónima. En este caso, la objetivación de la responsabilidad con la consecuente inversión de la carga probatoria resulta razonablemente derivable de la opción libremente ejercitada por parte de los propietarios de la

Repositorio Institucional

interpretando esta alocución en los términos explicitados con anterioridad-, salvo que se trate de obligaciones de resultado –como expedir correctamente una certificación- o de daños causados por el riesgo o vicio de cosas de propiedad estatal, en que la responsabilidad tendrá base *objetiva*[199].

No obstante lo afirmado, es prudente señalar que no todos los autores enrolados en este enfoque aceptan la idea de la aplicación directa de la legislación civil[200], pues en algunos casos se apela a ella de modo subsidiario, o bien, por vía analógica[201].

---

clínica privada de marginar su responsabilidad personal, directa y subjetiva, mediante el empleo de la técnica de la personalidad jurídica a los fines de acotar sus hipotéticos compromisos indemnizatorios a las sumas de capital aportadas a la forma organizativa plural. De modo coherente con lo expresado, en el caso de la adopción privada de formas societarias tolerantes de la responsabilidad personal e ilimitada de los socios –v. gr. sociedad colectiva-, no sería irrazonable considerar que a efectos de intentar una acción cuyo resultado indemnizatorio recaiga sobre el patrimonio del socio –no del capital social- deba probarse la imputación subjetiva del daño.

[199] Nada impide incluir a esta posición doctrinaria dentro de las posiciones que asumen enfoques realistas respecto de la persona jurídica -cfr. Jorge H. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 481-, dato de importancia al momento de evaluar que las diferencias de calificación del régimen legal –público o privado, según las tesis esbozadas con anterioridad- no reconocen un fundamento diverso en torno a tal cuestión.

[200] Tal como podría inferirse de la lectura del comentario al artículo 1112 del código civil –a cargo de la profesora Aída Kemmelmajer de Carlucci- en el tomo 5 de la obra de Augusto C. BELLUSCIO (Director) y Eduardo A. ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., texto que, como se expresó con anterioridad, refleja una evolución en el pensamiento de la jurista, afín a la idea de unidad del fenómeno resarcitorio.

[201] Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, "Visión jusprivatista de la Responsabilidad del Estado", Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 9, segundo párrafo, al momento en que remite a BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anota-*

Repositorio Institucional

En general, desde este enfoque se aborda el problema del daño resarcible distinguiendo -al modo de los planteos administrativistas- entre daños antijurídicos y daños causados por el Estado sin que medie una infracción aparente a las normas jurídicas –daños lícitos, campo en el cual se tiende a aceptar las soluciones postuladas desde el derecho administrativo[202], asumiéndose, en éste último caso, el potencial carácter restringido de la indemnización a cargo del Estado[203].

Por otra parte, algunos de estos civilistas fundan la aplicación de la legislación civil en la dimensión conmutativa de la teoría clásica de la justicia[204], de la cual infieren la diferencia de régimen legal[205].

A mayor detalle, existe una opinión doctrinaria a tenor de la cual se acepta la existencia del factor de atribución *falta de servi-*

---

do y concordado, cit., comentario al artículo 43, a cargo de Jorge E. LAVALLE COBO, t. 1, p. 228, en donde se pone de manifiesto que: "*... aun en aquellos casos en que la responsabilidad del Estado debe regirse por el derecho público, resulta aplicable la ley civil a título de analogía, por no existir normas específicas de derecho administrativo que lo resuelvan*".

[202] Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. X, cap. VII, ps. 256/285, en especial, p. 267.

[203] KEMELMAJER de CARLUCCI, "La Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", cit., p. 62.

[204] MOSSET ITURRASPE, *La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo*, cit., p. 770. La profesora KEMELMAJER ha aludido a la idea del "*responder distribución*", como categoría diversa al "*responder sanción*", en la cual se fundaría el deber resarcitorio en los casos de actos lícitos dañosos, atribuyendo tal tesis a José M. LÓPEZ OLACIREGUI -cfr. "La Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", cit., p. 61-.

[205] No es el caso de aquellos autores que sostienen *la responsabilidad civil como un fenómeno resarcitorio unitario*, fundado en una *exacta valoración del derecho positivo*, como ocurre con Alberto J. BUERES, véase al respecto su *Derecho de daños*, Hammurabi, Bs. As., 2001, ps. 442/444.

Repositorio Institucional

cio, al cual se anida, junto a la falta personal del funcionario, en el artículo 1112 del código civil[206].

En relación con esta última cuestión, al comentar el texto del referido artículo, expresa la profesora Kemelmajer de Carlucci que, mientras Llambías encuentra la fuente de la norma glosada en el texto y en la nota 8 del § 446 de la obra de los jurisconsultos franceses *Aubry et Rau*[207] (Vélez, en la nota al artículo comentado, cita la nota 7 del libro galo)[208], Linares la sitúa en el § 447, nota 16, lectura de la cual podría inferirse la extensión del texto a la responsabilidad de la persona jurídica Estado[209].

Sin embargo, de la confrontación directa de la fuente reseñada resulta que en ambas secciones se alude a la responsabilidad

---

[206] Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. X – Responsabilidad del Estado-, cit., p. 162, especialmente, nota a pie de página Nº 43. Como se aprecia, esta opinión queda a mitad de camino entre el objetivismo de la falta de servicio postulado por Cassagne y la lectura del artículo 1112 según la mención exclusiva de los funcionarios públicos, al modo de KEMMELMAJER de CARLUCCI.

[207] BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1° edición 1984, 3° reimpresión, 2002, comentario al artículo 1112, a cargo de Aída Kemelmajer de Carlucci, t. 5, p. 404 y 413. En doctrina, también se ha señalado la similitud de redacción entre la norma referida y el artículo 839 del código civil alemán, cfr. Rodolfo BULLRICH, *La Responsabilidad del Estado*, cit., p. 189; Rafael BIELSA, *La Responsabilidad del Estado como Poder Administrador*, cit., p. 417; Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 4° edición, XIX-6.

[208] Resulta sugestiva la cita que Vélez hace en la nota en comentario al texto francés, en tanto permite inferir, aunque de modo libre, que el codificador podría haber considerado a los funcionarios públicos como dependientes del Estado, en términos de interpretación próximos a los del artículo 1113 del código civil.

[209] BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., p. 404. Véase también, Jorge J. LLAMBÍAS, *Obligaciones*, IV-B, Nº 2804, nota 1; Juan F. LINARES "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", L.L. 153-606.

Repositorio Institucional

civil derivada de *cuasi* delitos y de casos asimilables, entre los cuales, como segundo supuesto, se cita a la responsabilidad indirecta de los mandatarios y comitentes y, en particular, a la responsabilidad del Estado, como comitente, por los daños causados por sus empleados en el ejercicio de sus funciones[210].

Se trataría entonces, en la hermenéutica de la fuente, de una responsabilidad indirecta de la persona jurídica con causa en los perjuicios ocasionados a terceros por un mandatario suyo -funcionario o empleado público- obrando *intra vires*[211].

Por ello, parece inexacto afirmar, a la luz de la fuente indicada, que el artículo 1112 del código civil estatuya una responsabilidad directa –por referencia expresa del texto citado- y objetiva del Estado, o bien, directa –por aplicación de la teoría del órgano- y subjetiva de esa persona jurídica; en tanto, dentro del marco interpretativo que brinda el *corpus* civil y de la ubicación de la norma en el plan del código (libro segundo, sección segunda, título IX, de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son deli-

---

[210] C. AUBRY et C. Rau, *Cours de Droit Civil Francais*, quatrième édition, tome quatrième, Paris, imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie., 1871, p. 759.

[211] Sin embargo, aun disintiendo, no debe dejar de considerarse la *interpretación dinámica del artículo 1112* propuesta por el profesor CASSAGNE en las últimas ediciones de su obra *Derecho Administrativo*, en particular la octava edición del año 2006, ps. 534/537. Véase también, Viviana M. C. BONPLAND, "Responsabilidad Extracontractual del Estado (análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código)", L.L. 1987-A-779, artículo en el cual se da cuenta que la edición de la obra de Aubry et Rau empleada por Vélez debió ser la tercera, del año 1856 y no la cuarta, pues esta es posterior a la sanción del código civil argentino. De cualquier modo, aun en la tercera edición de la referida obra –tome troisième, Cosse imprimeur-éditeur, Paris, 1856, p. 551- se lee: "*L´État, répresenté par les divers ministères, et les administrations ou régies publiques, sont, comme tout commettant, responsables des dommages causés par leurs employés, agents, ou serviteurs, dans l´exercise de leurs fonctions ou de leur service*".

Repositorio Institucional

tos), el texto en cuestión alude sólo a la responsabilidad directa y subjetiva del agente[212], encontrándose normada la responsabilidad indirecta y objetiva de la persona jurídica Estado en el artículo 43 del mismo estatuto[213].

c. Enfoque integral

Frente a las perspectivas de análisis elaboradas desde el derecho público y desde el derecho privado, la *teoría de la pertinencia normativa* postula radicar el deber resarcitorio aquiliano a cargo del Estado en el marco reglamentario que las reglas civiles otorgan al principio constitucional que ordena no dañar a otro, atendiendo a razones de unidad conceptual, adecuación normativa y condición de la víctima; argumentos cuya consideración redunda,

---

[212] Respecto a la relación existente entre el artículo 1109 y el artículo 1112 del Código Civil, véase, BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 1112, a cargo de Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, t. 5, ps. 411/413.

[213] Un capítulo particular merece la opinión de MOSSET ITURRASPE, quien en su obra, *Responsabilidad por daños*, T.X., Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 157, por un lado parece afirmar el criterio de la responsabilidad directa del Estado dada la condición de órgano del funcionario público, a partir de la norma contenida en el artículo 1112 del código civil, expresando textualmente, "*... los daños causados por el funcionario-órgano se "imputan directamente" al Estado. Ésta es la regla. Las consecuencias del obrar del funcionario se atribuyen a la estructura estatal de la que aquél forma parte*"; en tanto que, por otro lado, en el tomo III, p. 474, de la misma obra, que data del año 1998, si bien argumenta, en sentido concordante, a favor de la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por los funcionarios públicos (reservando la aplicación del artículo 1113 –responsabilidad indirecta- para el caso de los daños causados por empleados públicos), basa tal aserto en el artículo 43 del código civil, al manifestar, de modo literal, que: "*... de los actos de los funcionarios ... responde la Administración Pública. La norma aplicable no es otra que el artículo 43 del Código Civil*".

Repositorio Institucional

desde un perfil pragmático de observación, en mayor sistematicidad normativa y mayor previsibilidad jurisprudencial[214].

En el sentido expuesto, tal como se expresó en la introducción de esta obra y se reproduce aquí por razones metodológicas, el carácter *indirecto y objetivo* de la responsabilidad aquiliana del Estado resulta de su condición de persona jurídica pasible de ser imputada por daños causados: *a)* por actos –administrativos, legislativos y judiciales-, hechos y omisiones -*formales y materiales*- de sus funcionarios, en ejercicio o con ocasión de sus funciones; *b)* por hechos u omisiones materiales de sus dependientes en ejecución de sus tareas[215]; y, *c)* por el riesgo o vicio de las cosas de su propiedad; de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 33, 36, 43 y 1113 del código civil.

En el primer caso, la recepción del concepto del *intra/ultra vires*, supuesto un daño ocasionado por un acto u omisión dañosa atribuible a un funcionario público *en ejercicio* o *con ocasión* de sus funciones (mediando, en la última hipótesis, *un obrar u omitir no manifiestamente extraño a su competencia* -estándar de la representación aparente-), hace patrimonialmente responsable al Esta-

---

[214] Según señalara en 1941 Arturo ACUÑA ANZORENA en su artículo "La responsabilidad extracontractual del poder público –comentario al caso Marquez c/ prov. de Córdoba-", sala 2° de apelaciones en lo civil y comercial de Córdoba, publicado en L.L. t. 24, p. 459, en especial p. 466, "*... Tal vez la aplicación extensiva del artículo 1113 del cód. civil a las relaciones del poder público con sus funcionarios no se acorde perfectamente con los principios de derecho público; sin embargo estas posibles deficiencias o insuficiencias no bastan para abandonarlo, pues cabe tener presente que, como el propio Hauriou lo ha manifestado, siempre es ventajoso ponerse bajo el amparo de una ley*".

[215] Cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado,* cit., comentario al artículo 43, a cargo de Jorge E. LAVALLE COBO, t. 1, p. 227.

Repositorio Institucional

do del pago de la indemnización debida a la victima; en caso contrario, sólo el funcionario debe responder.

Del modo expuesto, la existencia de una acción de responsabilidad *directa* contra el Estado -como única acción o bien en paralelo a una acción contra el *funcionario público*- se encuentra fundada en la noción de representación, sin necesidad de apelar a la teoría del órgano (arts. 33, 36 y 43 del código civil).

En las otras dos hipótesis, resulta de aplicación el artículo 1113 del código civil, conforme la remisión expresa del artículo 43 *in fine* del mismo texto[216].

Para la doctrina de la pertinencia normativa, alineada con la doctrina de Kelsen-Hart en materia de personalidad jurídica, el hecho de que la responsabilidad estatal por los daños causados por representantes de la persona jurídica sea *indirecta* determina su condición *objetiva*, pues no hay atribución subjetiva que pueda derivar de la imputación indirecta de un daño[217].

Es por ello que, de acuerdo a la precitada teoría, no es posible concebir a la *responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas según un factor subjetivo de atribución*[218], pues las teorías que así lo consideran parten desde tesis realistas de la personalidad jurídica que les permiten afirmar la condición directa de la imputación mediante la apelación a la teoría del órgano[219], o bien

---

[216] *Idem*, t. 1, p. 218.

[217] Salvo que se apele a la doctrina de la *culpa in eligendo o de la culpa in vigilando*, evento que constituiría, de hecho, sólo una elipsis argumental incompatible con la noción de personalidad jurídica como mera construcción lógica.

[218] Como lo sugieren, según se analizó al momento de estudiar el enfoque iusprivatista de la unidad resarcitoria, MOSSET ITURRASPE y Aída KEMMELMAJER -esta última jurista sólo para el caso de obligaciones de medio-.

[219] Como bien lo señala LAVALLE COBO, la teoría organicista incurre en un exceso al establecer una analogía completa entre las personas físicas y las perso-

Repositorio Institucional

su imputación indirecta a partir de la idea de representación y culpa en el obrar del agente[220].

La afirmación precedente respecto de la objetivación de la imputación del daño a la persona jurídica Estado implica dos cuestiones fundamentales: *a)* la necesidad de acudir al análisis exhaustivo de la relación causal a fin de lograr una correcta imputación de los perjuicios[221], dado que; *b)* corresponderá al Estado acreditar el cumplimiento regular de la obligación a su cargo a efectos de eximirse de responsabilidad[222]; bastándole al actor con probar que el daño que ha sufrido se encuentra vinculado por medio de un nexo adecuado con la actuación de un agente público en ejercicio de sus funciones[223].

---

nas jurídicas, Cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 43, t. 1, p. 218.

[220] Así, por ejemplo, en la doctrina de la profesora KEMMELMAJER quien acepta, según se vio, que la responsabilidad de la persona jurídica puede ser indirecta –si se asume la teoría de la representación- o directa – si se acepta la teoría del órgano-.

[221] Recuérdense los precitados argumentos del profesor CASSAGNE en su respuesta a las críticas que se le formulan a su teoría desde el subjetivismo.

[222] De hecho, la prueba del cumplimiento regular de la obligación a cargo del Estado importará acreditar la inexistencia de negligencia en el obrar del funcionario (desde el enfoque subjetivista), o bien, la no configuración de una falta de servicio (desde el enfoque objetivista); tratándose de una inversión de la carga probatoria a tales efectos.

[223] Conclusión con la cual disiente gran parte de la doctrina citada, para la cual, salvo el caso de obligaciones de resultado en el cual se reconoce el carácter objetivo de la responsabilidad, debe probarse la imputabilidad del daño al agente, en los términos del artículo 1109 de código civil, cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 43, a cargo de Jorge E. Lavalle Cobo, t. 1, ps. 222/223.

Repositorio Institucional

La objetivación de la responsabilidad del Estado reconoce razones de índole diversa, a saber: *a)* por un argumento de lógica formal, una persona jurídica no puede ser *culpable* por el hecho de un representante suyo; *b)* conforme a una razón de lógica jurídica, la aplicación a las personas jurídicas de la *teoría del riesgo y la garantía* se explica por la condición del uso de la forma asociativa plural de la cual el ente estatal no puede desprenderse[224]; *c)* de acuerdo a argumentos asociados al análisis económico del derecho, las soluciones de *responsabilidad objetiva* son legalmente articuladas en los casos en que es necesario, preponderantemente, asegurar la precaución del autor del daño, dada su elevada potencialidad dañosa, condición plenamente predicable de los representantes de la persona jurídica Estado –evento que requerirá la determinación de indemnizaciones perfectamente compensatorias, ajenas a nociones tales como la de daños punitivos o ejemplares-; *d)* desde un perfil de análisis eminentemente procesal, la teoría de las *cargas probatorias dinámicas o del principio de solidaridad y colaboración* daría pie a asumir que el Estado está en mejores condiciones que el particular dañado a efectos de acreditar la regularidad de la prestación del servicio[225]; e) por razones de garantía

[224] Cfr. Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa –contractual y extracontractual-*, Parte General, T. I, La Ley, Bs. As., 2006, p. 130.

[225] Cfr. Roland ARAZI, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. 1, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 350/351. Es interesante observar que el artículo 625 del código civil –a la sazón citado por la C.S.J.N. en el precedente FF.CC. Oeste- dispone "*El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho*", texto del cual podría inferirse que quien acciona contra el Estado debe acreditar el daño, la relación causal y la imputabilidad, sin otros aditamentos. Véase también el C.P.C.y C. artículo 377.

Repositorio Institucional

del patrimonio individual, dada la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado.

Este esquema normativo, anidado en un enfoque jurídico integral que se aparta de la distinción sustancial entre derecho público y privado, se funda en una teoría de justicia de tipo procedimental, *"la justicia como equidad"* de raíz rawlsiana, que otorga a las reglas de aplicación invocadas una base de justificación competitiva con la teoría de la justicia clásica, de todo lo cual se dará cuenta en el capítulo tercero de esta obra.

5) CONCLUSIÓN: BALANCE PROSPECTIVO

El desarrollo precedente ha permitido comprobar la hipótesis argumental propuesta al comienzo de este acápite, según la cual *las premisas del caso Blanco, sentadas dentro del marco de un sistema de doble jurisdicción, con antecedentes políticos sui generis y en un momento histórico inicial, al ser trasladadas a un sistema jurisdiccional judicial como el argentino, oscurecieron el esquema interpretativo local en la materia, obstaculizando la adhesión a un modelo normativo homogéneo para la regulación de la responsabilidad estatal.*

La constatación de tal hipótesis autoriza a postular algunos corolarios fundamentales para el avance posterior de este trabajo, a saber:

Que la fuerza determinativa de la forma procesal sobre la materia normativa, característica del sistema francés de tribunales administrativos y afirmada en el precedente *Blanco*[226], ha in-

[226] Cfr. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 3, donde se analizan los aportes del caso *Blanco* a la teoría general del derecho administrativo, entre los cuales se refiere, en primer lugar, "*Le principe de la liai-*

Repositorio Institucional

fluido notablemente en los derechos que han abrevado en ese sistema;

Que es dable reconocer ese sesgo definitorio de la jurisdicción administrativa tanto respecto a las situaciones jurídicas subjetivas (aspecto que ha sido puesto de relieve por el profesor Mairal quien, con cita de Giannini, afirma: "... *[N]no es el interés legítimo el que crea al juez administrativo, sino que ocurre lo contrario* ..."[227]), cuanto al contenido de fondo comúnmente atribuido al derecho administrativo[228]; de modo tal que la conceptualización material del derecho administrativo obedece más a la delimitación de los alcances de la jurisdicción contencioso administrativa que a un criterio ciertamente objetivo o subjetivo[229];

---

son de la compétence et du fond est affirmé: aussi bien les conclusions que l´arrêt lui-même établissent un lien direct et réciproque entre l´application de règles *autonomes, exorbitantes du droit privé, et la compétence de la juridiction administrative*". Véase también, María G. REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 12; Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, cit., p. 278/279.

[227] Héctor A. MAIRAL, "Los meros pronunciamientos administrativos", AA.VV. *Derecho administrativo –en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff-*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, ps. 651/661.

[228] Cfr. Pablo E. PERRINO, E.D. 178-984, citado en la exposición de motivos del proyecto de código contencioso administrativo federal, de la cual se extrae la siguiente nota, *"el núcleo central de todo ordenamiento procesal administrativo lo constituye la materia contencioso-administrativa porque ésta es el elemento que informa la jurisdicción administrativa"*.

[229] Confróntese, a modo ilustrativo, el proyecto de código contencioso administrativo federal del año 1999, elaborado por el profesor Julio R. Comadira, artículos 1° a 4°. En realidad, bajo el rótulo del derecho administrativo se agrupan una serie de cuestiones referidas en algunos casos al sujeto que las realiza (Estado) y en otros a la circunstancia de que el hecho, acto u omisión de que se trata sólo puede ser materialmente obrado u omitido por el Estado. Entonces, esas dos miradas que reposan alternativamente en el sujeto o en su acción resultan configurativas de un criterio mixto (objetivo-subjetivo) que actúa como principio de definición. En el mismo sentido, puede confrontarse el artículo de Juan

Repositorio Institucional

Que la premisa antes formulada se ve ratificada al constatar las dificultades que surgen cuando se intenta definir el ámbito de la responsabilidad estatal regido por el derecho administrativo a partir de una noción objetiva de daño causado por el Estado en ejercicio de actividades públicas, a fin de justificar la inaplicación en esos casos de las normas civiles que regulan la responsabilidad por daños; pues es en esa imposibilidad fáctica de discernir con claridad entre *daños ocasionados por una administración pública en ejercicio de sus prerrogativas y daños causados cuando ésta actúa como cualquier otra persona jurídica*[230] donde se advierte la influencia de la conceptualización del campo procesal administrativo sobre la materia administrativa aun en los sistemas judicialistas. De modo tal que, parafraseando la cita anterior podría afirmarse que *no es la responsabilidad pública estatal la que demanda la existencia de un juez con competencia en asuntos administrativos, si no que ocurre al revés*;

Que esa influencia heredada de lo procesal sobre lo material es la que, aplicada con corsé al sistema judicialista argentino, ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia dominante justificar los viejos dogmas del caso *Blanco*, manteniendo aun hoy que la responsabilidad del Estado no está regida por el derecho civil cuando éste actúa en función administrativa, hecho que, a final de cuen-

---

Octavio GAUNA "Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", autor que refiere como regla de oro para dirimir las controversias de competencia en la materia a la consideración de *la norma de preponderante aplicación para dirimir la controversia planteada*, con cita de Fallos 164:140, AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, ps. 420/421.

[230] Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)", AA.VV., *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, A.A.D.A., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, p. 39. De hecho, más que difícil, procurar tal distinción resulta poco útil.

Repositorio Institucional

tas, termina negando su carácter general y absoluto pues niega que el Estado pueda, al menos en principio, responder como cualquier otra persona jurídica, sometiéndose su accionar dañoso a un grupo normativo heterogéneo e impreciso que tiñe de sombras las soluciones casuísticas que de el derivan;

Que el sistema argentino, aunque no carente de originalidad, constituye una derivación casi evidente de las premisas anteriores, pues el reparto de competencias dentro del poder judicial federal entre el fuero civil y el contencioso administrativo[231] reserva el

[231] Juan F. LINARES, "Lo contencioso administrativo en la Justicia Nacional Federal", L.L. t. 94. ps. 919/926. En relación con el derecho provincial véase, María J. BARRESE, "Responsabilidad del Estado ¿materia incluida o excluida de la acción procesal administrativa? –especial referencia a la Provincia de Neuquén", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Bs. As., 2004, ps. 57/87, en especial, ps. 86/87. Es de utilidad confrontar el texto citado con las afirmaciones vertidas por Irmgard LEPENIES, en su artículo, "La responsabilidad del Estado y del Funcionario Público en la provincia de Santa Fe", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, ps. 495/501, en especial, p. 496, en la cual se alude a la remisión constitucional santafesina a las normas del derecho común en aquellos casos de responsabilidad del Estado y de los funcionarios por actos ilícitos que causan daños a terceros. Respecto de la autonomía de la pretensión de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual en relación con la pretensión de ilegitimidad de actos administrativos en el código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, cfr. Ana M. BEZZI, "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires, El nuevo código contencioso administrativo - Cauce procesal y responsabilidad – Derecho ambiental", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, Bs. As., 2005, p. 110. En igual sentido véase, Laura M. MONTI, "Aspectos de la Regulación de la Responsabilidad del Estado en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", *Idem*, p. 114. Sobre el mismo tópico confróntese, Alejandra PETRELLA, "Acerca de la responsabilidad pública en el ámbito de la Ciudad autónoma de Bs. As.", *idem*, ps. 286/288, autora que da cuenta de los conflictos de competencia planteados en la materia entre los jueces en lo contencioso administrativo de la ciudad de Bs. As. y diversas salas de la Cámara Nacional en lo Civil; véase también, Patricio E. SAMMARTINO, "La responsabilidad del los po-

Repositorio Institucional

proceso administrativo para aquellos casos en que la responsabilidad del Estado resulta del pretendido ejercicio de *función administrativa* (v. gr. de actos administrativos ilícitos en situaciones en que la pretensión reparatoria haya sido deducida conjuntamente con la pretensión anulatoria), casos en los cuales el estatuto civil resulta de aplicación excluida (nótese que el esquema no responde con exactitud a la distribución de competencias según la categorización entre faltas personales y faltas de servicio, pues hay conflictos de raíz prestacional –v. gr. daños causados con cosas del dominio público- en las cuales entienden los jueces con competencia civil). Sin embargo, en aquellos casos en que los daños resulten de situaciones en las cuales para requerir su reparación sea necesario intentar una acción ordinaria que tramite por medio del proceso civil, la competencia será de los jueces civiles y el marco normativo de aplicación será el código civil (v. gr. cobro de pesos, desalojos, acciones posesorias y petitorias, daños y perjuicios, cumplimiento de contrato, etc.). Además, el sistema se integra con dos mecanismos o vías procedimentales paralelas de agotamiento de la instancia administrativa previa (aunque sólo parcialmente concordantes con el reparto de competencias antes referido), la *vía impugnatoria*, frente a actos administrativos cuya nulidad se pretende y de los cuales resultan daños (téngase presente que en la materia las

---

deres públicos en la ciudad de Bs. As.", AA.VV. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, cit., p. 503. En sentido contrario, es decir, a favor de la caracterización civil del trámite propio para los reclamos de daños y perjuicios contra el Estado, se expide la Corte de Justicia de Salta, según lo expone Nora CHIBÁN en "Responsabilidad del Estado en la provincia de Salta", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, RAP, cit., 2005, p. 512. Alberto M. SÁNCHEZ, "La responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de San Juan", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, cit., 2001, p. 577. Ismael FARRANDO (h), "La responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza", AA.VV., *La Responsabilidad del Estado*, RAP, cit. p. 135.

Repositorio Institucional

acciones de nulidad y daños y perjuicios son interdependientes de acuerdo a lo resuelto por la C.S.J.N.[232]), y la *vía reclamatoria* en todos los casos restantes.

Que la referida influencia ha contribuido a limitar el debate en materia de responsabilidad estatal a las cuestiones atinentes al modo de imputación y el factor de atribución, es decir, si ésta es directa o indirecta, subjetiva u objetiva; sin embargo, no parece dubitable la apelación a la legislación civil cuando se trata de determinar el daño, o bien, la relación causal (no debiera confundirse, a tal respecto, la cuestión de la extensión del resarcimiento –teñida de casuismo- con la de la configuración del daño resarcible); aspectos que denotan la omnipresencia de la *idea clásica de restitución* de raíz romana –tal como lo ha expresado Soto Kloss;

Que, del modo antes expuesto, las dificultades vinculadas con el modo de imputación y el factor de atribución al Estado de los daños causados a terceros por agentes públicos remite al debate sobre la conceptualización de la persona jurídica como categoría del derecho, pues la posición que se asuma a tal respecto condicionará la mirada posterior sobre el problema;

Que puede atisbarse en el enfoque antes referido un prejuicio cuya influencia en materia de responsabilidad estatal es general y que radica en suponer que si se acepta que el Estado debe responder como cualquier persona jurídica, de acuerdo al régimen normativo general civil –cualquiera sea el fuero competente dentro del poder judicial-, en definitiva se termina consagrando un sistema que grava excesivamente a la sociedad, en particular a cada contribuyente que debe soportar individualmente su porción in-

[232] Cfr. Fallos 319:1476 (1996), "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina", en especial considerandos 5 y 6.

Repositorio Institucional

demnizatoria, y que impide cualquier matización pues carece de la flexibilidad que la cuestión demanda[233];

Según se intentará demostrar en los capítulos siguientes, la premisa anterior:

a- No puede ser argumentalmente probada en los sistemas jurídicos extranjeros de mayor influencia cultural (capítulos tercero y cuarto), en el sentido que el carácter de las reglas (jurisprudenciales o generales, y, en el último caso, públicas o privadas) no modifica el horizonte tutelar que éstas dispensan;

b- Minusvalora el riesgo del daño individual causable por la gestión de poder -desde el inspector municipal inescrupuloso a la envestida del ente recaudador de impuestos con clara desviación de poder-, poniendo de relieve la condición del dañador y no la de la víctima;

c- En algún grado, renuncia a crear un sistema en que la responsabilidad del Estado se encuentre articulada con la del funcionario público, de modo tal que la imputación objetiva del daño causado por otro no deje impune al autor material del hecho[234] (en

[233] Así, desde el perfil de la doctrina tradicional, la regulación de la responsabilidad estatal por medio de principios y normas de derecho público funciona como factor de preservación de la armonía social, mediante la ponderación entre la restitución patrimonial y las posibilidades económicas y financieras del Estado, con el objetivo de no gravar excesivamente a la comunidad; cfr. Juan C. CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", cit., p. 55.

[234] Al menos desde la perspectiva del sujeto dañado, con independencia de la acción de reintegro que el Estado pudiera intentar contra el funcionario dañador (ante todo considerando las vicisitudes de su ejercicio real y efectivo por parte de los funcionarios públicos a cargo del ejercicio de esa *actio in rem verso*).

Repositorio Institucional

los casos en que la identificación del mismo sea posible), reivindicando el carácter subjetivo final de la idea de responsabilidad[235]; y,

d- Desconoce el funcionamiento del sistema reparatorio civil[236], el cual permite matizaciones aun cuando medie estricta aplicación de sus reglas[237].

---

[235] Decía el distinguido civilista Segovia al respecto que "*la responsabilidad del funcionario es un dogma del gobierno libre*", I, nota 10 al art. 1113, véase BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1° edición 1984, 3° reimpresión, 2002, comentario al artículo 1112, a cargo de Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, t. 5, p. 404. En igual sentido, expresa Agustín GORDILLO, "*... mientras no le hallemos solución al problema de efectivizar la responsabilidad del funcionario autor del daño... seguiremos pagando entre todos... los costos sociales de la eventual irresponsabilidad de quien desde la función pública compromete el patrimonio de la colectividad*", *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 4° edición, XIX-24 y 25. También Bartolomé FIORINI se expidió sobre la cuestión expresando, "*Un Estado que se declara siempre responsable, colocando en segundo rango la conducta de sus agentes... instituye la sistematización de la irresponsabilidad personal*", *Derecho Administrativo*, t, II, cit., p. 731.

[236] Matizaciones que provendrán, dado el carácter objetivo de la imputación del daño, de las eximentes que rompen o limitan la cadena causal (por ejemplo, en el caso de muertes o daños sufridos por reclusos de una unidad carcelaria a consecuencia de un motín, la culpa de la víctima, la culpa ajena, la adopción objetiva de estándares razonables de seguridad que permitan observar el evento como una situación de caso fortuito o fuerza mayor, etc.), o bien de las eximentes de responsabilidad, tales como la legítima defensa de un interés público, como ocurre en todos los casos en los cuales es necesario sacrificar bienes privados para evitar ep*idem*ias (v. gr. fiebre aviaria).

[237] De otro modo, reconocida la existencia de responsabilidad objetiva, sólo podría apelarse, como lo hace la doctrina tradicional, al establecimiento normativo de un *baremo* o estándar de calidad y eficiencia mínimo en los servicios cuya prestación está a cargo del Estado; perspectiva que, no obstante procurar limitar la discrecionalidad judicial so pretexto de inseguridad jurídica, ciñe la labor del juzgador a un rol *cuasi informático*, potencialmente apto para la desprotección de la víctima. Cfr. Juan C. CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", cit., p. 55. A favor del establecimiento de

Repositorio Institucional

un baremo legal véase, Federico J. LISA, "La responsabilidad del Estado en la provincia de Santa Fe (con particular referencia a la actividad ilegítima)", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, Bs. As., 2005, p. 175.

Repositorio Institucional

Repositorio Institucional

CAPÍTULO III

EXAMEN DEL DERECHO EXTRANJERO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA FAMILIA DEL *COMMON LAW*

1) INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO Y LÍMITES DEL ANÁLISIS DEL DERECHO EXTRANJERO

Según se indicó en la introducción de esta obra, la base del trabajo de examen cuyo desarrollo corresponde a este capítulo y al siguiente se conforma con el análisis del derecho inglés y el derecho norteamericano, dentro de los sistemas correspondientes a la familia del *common* law –capítulo tercero-; y de cuatro sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica, el derecho francés, alemán, español e italiano –capítulo cuarto-.

La selección de los referidos sistemas reconoce por fundamento la necesidad de cubrir, con el alcance posible, las características de derechos locales de diverso origen y distinta calificación de las normas que rigen la responsabilidad estatal -adviértase, por ejemplo, la *escasa trascendencia práctica* que los sistemas anglosa-

Repositorio Institucional

jones acuerdan a la clasificación del derecho en público y privado-[238].

Sin perjuicio del interés meramente descriptivo que el abordaje de sistemas jurídicos diversos permite, la labor macro comparativa a desarrollar trasunta un propósito dogmático normativo a instancia del cual, como señala René David[239], es posible inferir elementos latentes en el derecho local a partir de la confrontación de soluciones anidadas en concepciones jurídicas de riqueza indubitable conforme su acervo centenario.

En torno al problema afrontado aquí de modo particular, tal como afirma Delpiazzo, *"[L]a cuestión consiste en determinar cuándo surge la responsabilidad estatal, es decir, si ella obedece a fundamentos de tipo subjetivo o de tipo objetivo ya que los criterios de imputación "no son otra cosa que criterios particulares que consagran el fundamento de la responsabilidad"*[240]; aserto que permite asociar este capítulo con el desarrollo evolutivo operado en el derecho argentino, según se expuso en el capítulo anterior, y con la

---

[238] Lo señalado en el texto está dicho no obstante la admisión de la existencia histórica de la materia característica del derecho administrativo en el Reino Unido, pese al desconocimiento de una jurisdicción administrativa; cfr. Rodolfo BLEDEL, *Introducción al Derecho Público Anglosajón*, Depalma, Bs. As., 1947, ps. 84/85.

[239] David RENÉ, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de la 2° edición francesa, Aguilar, Madrid, 1969, p. 14.

[240] Carlos E. DELPIAZZO, "Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual", E.D. Serie Especial de Derecho Administrativo, jueves 30 de marzo de 2000, p. 17. En el entrecomillado interno el autor cita a Jorge GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, 1981, t. XIX, p. 16. La trascendencia de la cuestión radica en que sustentar un fundamento dado induce a tomar posición en relación con el problema de la atribución y determinación del daño (relación causal); impactando también en el discernimiento de la jurisdicción competente y en la viabilidad de las acciones contra el funcionario, contra el Estado, o bien, contra ambos.

Repositorio Institucional

teoría de la pertinencia normativa, en su formulación y aplicaciones.

De conformidad a lo expresado, en adelante se dará cuenta de los sistemas reseñados, comenzando por la familia del *common law*, en la cual, según se verá, adquiere radical importancia la evaluación de las leyes que, preponderantemente de modo formal, regulan las reclamaciones en contra del Estado, librando al derecho judicial –y a la legislación común- la definición de las pautas de fondo en materia de restitución por daños.

Al momento de analizar el derecho continental europeo –capítulo cuarto-, se distinguirá entre los sistemas de base legal formal y los de raíz jurisprudencial, entre los primeros se diferenciará al sistema español -de regulación normativa de calificación pública- del sistema italiano –de regulación normativa de calificación privada-, en tanto que entre los segundos se esbozará un patrón diferencial entre el sistema francés –de construcción equitativa por parte de tribunales administrativos- y el alemán –de construcción casuística por parte de tribunales judiciales-.

Por último, es dable consignar que, en cuanto sea posible, se otorgará particular tratamiento a cada una de las hipótesis en las cuales el Estado puede dañar –hechos y actos administrativos, omisiones, actos legislativos, actos judiciales y cosas de su propiedad-.

Repositorio Institucional

2) SISTEMAS ANGLOSAJONES: INGLATERRA

a. Marco legal, doctrina y precedentes

a.1. Perspectiva comunitaria

Señala Wade[241] que el derecho de daños conforme a la normativa de la Unión Europea, dada su supremacía respecto de la ley nacional, impone su tratamiento en primer lugar. En tal sentido expresa que, pese a la incertidumbre que rodea a algunas cuestiones, resulta claro que las decisiones de la Corte Europea han abierto una nueva y amplia categoría respecto de la responsabilidad estatal, resultando evidente la determinación del tribunal a fin asegurar la supremacía de la ley comunitaria mediante un estricto sistema de remedios procesales[242].

En particular, expone el autor citado que la Corte Europea de Justicia (E.C.J.) ha establecido tres condiciones de responsabilidad bajo la ley de la Unión[243]:

1. La ley comunitaria infringida debe haber tenido por propósito conferir derechos a individuos;

2. El incumplimiento debe ser suficientemente serio, de modo tal que el Estado miembro haya inobservado de modo manifiesto y grave los límites de su discrecionalidad en la evaluación del estándar de cumplimiento de la norma lesionada;

---

[241] WADE & FORSYTH, cit., ps. 731 y siguientes. En adelante se citará bajo la invocación de WADE y el número de la página correspondiente.

[242] Al mismo tiempo, considera Wade que la *Human Rights Act* de 1998 ha abierto nuevas vistas en relación con la responsabilidad por daños causados por autoridades publicas. Véase al respecto la sección seis de la ley citada.

[243] *Idem*, p. 762/763.

Repositorio Institucional

3. Debe haber una conexión directa entre el incumplimiento y el daño reclamado.

Según explica Craig[244], estas tres directivas resultan de la temprana jurisprudencia de la E.C.J, en particular del caso "Francovich", resuelto por el referido tribunal en el año 1991, reglas que fueron ratificadas, en los precedentes "Brasserie du Pecheur" (1996) y "Factortame", de los cuales se extraen los siguientes sumarios:

a) El principio sostenido en materia de responsabilidad estatal por daños por la legislación comunitaria es de carácter general y su existencia no resulta dependiente de si la norma incumplida o violada es directamente efectiva o no;

b) La concepción de Estado adoptada por la Corte es unitaria, de modo tal que la responsabilidad estatal puede nacer de incumplimientos operados por el poder ejecutivo, legislativo o judicial;

c) El derecho a obtener un resarcimiento por daños resulta dependiente de las tres condiciones referidas más arriba; en particular, el requisito de prueba de la seriedad del incumplimiento resulta de aplicación tanto a la acción legislativa cuanto a la no legislativa discrecional;

d) En los términos de la jurisprudencia glosada, la responsabilidad estatal por daños no resulta dependiente de la existencia de *falta subjetiva*, bastando a los fines atributivos el *serio incumplimiento* del derecho comunitario[245];

---

[244] P. CRAIG, *Administrative Law*, fifth edition, Thomson Sweet & Maxwell, Great Britain, 2003, ps. 928/934. En adelante se citará bajo la invocación de CRAIG y el número de la página correspondiente.

[245] Ver más adelante la exposición de Craig respecto de las diversas concepciones en torno al término falta.

Repositorio Institucional

e) El estándar general en materia de extensión de la reparación a cargo del Estado, en ausencia de reglas comunitarias al respecto, radica en que el criterio debe ser establecido conforme a las reglas locales que rigen la materia, en tanto se cumpla la condición de que este criterio no sea menos favorable que el empleado en las restituciones acordadas domésticamente y que, al mismo tiempo, no imposibilite o haga excesivamente difícil obtener la compensación monetaria requerida.

a.2. Perspectiva local

Luego de tratar la influencia del derecho comunitario sobre el derecho local, Wade aborda el problema de la responsabilidad por daños en general[246], es decir, las cuestiones que suscita la aplicación a las autoridades públicas del derecho común en materia de daños.

En punto a considerar los principios generales en la materia, pone de relieve el autor referido, como un importante aspecto del principio *the rule of law*, el hecho de que las autoridades publicas no gocen de dispensa respecto de la ley ordinaria en materia de daños contractuales y extracontractuales, excepto que la ley expresamente consagre esta dispensa, de modo tal que las mismas resultan responsables como cualquier persona civil. En el mismo sentido, las autoridades públicas están sujetas a la ley ordinaria respecto del maestro y del sirviente, por la cual el empleador es responsable, conjuntamente con su empleado, por los daños causados por su dependiente en el ejercicio de sus funciones.

En opinión de Craig[247], de modo previo a la vigencia de la ley de 1947 (en adelante referida como *Crown Proceedings Act* o

[246] WADE, ps. 736 y siguientes.

[247] CRAIG, ps. 919/920.

Repositorio Institucional

C.P.A.), la formula *The King can do no wrong*, expresaba una concepción particular de la responsabilidad vicarial -exacerbada por la aplicación de la teoría del maestro y el sirviente- que basaba la responsabilidad indirecta sobre la *falta* del empleador[248]. Agrega el autor citado que las viejas reglas fueron reemplazadas por la s.2 (1) de la C.P.A., texto que concibe a la Corona como sujeto responsable por los daños cometidos por sus sirvientes o agentes –salvo en el caso de que el sirviente en sí mismo no pudiera ser responsabilizado-, tal como si fuera una persona privada plenamente capaz[249], bajo la consideración que, en el derecho inglés *no hay responsabilidad fuera de la ley*[250].

Para Craig, el fundamento conceptual del sistema inglés en materia de responsabilidad por daños radica en que *una autoridad pública que actúa ultra vires es responsable de los daños que su accionar provoca si una causa para accionar está establecida, tal como sería responsable cualquier individuo privado*; vale decir que, la actividad *ultra vires* del funcionario, en sí misma, no es suficiente para generar responsabilidad por daños en tanto el reclamo debe, según antiguas reglas del *common law*, poder ser encuadrado dentro de alguna de las causas de acción reconocidas en el derecho privado. Esto demuestra que en el derecho inglés no hay un principio general de responsabilidad por daños ni un cuerpo separado de normas regulatorias de las acciones de daños contra el Estado[251].

---

[248] Pareciera referir a lo que en el derecho local se ha denominado *culpa in vigilando.*

[249] Teniendo también a su cargo los deberes comúnmente asociados a la propiedad, la ocupación, la posesión y el control de la propiedad y a los que surgen como deberes del patrón respecto de sus empleados.

[250] Con cita del caso *Trawnik v Lennox* (1985).

[251] CRAIG, p. 881.

Repositorio Institucional

De lo dicho infiere el autor glosado que el término *falta, fault* en su formulación sajona, debe ser interpretado correctamente dentro del sistema inglés, distinguiendo al efecto diversas hipótesis expuestas a continuación[252].

En primer lugar afirma que no es posible trazar, en el derecho inglés, un equivalente entre *fault* e ilegalidad –u obrar antijurídico-, como acontece en algunos sistemas de *civil law* tales como el francés, de modo tal que la ilegalidad *per se* connote una falta apta para generar responsabilidad por daños. Entiende el autor que es también este el sentido en el que el término es empleado en el derecho comunitario para el caso de actos administrativos para cuya ejecución no media discrecionalidad, circunstancias en las cuales los tribunales imponen responsabilidad en tanto sea dable probar ilegalidad, causalidad y daño consecuente (en los casos en los cuales media discrecionalidad para su ejecución y el sentido o significado de la norma comunitaria es impreciso, más allá de la ilegalidad, el accionante debe probar que el incumplimiento fue suficientemente serio). Agrega Craig que la única circunstancia en la cual el *common law* se aproxima a esta posición es en aquellos casos en los cuales el incumplimiento de una ley da lugar, por sí mismo, a responsabilidad por daños.

Sin embargo, según afirma el jurista inglés, el término *fault* es visualizado en la jurisdicción del *common law* como distinto de la mera "ilegalidad", pues a la prueba de la ilegalidad, en el sentido de un obrar *ultra vires*, el actor debe adicionarle la prueba de la existencia de un deber de cuidado -*duty of care*-, un incumplimiento u obrar antijurídico consecuente –*breach*-, y la existencia de un

[252] CRAIG, p. 882.

Repositorio Institucional

daño cuya indemnización pueda ser reclamada por vía de una acción reconocida estatutariamente o por el *commnon law*[253].

No obstante lo expuesto, la aplicación a las autoridades públicas de la ley común en materia de daños presenta diversas particularidades, entre las cuales cabe considerar las siguientes.

a) Molestias inevitables (*nuisance*): En principio una autoridad pública no puede ser responsabilizada por daños extracontractuales si el daño en sí es la consecuencia inevitable de lo que el Parlamento ha autorizado[254]. El problema aquí radica en determinar qué molestias (*nuisances*) son autorizadas por la ley como *injurias inevitables*[255]. Así, por ejemplo, en el caso *Allen vs v. Gulf Oil Refining Ltd*. (1981), La Cámara de los Lores -*The House of Lords*- revirtió un fallo de instancia previa, sosteniendo que los reclamos de vecinos con causa en los excesivos olores, vibraciones y ruidos provenientes de una refinería no debían ser indemnizados si esas molestias eran el resultado inevitable de una operación autorizada por la ley –en el caso concreto, el resultado inevitable de la autorización legal a fin de radicar la refinería en el lugar en el que se encontraba-.

b) Negligencia (*negligence)*: A diferencia de las molestias, implicadas en la noción de *nuisance*, la *negligencia*, explica Wade[256], nunca es inevitable, pues la ley no puede autorizar que ciertos trabajos sean llevados a cabo de modo negligente; por lo tanto,

---

[253] *Idem*, p. 882.

[254] WADE, p. 738. El término *nuisance* posee un contenido jurídico propio que revela una molestia generadora de daños reparables.

[255] De los ejemplos propuestos por el autor es posible inferir que estas *molestias inevitables* importan algo más que la mera privación de ventajas o comodidades, v. gr. molestias causadas por el andar de trenes sobre vías autorizadas para ser operadas sobre una línea particular.

[256] WADE, p. 743.

Repositorio Institucional

en caso de daños causados por el obrar negligente de autoridades públicas la ley ordinaria en materia de responsabilidad tiene plena aplicación.

Cita el autor referido a los accidentes de tránsito provocados por autoridades públicas como la hipótesis más común de responsabilidad por negligencia[257], aunque también se han reconocido jurisprudencialmente daños, en base a la misma causa de acción, por el obrar de cirujanos y *staff* médico de un hospital bajo la responsabilidad del ministerio de salud, que, en razón de *mala praxis*, inutilizan la mano de un paciente al operarla -*Cassidy vs. Ministry of health*, 1951-, y por la omisión de policías que, pese a estar advertidos acerca de las tendencias suicidas de un prisionero, fallan al evitar que este se quite la vida en su celda -*Kirkham vs. Chief constable of Greater Manchester*, 1990-, como así también por el obrar de un oficial de salud ambiental local que ordena al dueño de una posada realizar trabajos de construcción más extensos y onerosos que los requeridos por la legislación -*Wetton v. North Cornwall D.C.*, 1997-.

De igual modo, la atribución de daños a las autoridades estatales sobre la base de la negligencia como causa de acción, comprende, en particular vinculación con el mantenimiento de autopistas, tanto el ejercicio cuanto la omisión de ejercicio de potestades legalmente conferidas, como así también el incumplimiento de deberes, salvo demostración de que ha mediado un cuidado razonable en todas las circunstancias[258].

En un caso que Wade señala como situación especial de negligencia, en 1970, menores con antecedentes criminales -*borstal boys*- que habían sido puestos fuera de prisión en razón de un ejer-

[257] *Idem*, p. 744.

[258] *Idem*, p. 755/756.

Repositorio Institucional

cicio experimental de entrenamiento, bajo la custodia de oficiales, dañaron un *yacht* de propiedad privada. Convocada a resolver, *The House of Lords* condenó a la Corona (en particular al *Home Office*) al entender que le cabía responsabilidad en razón de los daños resultantes del experimento policial, pese a que en principio no cabe asignación de responsabilidad a la Corona por los actos de personas que no sean sus sirvientes. De este modo, la indemnización a cargo del Estado importó la difusión de la responsabilidad por daños entre toda la sociedad, con independencia de los sujetos particularmente responsables[259].

En sentido contrario, recuerda el autor citado que media una tendencia clara a favor de no aplicar la ley ordinaria en materia de negligencia a las *decisiones administrativas discrecionales*, tales como las implicadas en el otorgamiento de licencias por parte de las autoridades públicas, las cuales, a efectos de generar responsabilidad estatal, deberían importar actuaciones *ultra vires*[260].

c) *Strict liability*: En relación con la creación de situaciones de peligro –riesgo creado-, el factor de atribución pareciera tornarse objetivo –*strict liability*-, contexto en el cual Wade refiere el precedente *Rylands v. Fletcher* (1868), situaciones en las cuales la responsabilidad de la autoridad pública deviene, en general, del texto mismo de la ley[261]. En estos casos el autor estima que el riesgo creado justifica la atribución del daño "*without fault*", es decir, sin necesidad de comprobar la negligencia en el obrar del operador, considerando también que se trata de un modo de difuminar el daño causado entre toda la sociedad, a fin de evitar que el mis-

[259] *Idem*, p. 745.

[260] *Idem*, p. 753.

[261] *Idem*, ps. 756/757, con citas de la ley de gas de 1965, la ley de instalaciones nucleares de 1965 y la de depósito de residuos peligrosos de 1972.

Repositorio Institucional

mo sea soportado sólo por el dañado, lográndose de este modo un resultado social justo.

Otro caso referenciado como situación de responsabilidad estricta u objetiva, resulta de las situaciones de violación de un deber legal o bien de la omisión de cumplimiento de un deber legal –*breach of statutory duty*-, conforme a un principio sentado en 1842, en el caso *Ferguson v. Kinnoul (Earl)*[262]; la falta en el cumplimiento de un deber legal es denominada en el derecho anglosajón, *nonfeasance* o *misfeasance*[263].

Del modo expuesto por el autor glosado[264], la actuación administrativa *ultra vires* puede encontrar una acción por daños en: *a)* el incumplimiento de un deber legal –*breach of duty*-; *b)* en un obrar negligente del agente público –*negligence*-, o bien, en la interferencia ilegal en los derechos o propiedades de una persona –*trespass*-, o en la detención ilegal de una persona –*false imprisonment*-; *c)* en caso de que la actuación del funcionario haya sido maliciosa –*actuated by malice*-; *d)* cuando la autoridad pública sabe

---

[262] "*When a person has an important duty to perform, he is bound to perform that duty; and if he neglects or refuses to do so, and an individual in consequence sustains injury, that lays the foundation for an action to recover damages by way of compensation for the injury that he has so sustained*", ob. cit. p. 759.

[263] Según el Black´s Law Dictionary, sixth edition, West Publishing Co., 1990, p. 1000, *Misfeasance* importa la ejecución impropia de un acto que una persona puede realizar legalmente, en tanto que *nonfeasance* implica la omisión de ejecución de un acto que una persona debe realizar; por último, *malfeasance* significa la realización de un acto que una persona no debe ejecutar, ejemplo de esto último es la denominada *misfeasance in public office*, práctica que, conforme lo expone Wade, en la p. 767 de la obra citada, es el nombre generalmente dado a los daños causados por abuso de poder deliberado. En estas situaciones, expresa Wade -p. 760-, "*The extensive modern tort of negligence may disguise the face that behind it lies the liability for mere breach of statutory duty, without either malice or negligence*".

[264] WADE, p. 770.

Repositorio Institucional

que carece de poder –competencia- para ejecutar la acción en cuestión, o bien cuando es laxa al analizar si tiene o no esa competencia; *e)* si el caso está gobernado por el derecho comunitario y esa legislación autoriza la reparación.

a.3. Responsabilidad por actividad judicial

Respecto del tópico en análisis se ha señalado que los jueces de tribunales superiores gozan de inmunidad respecto de las acciones por daños extracontractuales[265], garantía que tiene por objeto fortalecer su independencia y evitar que sus decisiones puedan inspirarse en el temor a una probable condena en daños.

No obstante, los jueces pueden ser responsabilizados, como así también cualquier otro oficial judicial, si con mala fe realizan aquello para lo cual saben que no tienen poder[266]. Lo expuesto implica que el sólo exceso de su jurisdicción, sin malicia, es irrelevante a los efectos de la responsabilidad.

En el caso de tribunales inferiores, los jueces resultan responsables por los actos obrados fuera de su jurisdicción en tanto la irregularidad obrada *ultra vires* trasunte un error de procedimiento grosero, o bien, un flagrante incumplimiento de las reglas de la *natural justice*.

La regla del *common law* que beneficia a los magistrados debe también beneficiar a los tribunales legales que operan como cortes a través del reconocimiento de los derechos y la aplicación de la ley, tales como los tribunales de Seguridad Social y Empleo. Sin embargo, la inmunidad judicial no se extiende a las autorida-

[265] *Idem*, p. 771.

[266] *Idem*, p. 772.

Repositorio Institucional

des públicas que ejercen funciones *cuasi* jurisdiccionales, pues su actividad es fundamentalmente administrativa.

Según lo expone Craig: *a)* Ningún juez, se trate de cortes superiores o inferiores, puede ser responsable por daños en tanto haya actuado dentro de su jurisdicción; *b)* Ningún juez de un tribunal superior es responsabilizable por daños causados por un acto obrado fuera de jurisdicción, en tanto sea dable probar que obró en la creencia honesta de que el acto estaba comprendido dentro de su jurisdicción; *c)* Una corte inferior es aquella que está sujeta al control por medio de órdenes de prerrogativa *–certiorari, prohibition, mandamus-*[267].

a.4. Responsabilidad por actividad legislativa

En cuanto a la responsabilidad por actividad legislativa, afirma Bianchi que sólo se reconocen daños por el dictado de leyes si estas expresamente prevén el pago de una indemnización[268]. Al mismo tiempo, no puede ser soslayado que, como bien lo ha señalado Eduardo García de Enterría, en los casos "Factortame" se estableció el poder de los jueces de declarar inválidas, en abstracto y con alcance general, las leyes del Parlamento, por su contradicción con el derecho comunitario, evento susceptible de engendrar responsabilidad[269].

---

[267] CRAIG, p. 921.

[268] Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Bs. As., 1999, ps. 114/115. Este autor asimila esta clase de responsabilidad al *taking* norteamericano.

[269] Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA, "Un paso capital en el derecho constitucional Británico: El poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el derecho comunitario (sentencia Equal Opportunities Commissión de la Cámara de los Lores del 3 de marzo de 1994)", RDA, 1995, año 7, Depalma, Bs. As., ps. 1/19.

Repositorio Institucional

a.5. Extensión del resarcimiento

En cuanto a la extensión del resarcimiento se han indicado como estándares generales[270] –si bien con particular referencia a la *Human Rights Act*, 1998- *a)* que los daños deben ser reparados conforme a una justa satisfacción; *b)* que los tribunales no deben acordar daños ejemplares[271]; *c)* que, en general, el monto debe ser más bajo que el empleado en reclamaciones de daños contra particulares; *d)* que el reclamo debe limitarse a la compensación de las víctimas en la medida en que la conducta ilegal haya excedido lo que legalmente podría haber acontecido; *e)* que los daños reclamados pueden ser reducidos en la medida en que el reclamante haya fallado en adoptar medidas preventivas; y, *f)* que es innecesario distinguir entre daño pecuniario y no pecuniario, en la medida en que se pruebe la realidad de la pérdida claramente causada por la conducta ilegal.

a.6. Plazo de prescripción de las acciones

En relación con el plazo de prescripción de las acciones –time limit- por daños extracontractuales contra autoridades públicas y sus sirvientes o agentes, resulta aplicable el lapso ordinario de tres años para acciones fundadas en injurias personales y de seis años en los otros casos, con una alternativa para el caso del daño

---

[270] CRAIG, ps. 887/888, con cita de "*Damages under the Human Rights Act, 1998*", n.28, paras 4.33-4.97.

[271] No obstante, WADE -ps. 737/738- menciona un caso de aplicación de daños punitivos al área gubernamental, en una situación en la cual una mujer Sikh sufrió discriminación sexual y racial por parte de una autoridad local, al intentar aplicar para un puesto de trabajo.

Repositorio Institucional

latente o potencial cuya acción prescribe a los tres años desde su manifestación[272].

a.7. Aspectos procesales: C.P.A. *(*The Crown Proceedings Act 1947 - The Crown in litigation*)*

Conforme lo dispone la ley precitada, en principio, la Corona ocupa el lugar procesal de un litigante ordinario, o bien, de un *empleador ordinario*[273], entendiéndose legalmente por "la Corona" al Soberano actuando en su capacidad pública u oficial[274].

En sí misma, la Corona es inmune a los procesos legales, salvo que la ley, en una situación particular, disponga lo contrario; no

---

[272] WADE, p. 774.

[273] Cfr. WADE, p. 798. Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, cit., p. 111, autor que al respecto expresa, "*La Crown Proceedings Act de 1947 adecuó el sistema legal formal inglés estableciendo la responsabilidad directa de la Corona en razón de los daños causados por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones*". Por su parte, Jorge T. BOSCH, señala en su artículo "La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América" -cit., p. 902- que la ley que entró en vigor el 1º de enero de 1948 reconoce tres principios básicos: *a)* supresión del procedimiento de la petición de derechos y de los privilegios que aun conservaba la Corona al actuar como litigante; *b)* demandabilidad de la misma ante las Cortes; y *c)* reconocimiento de su responsabilidad *ex delicto*. Es dable advertir, de conformidad a lo expuesto, que la *Crown Proceedings Act* abrogó los dos principios básicos en que se sustentaba la responsabilidad del Estado, el substancial, respecto a que el monarca no podía equivocarse, y el formal o procedimental, relativo a que la Corona era indemandable.

[274] De modo tal que el soberano ostenta, legalmente, dos personalidades una natural y la otra como *corporate*; en éste último sentido, la Corona es una *corporation sole*. Se trata de corporaciones inusuales que consisten en una sola persona cuyo sucesor se convierte en la corporación con la muerte o renuncia del primero. Vale decir que no es una *corporation aggregate*, o sea, una entidad legal creada bajo la ley del Estado e integrada por diversos individuos investidos con poderes corporativos, cfr. Black´s Law Dictionary, cit., ps. 340/342.

Repositorio Institucional

obstante esto no importa un inconveniente significativo, visto que en la gran mayoría de las situaciones los poderes y los deberes son puestos por la ley en cabeza de los ministros o las autoridades públicas más que sobre la Corona en sí, y que estos ministros y autoridades públicas no gozan de los privilegios procesales de la Corona[275].

La *Crown Proceedings Act* contiene cuatro encabezamientos:

1. Daños causados fuera del contrato (*tort*);

2. Daños contractuales;

3. Remedios y procedimiento (*remedies and procedure*);

4. Leyes que afectan a la Corona (*statutes affecting the Crown*)[276].

a.7.1. Ámbito aquiliano de responsabilidad

En esta materia, la regla general contenida en la ley es que ésta responde por tales daños tal como si fuera una persona privada plenamente capaz[277], dejando intacta la responsabilidad personal de sus sirvientes, excepto en casos excepcionales tales como los concernientes a los miembros de las fuerzas armadas.

---

[275] WADE, p. 799.

[276] *Idem*, p. 804.

[277] Expresamente señala Wade: "*The Act subjects the Crown to the same general liability in tort wich it would bear if it were a private person of full age and capacity. The general policy, therefore, is to put the Crown into the shoes of an ordinary defendant … The principle of the new law is that where a servant of the Crown commits a tort in the course of his employment, the servant and the Crown are jointly and severally liable. This corresponds to the ordinary law of master and servant*", p. 805.

Repositorio Institucional

Conforme a la ley, la Corona resulta responsable en razón de[278]:

a) Daños cometidos por sus sirvientes o agentes, bajo la condición de que el particular damnificado pueda comprometer procesalmente la responsabilidad del funcionario dañador.

b) Daños causados a sus agentes o sirvientes, conforme al *common law*, con causa en la relación de empleo;

c) Daños causados por cosas de propiedad de la Corona u ocupadas, poseídas o controladas por ella, hipótesis que comprende la regla de responsabilidad objetiva -*strict liability*-, por operaciones peligrosas.

Resulta importante reparar en que, en la hipótesis descripta en el apartado *a)*, la imputación de daños a la Corona resulta dependiente de que pueda acreditarse la responsabilidad directa de

---

[278] Según lo expone Alberto BIANCHI -p. 112 de la obra citada en este capítulo- en materia de daños proferidos fuera del contrato la ley asimila a la Corona a una persona de derecho privado; no obstante, sólo existe responsabilidad del Estado dentro de la ley, siendo tres las áreas centrales en las cuales esta situación puede darse conforme los principios de derecho privado: *a)* delitos o cuasidelitos cometidos por agentes de la Corona en ejercicio de sus funciones, caso en el cual la responsabilidad le cabe a los dos sujetos, Corona y agente, pudiendo el actor demandar indistintamente a uno o a otro, o bien, conjuntamente a ambos; *b)* incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a la Corona en razón de su condición de empleadora, en tanto la misma solución sea oponible a un empleador privado (Cfr. Jorge T. BOSCH, ps. 903/904, quien al respecto enuncia: provisión de instalaciones, maquinarias y equipos de trabajo apropiados, nombramiento de compañeros competentes y cuidadosos y organización de un sistema de seguro de trabajo) –encabezamiento que comprende las hipótesis de daños causados por un agente a otro-; *c)* daños causados por el riesgo o vicio de cosas de propiedad de la Corona –en términos de BOSCH, p. 903, *incumplimiento de los deberes que acompañan según el common law al dominio, ocupación, posesión o contralor de bienes*-.

Repositorio Institucional

sus agentes o sirvientes, evento que podría inducir a calificar a su responsabilidad como vicarial y *subjetiva*.

No obstante, parece razonable sostener que la Corona responde de modo objetivo –dada su condición de persona jurídica- aún cuando pueda oponer al reclamante, a fin de evitar ser condenada en daños, las defensas que pudo haber opuesto el sirviente si hubiera sido demandado; pues, como señala Craig, en el derecho inglés el principio de la responsabilidad del Estado está fundado en la actuación del agente o sirviente en *representación* del Estado, pese a la violación ocasional de los límites del mandato -circunstancia que resulta patente del requisito del obrar *ultra vires*-, y no en la asunción de la teoría del órgano[279].

Del modo expuesto, alegar que el funcionario no cometió un delito o un cuasidelito, o bien que no hubo de su parte negligencia, malicia o violación de la ley y que por lo tanto la Corona no es responsable, en modo alguno importa afirmar que por tal razón, la Corona no es *subjetivamente* responsable. De hecho, tal como se expuso con anterioridad, cabe al actor probar en cada caso el obrar *ultra vires*, la vigencia de un deber de cuidado a cargo del agente, el incumplimiento de ese deber o su ejecución negligente o maliciosa, el daño padecido y la existencia de una acción procesal[280].

Por último, en directa vinculación con el desarrollo anterior, cabe recordar que bajo el concepto de *agent* se incluye a los contra-

---

[279] Esto serviría para explicar por qué en el derecho inglés no hay responsabilidad por actuación estatal lícita, pues, si la base de la atribución es la condición *ultra vires* de la actuación, la licitud no puede existir en el obrar por fuera del mandato.

[280] Cabe reiterar aquí la antes expuesta cita de WADE, a tenor de la cual: "*The extensive modern tort of negligence may disguise the face that behind it lies the liability for mere breach of statutory duty, without either malice or negligence*".

Repositorio Institucional

tistas públicos independientes de la Corona (C.P.A. s.38 (2)[281]) -pauta radicalmente distinta a la aceptada en el derecho argentino-, en tanto que, bajo la denominación de *servants* la ley incluye a empleados designados por la Corona, de modo directo o indirecto, y pagados con fondos enteramente dispuestos por el Parlamento (C.P.A. s.2 (6)[282]). Este concepto excluye a las industrias desnacionalizadas, a ciertas corporaciones como la BBC, y a la policía cuando es pagada con fondos locales[283]. Por otra parte, como una manifestación de la separación de los poderes ejecutivo y judicial, pese a que los jueces responden a las dos características requeridas por la ley a fin de considerar a un sujeto sirviente de la Corona, no media entre la Corona y los jueces una relación del tipo de la que media entre un empleador y su empleado, sobre la cual está fundada la responsabilidad por daño extracontractual, en tanto la Corona no puede decirle a los jueces qué hacer ni cómo hacerlo[284].

a.7.2. Ámbito contractual

En la hipótesis del segundo encabezamiento de la C.P.A., es decir, en materia de responsabilidad contractual, rige el criterio a tenor del cual el agente de la Corona que perfecciona el contrato no es legalmente parte del acuerdo sino un mero representante; de modo tal que, si este agente actúa debidamente autorizado, sólo el

---

[281] CRAIG, p. 920.

[282] *Idem*, p. 920.

[283] Cfr. WADE, ps. 807/808.

[284] WADE, p. 808. De un modo pletórico de significados, señala el autor citado, "*Their independence is sacrosanct, and if they are independent no one else can be vicariously answerable for any wrong that they may do*", p. 812. Repárese en la expresión responsabilidad vicaria que denota el carácter indirecto de la responsabilidad de la Corona -CPA s.2 (5), CRAIG, p. 921-.

Repositorio Institucional

principal, es decir la Corona, resultará responsable por los daños que puedan serle ocasionados a la otra parte[285].

a.7.3. Remedios y procedimiento

En relación con los remedios y el procedimiento en sí, el primer ítem a considerar radica en que la política general de la C.P.A. impone la aplicación del proceso civil ordinario a las acciones intentadas por la Corona o por particulares contra la Corona. No obstante, nominalmente, la Corona no es parte en el juicio, siendo representada por el departamento de gobierno pertinente, o bien por el *Attorney General* -C.P.A., s.17-[286].

Vinculado al *efecto de la sentencia*, la ley establece que la Corona es inmune a los procesos de ejecución forzada a fin de obtener el pago de la indemnización por daños; en tal sentido, el tribunal actuante sólo puede emitir una orden declaratoria –*declaratory order*-, es decir sólo puede declarar que los derechos del actor han sido reconocidos –efecto declarativo de la sentencia-. En su caso, la Corte puede emitir una orden mandatoria -*mandatory order*- a fin de que la indemnización sea pagada con fondos dispuestos por el Parlamento[287].

En punto a considerar la acción de reintegro por los daños causados por agentes públicos, existe la posibilidad legal de que la

---

[285] Expresa BIANCHI -p. 113 de la obra citada- que en la órbita contractual, la *Crown Proceedings Act* eliminó el procedimiento de la *Petición de Derecho*, tratándose en el caso de una responsabilidad directa y exclusiva de la Corona, de modo tal que el agente no resulta responsable.

[286] Cfr. WADE, p. 814; CRAIG, p. 873.

[287] WADE, p. 815.

Repositorio Institucional

Corona demande la restitución de los fondos pagados a un tercero con tal causa[288].

Por otra parte, la ley establece un procedimiento uniforme para todas las acciones deducidas en contra de la Corona cuestión que incluye la solución de conflictos interlocutorios tales como la presentación de documentos y la formulación de interrogatorios. Sin perjuicio de ello, existen privilegios vinculados con la posibilidad legal de que la Corona no presente ciertos documentos en juicio, en razón de que ostenta una inmunidad fundada en el ejercicio de actividades en interés público -*Public Interest Immunity*-, cuyo control judicial ha suscitado diversos cuestionamientos[289].

En opinión de Craig[290], el principal problema de la aplicación de las reglas de proceso civil a la Corona radica en determinar si es posible intentar en contra suya remedios de prerrogativa, citando que, en opinión de Wade, los *prerogative remedies* resultan inoponibles a la Corona en razón de que emanan de ella[291].

Sin embargo, afirma el autor referido, citando a Wade, que la cuestión central no radica en la disponibilidad del *writ of certiorari* o bien del *writ of prohibition*, desde que esos son remedios destinados básicamente al control de jurisdicciones inferiores, razón por la cual es dable sostener su aplicación a los ministros de la Corona cuyos poderes les son conferidos por el Parlamento a título propio; el punto conflictivo reside en la posibilidad de dirigir un *mandamus* en contra de la Corona, desde el momento en que la

[288] *Idem*, p. 816.

[289] Cfr. WADE, p. 816; CRAIG, ps. 857/870-.

[290] CRAIG, ps. 873/880

[291] Véase al respecto el análisis histórico contenido en: Stephen G. BREYER and Richard B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy –Problems Text, and Cases*, Third edition, Little, Brown and Co., Boston – Toronto – London, U.S.A., 1992, ps. 968/974.

Repositorio Institucional

Corona en sí misma ostenta deberes públicos cuyo cumplimiento podría serle requerido por vía de tal remedio de prerrogativa. En este sentido, como el sirviente de la Corona que podría resultar requerido por vía del remedio es meramente un instrumento seleccionado por la Corona a fin de delegar en él sus deberes, cualquier *order* debería ser intentada directamente contra la Corona.

Vista la cuestión expuesta, opina Craig que, si bien el punto de partida en relación con la indisponibilidad del *mandamus* respecto de la Corona en sí misma es discutible, en general los *prerogative orders*, y en particular el *mandamus*, pueden ser intentados en contra de los ministros de la Corona, aun cuando el ministro actúe en su capacidad oficial.

En relación con las *injunctions* y la disposición de cautelares -*interim relief*-, señala Craig[292] que, no obstante, no haber sido pensadas originalmente como disponibles respecto de la Corona o sus *officers*, a partir de las decisiones recaídas en los precedentes de la Cámara de los Lores en los casos *Factortame Nº2* y *M. v Home Office*, la interpretación relativa a las normas contenidas en las s. 21 y 21 (2) de la C.P.A. y de la s. 31 de la *Supreme Court Act* de 1981, viabiliza el *injunctive relief*, tanto final como interino o cautelar, como herramientas disponibles respecto de los oficiales de la Corona, herramientas que solo pueden ser empleadas en circunstancias limitadas[293].

---

[292] Cit., ps. 874 y siguientes.

[293] En el caso *M v Home Office* se debatió la deportación ordenada por el ministro de gobierno respecto de un requirente de asilo político proveniente de Zaire, contra la decisión adoptada por un juez que ordenaba que el asilado fuera oído, previo a decidir en la instancia de *judicial review* –contencioso administrativa- acerca de la validez de la acción administrativa que había ordenado la deportación, es decir, previo a resolver el fondo del asunto; esta orden fue desobedecida por el funcionario, evento que motivó una acción intentada en nombre de "M" por el incumplimiento de la orden judicial -*contempt of court*-. A su turno, la Cá-

Repositorio Institucional

a.7.4. Leyes que afectan a la Corona

En torno al tema de las leyes que afectan a la Corona, el principio radica en que ésta no está legalmente obligada por un estatuto si en tal ley no ha habido una provisión expresa que así lo disponga, o bien, que tal obligación resulte a modo de *implicancia necesaria* de lo dispuesto en el texto de la ley. No obstante, aunque la Corona no esté obligada por el texto de una ley, puede tomar los beneficios de ella, del mismo modo en que lo haría cualquier persona –C.P.A. 1947, s.31 (1)-[294].

La solución expuesta en el párrafo anterior ha sido criticada por la doctrina[295], en mérito a considerar que, no obstante que la presunción del beneficio estatutario establecida por el *common law* se mantuvo inalterada en la C.P.A., s.40 (2)(f), visto que la sección 2 de la misma ley impone responsabilidad a la Corona tal como si fuera una persona privada, el problema de la inclusión expresa o necesariamente implícita habría sido superada por esta referencia general, razón por la cual una interpretación plausible de las reglas en juego debería indicar que *la corona está legalmente obligada por las leyes, salvo que medie una clara indicación en sentido contrario*, evento que forzaría al gobierno a tomar la iniciativa a fin de ver garantizada su inmunidad, debiendo cargar con la carga de la prueba respecto a su existencia.

---

mara de los Lores sostuvo que órdenes coercitivas tales como las *injunctions* pueden ser opuestas contra ministros de la Corona y que en caso de desobediencia los tribunales tienen jurisdicción para establecer una sanción por incumplimiento en contra del funcionario o de su departamento de gobierno, aunque no en contra de la Corona en sí misma.

[294] CRAIG, ps. 872/873.

[295] *Idem*, p. 872.

Repositorio Institucional

b. Balance preliminar sobre el Derecho inglés

En general, a efectos de este balance comparatista preliminar, es dable extraer del análisis efectuado los siguientes corolarios:

a) La aplicación del derecho común de daños al Estado por parte de los tribunales ordinarios y la sujeción de la Corona a las reglas procesales civiles –sumado al acceso a la *judicial review* sin agotamiento de instancia administrativa previa-, importan claras manifestaciones de la vigencia del principio del gobierno o imperio de la ley y de la estrecha dependencia que media entre la jurisdicción competente y el estatuto aplicable;

b) El derecho inglés se presenta como un sistema formulario, conforme al cual el particular damnificado debe encausar necesariamente su pretensión por medio de una acción procesal reconocida por la tradición o por la ley, situación que motiva la arenga de Craig a favor del reconocimiento de indemnizaciones *ex gratia basis* en los casos de daños ciertos carentes de acción;

c) La posibilidad de oposición en juicio por parte de la Corona de las defensas propias de sus sirvientes o agentes, sumadas a las particularidades implícitas en los extremos de prueba requerida, perfilan notables diferencias respecto del derecho argentino;

d) El reconocimiento de la responsabilidad directa y subjetiva del empleado público y la posibilidad de accionar contra él, constituyen patrones similares a los reconocidos en el derecho local; sin perjuicio de ello, la extensión de la noción de agente a los contratistas independientes es una pauta diferencial;

d) Las limitaciones propias del sistema civil inglés de resarcimiento por daños[296], en particular, la inexistencia en el *common*

[296] CRAIG, ps. 936/941.

Repositorio Institucional

law de una doctrina general receptora de la teoría del riesgo, son factores restrictivos de la responsabilidad estatal, en especial del reconocimiento de la responsabilidad objetiva; de igual modo, la inexistencia de compensación por invalidez –*compensation for invalidity*-, obsta la indemnización de ciertos daños[297].

[297] CRAIG cita el caso *Maguire* (1992), en el cual los actores reclamaban las pérdidas sufridas durante el lapso en el cual la autoridad local les negaba de modo inválido ciertas licencias de taxis que luego les fueron otorgadas.

Repositorio Institucional

3) SISTEMAS ANGLOJAJONES: ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

a. Marco legal, doctrina y precedentes

En opinión de Breyer y Stewart[298], dado que las cortes federales inferiores son tribunales de jurisdicción limitada[299], obtener el control judicial –*review*- de la acción de las agencias requiere la existencia de una ley –*statute*- que lo haga normativamente viable; condición a la cual se suman la necesidad de demostrar la renun-

[298] Stephen G. BREYER & Richard B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy –Problems, Text, and Cases*, Third edition, Little, Brown and Co., Boston – Toronto – London, U.S.A., 1992, p. 967. El desarrollo posterior seguirá los lineamientos generales de exposición contenidos en el libro antes citado, de modo tal que gran parte de los conceptos vertidos a continuación han sido extraídos de la referida obra, o bien, son tributarios de la misma. En adelante este texto será citado bajo la indicación de su primer autor, Breyer, precisando el número de página correspondiente a la obra. Puede confrontarse también la obra de Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law*, sixth edition, West Publishing Co., ST. Paul Minn., 1977, capítulos 9 y 10. Entre los autores argentinos pueden consultarse con provecho, Héctor A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, volumen 1, Depalma, Bs. As., 1984; Guido S. TAWIL, "La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano", L.L. 1988-C, 651; Alberto B. BIANCHI, "Panorama Actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado" y *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, ambas obras han sido citadas con anterioridad; Jorge T. BOSCH, "La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América", cit.; Carlos E. COLAUTTI, *Responsabilidad del Estado –Problemas Constitucionales-*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, ps. 19/27; Claudia CAPUTI, "Un fallo interesante sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos en el sistema norteamericano –Comentario al caso "Hope" de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.", EDA, 2001/2002-875/884. En general, en este apartado se hará referencia preponderante al derecho federal de los Estados Unidos de América.

[299] Vista la norma contenida en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, a tenor de la cual corresponde al Congreso otorgarles competencia en asuntos judiciales

Repositorio Institucional

cia –*waiver*- a la inmunidad soberana –*sovereign immunity*- en aquellos casos en que se demande al Estado directamente, y la de probar que la acción de la agencia estatal es revisable, vale decir que el control judicial no se encuentre expresa o implícitamente prohibido por una ley.

Las dos primeras condiciones, afirman los autores glosados, no importan hoy un problema significativo respecto de la procedencia de demandas cuya pretensión consiste en impedir la ejecución de acciones ilegales del gobierno federal, presentándose, sin embargo, como obstáculos ciertos a la procedencia de demandas cuyo objeto es la reparación de daños[300].

a.1. Problemas relativos a la jurisdicción

Según expresan Breyer y Stewart, los problemas relativos a la existencia de jurisdicción, inmunidad soberana y revisabilidad son actuales, pues históricamente, a fin de demostrar la competencia del tribunal judicial para revisar la acción de la agencia gubernamental, el actor intentaba una de estas vías[301]:

a) Iniciar una acción privada de daños en contra del funcionario público, práctica que, en opinión de Jaffe, originó el desarrollo moderno de la *judicial review* a partir del conocido precedente ingles del siglo XVII "*Dr. Bonham´s case*"[302].

---

[300] BREYER, p. 967.

[301] *Idem*, ps. 968/974.

[302] En el cual Lord Coke entendió que el tribunal judicial resultaba competente para revisar la validez de una sanción de multa y prisión impuesta por *The Board of Censors* del *College of Physicians* al Dr. Bohnam, en razón de que el citado profesional ejercía la medicina en Londres sin la debida licencia extendida por el colegio profesional antes referido. En opinión del juez actuante, el hecho de que el colegio profesional se quedase con la mitad de la multa impuesta al profe-

Repositorio Institucional

b) sostener la ilegalidad de la ejecución civil o criminal iniciada por el gobierno.

c) Pedir a la corte actuante la disposición en el caso de alguno de los remedios de prerrogativa –*prerogative writs*- desarrollados por los jueces de *common law* para controlar y revisar la conducta de los funcionarios. En particular, los *writs* empleados fueron el *certiorari* –durante el siglo XIX- y el *mandamus*, remedio, éste último, usado contemporáneamente por los tribunales federales, aun cuando su función legal haya sido en buena medida reemplazada mediante el uso la *injunction*, para compeler a funcionarios o empleados de los Estados Unidos o de cualquier agencia al cumplimiento de un acto *ministerial*, en general de contenido positivo, en tanto la obligación a cargo del funcionario no importe un juzgamiento o una decisión que involucre una evaluación discrecional, o bien, en tanto la protección del derecho individual resulte perjudicial al interés público[303].

En el presente, señalan Breyer y Stewart[304], vista la innecesariedad de lograr el control judicial de la actividad administrativa mediante los referidos *writs* –según lo dispuesto en la sección 703 de la *administrative procedure act* (en adelante APA)[305]-, los actores conducen sus pretensiones invocando:

---

sional convertía a la potestad en irrazonable pues autorizaba al ente sancionador a actuar como juez y parte. Yendo aun más lejos, es decir, al control judicial sobre los hechos en que la sanción pretendía fundarse, sostuvo el magistrado que si bien el Consejo podía condenar por *malapraxis*, el acusado debía contar con la posibilidad de demostrar ante la corte que no era inexperto (de hecho, el Dr. Bonham era médico graduado por la Universidad de Cambridge).

[303] Todo ello en términos jurisprudenciales de interpretación de la sección 1361 del título 28 del USC.

[304] BREYER, ps. 975/978.

[305] El citado texto expresamente refiere: "*The form of proceeding for judicial review is the special statutory review proceeding relevant to the subject matter*

Repositorio Institucional

a) una ley especial, en caso de que exista, que acuerde jurisdicción a un tribunal federal para revisar una decisión particular de la agencia de que se trate (a menudo es la ley orgánica que rige la actuación de la agencia la que determina la revisión judicial –ante una corte de distrito o una corte de apelaciones-, es decir, no sólo la atribución jurisdiccional de competencia a un tribunal federal, sino también la revisabilidad en sí de la acción, proveyendo, al mismo tiempo, a la renuncia de la inmunidad soberana en esa situación); o bien,

b) la existencia de una *cuestión federal*, que justifica la intervención del tribunal en los términos de la sección 1331 del título 28 del USC[306] *-a general jurisdictional provision-* , alegando un daño, actual o futuro cierto, causado por una acción ilegal de un funcionario o de una agencia, requiriendo, por tal razón, una *injunction*, una declaración de ilegalidad o el resarcimiento de los daños (explican los autores citados que, a pesar de la existencia de diversas leyes que acuerdan jurisdicción, la norma antes referida es usualmente empleada cuando la solución requerida es la provisión de una *injunction* o la obtención de una *sentencia declaratoria*, en tanto que, cuando se busca el resarcimiento de daños, puede invocarse como fundamento legal de la acción ejercida en contra

in a court specified by statute or, in the absence or inadequacy thereof, any applicable form of legal action, including actions for declaratory judgments or writs of prohibitory or mandatory injunction or habeas corpus, in a court of competent jurisdiction. If no special statutory review proceeding is applicable, the action for judicial review may be brought against the United States, the agency by its official title, or the appropriate officer. Except to the extent that prior, adequate, and exclusive opportunity for judicial review is provided by law, agency action is subject to judicial review in civil or criminal proceedings for judicial enforcement".

[306] Señala la norma en cuestión: "*The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States*".

Repositorio Institucional

de los Estados Unidos la sección 1346 (b)[307] del título 28 del USC –*Federal Tort Claims Act*-); o bien, la provisión contenida en una ley particular que acuerda jurisdicción especializada a un tribunal federal –*a specialized jurisdiccional provision*- , en cierto tipo de casos, tal como la prevista en la *Civil Rights Act* –sección 1343 del título 28 del USC-.

c) Además, por principio[308], la legalidad de la actuación de la agencia pertinente puede ser revisada, aun en ausencia de una ley especial o general que acuerde competencia al tribunal, en los casos en que la ilegalidad de la norma cuya violación es imputada al sujeto sea opuesta como defensa frente a una acción criminal o ejecución civil intentada por el Estado.

Según exponen Breyer y Stewart[309], en orden a obtener una *injunction* u otro medio de alivio específico, tal como una sentencia declarativa, frente al accionar gubernamental federal -acciones cuya pretensión es diversa a la obtención de una reparación de daños-, conforme lo dispuesto en la sección 702 de la APA la *inmunidad soberana* -doctrina a tenor de la cual los Estados Unidos no pueden ser demandados sin su consentimiento- no resulta óbice en tanto la referida norma juega a modo de *waiver* general respecto a tales peticiones.

---

[307] Cuyo texto, de la mayor importancia para el tema examinado, pone de manifiesto que, *"… the district courts … shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages … for injury or loss of property, or personal injury or death cause by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where de United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred"*.

[308] BREYER, p. 1021.

[309] BREYER, ps. 978/981.

Repositorio Institucional

a.2. La inmunidad soberana

Distinta es la situación respecto de los problemas inherentes a la *inmunidad soberana en lo atinente a acciones de daños* incoadas en contra de los Estados Unidos o de sus funcionarios públicos.

Señalan Breyer y Stewart[310] que para comprender el problema de la procedencia de las acciones contra el Estado y contra los funcionarios públicos deben considerarse, de modo previo, dos cuestiones generales. En primer lugar, determinar cuándo una acción por daños (*after-the-fact* o *ex post*) es el remedio apropiado ante una acción ilegal del gobierno y cuándo lo oportuno es un control anterior (*ex ante*) del obrar de la agencia, mediante una audiencia previa y el control judicial posterior a la audiencia. La importancia de esta cuestión radica en que *ex post damages* y *ex ante hearing and review* pueden ser considerados como substitutos, es decir, como remedios alternativos[311].

En segundo término, supuesto que la acción de daños es el cauce apropiado, debe determinarse si éstos deben ser soportados e indemnizados por el Estado o por los funcionarios responsables. En este sentido, la aplicación de teorías de responsabilidad objetiva o por riesgo –*strict enterprise liability*- fallan en su aplicación al Estado, en opinión de estos autores, porque el Estado no está en el

[310] BREYER, ps. 981/983.

[311] Como ejemplos de cada situación, los autores señalan casos en los cuales la acción de daños es claramente procedente -arrestos policiales por disturbios callejeros y accidentes causados por empleados públicos conduciendo vehículos oficiales, en cumplimiento de funciones públicas- y otros en los cuales el control *ex ante* por medio de una audiencia –*hearing*- y un *hard look judicial review* (también *ex ante*) implican la respuesta adecuada (se trata, en general, de decisiones públicas que involucran un alto grado de discrecionalidad, tal como ocurre cuando debe determinarse el lugar de emplazamiento de una central de generación eléctrica o el monto del peaje –tarifa- que puede cobrar el concesionario de una autopista).

Repositorio Institucional

mercado y, por lo tanto, carece de incentivos para reducir los perjuicios que causa, pues siempre puede recurrir al expediente de elevar los impuestos y difundir el pago de las indemnizaciones entre los contribuyentes.

Por otro lado, resultan conocidos los problemas relativos a la responsabilidad de los funcionarios públicos, entre ellos, la insuficiencia de activos para responder a la indemnización, y el riesgo de tornarlos excesivamente cautos al momento de actuar (por ejemplo, al hacer un arresto o ejecutar una sanción).

Las dos cuestiones propuestas determinan, en opinión de Breyer y Stewart, el juego entre la *inmunidad soberana* e *inmunidad oficial*, en las acciones de daños provocadas por la actuación ilegal de funciones públicas.

a.3. Responsabilidad del Estado

En lo relativo a las acciones de daños intentadas en contra del Estado –*government*- el *quid* de la inmunidad soberana radica en que sólo es dable demandar a los Estados Unidos cuando hay un estatuto por el cual éstos consienten ser demandados[312]. En palabras de Cann, la inmunidad soberana refleja una noción a tenor de la cual el soberano, es decir, el pueblo de los Estados Unidos, no puede ser demandado sin su consentimiento[313]. Por su parte,

---

[312] BREYER, p. 983 y 984/991.

[313] CANN, Steven J.; *Administrative Law*, second edition, Sage Publications, Thousand Oaks London New Delhi, 1998, p. 350. Esta obra será citada en adelante como: CANN, con indicación del número de la página. En el precitado artículo de Jorge Tristán BOSCH, ps. 905/906, el autor explica que la doctrina de la inmunidad soberana fue asumida más como un hecho consumado que por razones teóricas, deviniendo de puntos de vista concordantemente expuestos por Hamilton y Madison en los papeles federalistas y por Marshall como miembro de la Convención Constituyente. Sin embargo, explica Bosch, la armonía interpretativa

Repositorio Institucional

Schwartz, glosando la disidencia del *justice* Brennan en el caso "Barr v. Matteo", señala al modo en que la doctrina de la inmunidad soberana se transformó en una regla legal del derecho norteamericano como uno de los *misterios de la evolución legal*[314].

En términos generales, la ley que acuerda la posibilidad de accionar contra el Estado Federal es la *Federal Tort Claims Act* (FTC) del año 1946[315], cuyo texto en la actualidad se encuentra disperso en diversas secciones del título 28 del USC[316].

---

se vio quebrada en el caso "Chisholm v. Georgia" (1793), en el cual la Corte Suprema aceptó la demandabilidad de un Estado local ante un tribunal federal por parte de un vecino de otro Estado local, conmocionando a la opinión pública en razón de que la doctrina de la inmunidad soberana favorecía a todos los Estados que habían quedado endeudados desde el periodo de la revolución. La respuesta a tal cuestión, explica el autor glosado, vino de la mano de la Enmienda XI de la Constitución Federal, texto que, haciéndose eco de los argumentos expuestos en la disidencia del precedente citado, estableció la regla de la indemandabilidad de un Estado por parte de los vecinos de otro –aun con efecto retroactivo-. Esta garantía se extendió, por vía pretoriana, a casos de demandas entabladas por vecinos del propio Estado local "Hans v. Louisiana" (1890), y a situaciones de demandas incoadas contra el Estado Federal "Cohens v. Virginia" (1821).

[314] Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, third edition, Little, Brown and Co., Boston, Toronto, London, 1991, p. 607. Este texto será citado en adelante como SCHWARTZ, con indicación del número de página.

[315] Señala CANN, p. 350, que antes de la sanción de la FTCA el único proceso disponible por parte de los ciudadanos a efectos de reclamar del Estado una indemnización por daños derivados de la acción negligente de funcionarios públicos consistía en la solicitud de pago formulada directamente al Congreso. De hecho, según explica BOSCH, cit. p. 907, la acumulación de trabajo en relación con la materia bajo examen obligó al Congreso a delegar las funciones jurisdiccionales, creándose en el año 1855 la *Court of Claims*, a modo de dependencia del Legislativo con competencia para examinar las solicitudes de reparaciones planteadas al Estado Federal. En el año 1863 se acordaron al cuerpo referido funciones de tipo *cuasi jurisdiccional*, autorizándoselo para pronunciar "sentencias y decretos finales", con apelación ante la Suprema Corte, con cierta limitación de monto si la apelación era realizada por el actor; sin embargo, dado que el Ministro de

Repositorio Institucional

La sección 1346 (b) del USC es la norma que establece, de modo general, la jurisdicción de los tribunales de distrito sobre las acciones de daños intentadas en contra del Estado Federal[317]. Esta norma reconoce diversas excepciones, en algunas ocasiones respecto de ciertas agencias –v. gr. bancos federales-, en tanto que en otras en relación con determinados programas –v. gr. regulación del sistema monetario-.

Hacienda tenía la palabra final en materia de pagos, el Alto tribunal rechazó su competencia apelada en el caso "Gordon v. U.S." (1865). Por la razón apuntada, en el año 1866 se acordó al cuerpo administrativo la posibilidad de dictar resoluciones finales en la materia asignada, con competencia compartida con los tribunales federales de distrito en los casos de reclamos de hasta diez mil dólares, p. 908. En igual sentido explica el proceso descrito el profesor Frank J. GOODNOW, *The principles of the Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam´s sons, New York and London, 1905, ps. 387/389, enfatizando el efecto de la *Tucker Act* (1887) al someter todos los conflictos pecuniarios en contra de los Estados Unidos a la *Court of Claims*, con excepción de los relativos a la responsabilidad extracontractual *"not sounding in tort"*, en concurrencia con los tribunales federales. Actualmente el tribunal judicial es denominado "United States Court of Federal Claims" y su funcionamiento está regulado en el capítulo 91 –título 28- del USC, secciones 1491 y ss.

[316] Secciones 1346 (b) –jurisdicción-, 1402 (b) –tribunal competente (*venue*)-, 2401 –plazo de prescripción de la acción *(time for commencing action against United States)*-, 2402 –ausencia de jurado *(no jury trial)*-, 2411 –interés *(interest)*-, 2412 –costas y honorarios *(costs and fees)*-, 2671-2680 -procedimiento y excepciones a la renuncia de la inmunidad soberana *(procedure and rules)*-.

[317] La sección 2680 expresa: "*The provisions of this chapter and section 1346 (b) of this title shall not apply to: (a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, weather or not such statute of regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, weather or not the discretion involved be a abused*". Según el Black´s Law Dictionary, cit., p. 499, *due care* significa: justo, propio y suficiente cuidado, conforme las circunstancias; ausencia de negligencia.

Repositorio Institucional

Según lo indican Breyer y Stewart, la excepción cuyo análisis resulta más complejo es la contenida en la sección 2680 (a) del título 28 del USC, a tenor de la cual no media *waiver* a la inmunidad soberana en el caso de los reclamos fundados en actos u omisiones de un empleado del gobierno si este ha ejercido debido cuidado (*due care*) en la ejecución de la norma jurídica pertinente como tampoco en los casos en que el ejercicio de su función requiera de una evaluación discrecional[318].

La excepción comentada ha dado lugar a una vasta jurisprudencia cuyo primer jalón es marcado por el precedente "Dalehite v. United States" (1953)[319], en el cual la Corte Suprema resolvió una situación en la cual se imputaba responsabilidad al Estado por la explosión provocada por fertilizantes depositados en un barco amarrado en el puerto de Texas. La atribución de daños al Estado devenía de la circunstancia de que las tareas de manufactura y embalaje del fertilizante se habían realizado bajo la responsabilidad de un funcionario público a cargo de un programa oficial cuya ejecución se estimó negligente (se alegó, entre otros eventos, que los embalajes carecían de etiquetas que advirtieran el peligro, que las bolsas eran de papel, en lugar de un material más estable y que la supervisión del modo en que la carga era introducida en el barco era deficiente).

Ante tal marco fáctico, la Corte, por mayoría de cuatro jueces, consideró a la decisión pública de instituir un plan para la exportación de fertilizantes como un acto discrecional de planeamiento adoptado a un nivel de decisión de gabinete -*cabinet-level decisión*-, vale decir, como algo distinto a una decisión meramente operacional.

---

[318] BREYER, ps. 983/984. CANN denomina a esta excepción *discretionary exemption*, p. 350. SCHWARTZ, p. 609.

[319] 346 U.S.15, extraído de BREYER, ps.984/987. SCHWARTZ, p. 611.

Repositorio Institucional

En disidencia, los jueces Jackson, Black y Frankfurter sostuvieron que la cláusula de excepción contenida en la sección 2680 (a) protegía las arcas públicas de acciones de daños en situaciones, valoradas conforme al *common law*, en las cuales la actuación del Estado se realizaba en un ámbito eminentemente oficial o público, actividades distintas a las cumplidas por el funcionario público en el caso bajo análisis, que eran analogables a las desarrolladas por personas privadas –casos en los cuales el Estado operaba como industrial o contratista privado y operador de barcos-[320].

La decisión fue confirmada por el Alto Tribunal en el caso "United States v. Varig Airlines" (1984)[321], en el cual se imputó responsabilidad al Estado -en particular a la *Federal Aviation Administration*- por la supuesta implementación negligente de un programa de inspección y certificación de diseño de aviones, bajo la afirmación que media discrecionalidad en aquellas situaciones en que es dable discernir una determinada política y adoptar una decisión consecuente.

En el año 1988, la Corte sentencia el caso "Berkovitz v. United States"[322], interpretando en términos restrictivos la excepción de discrecionalidad contenida en la sección de marras, en un caso en el cual un niño había ingerido una dosis de vacuna contra la poliomielitis que culminó causándole esa enfermedad. El actor, cuyo reclamo finalmente prosperó, sostuvo que la *Federal Division of Biologic Standards* había otorgado de modo irregular la licencia al

---

[320] Conforme al voto de Jackson, la excepción de discrecionalidad implicaba más que daños provocados por accidentes de tránsito; pues, en caso contrario, la antigua y desacreditada doctrina acerca de que el Rey no puede errar no habría sido desarraigada sino meramente enmendada, debiéndose leer del siguiente modo: "el Rey sólo puede cometer pequeños errores", cfr. CANN, p. 351.

[321] 467 U.S. 797, extraído de BREYER ps. 987-988.

[322] 486 U.S. 531, extraído de BREYER ps.988/989.

Repositorio Institucional

laboratorio productor de la vacuna, permitiendo la venta de la partida elaborada en condiciones deficientes.

En "United States v. Gaubert" (1991)[323], *The Federal Home Loan Bank Board*, fue demandada por el accionista mayoritario de un banco supervisado por esa Comisión pública, señalando que la supervisión negligente de la institución financiera le había causado pérdidas significativas. Al resolver la controversia, la Corte señaló que si una regulación válida ordena una conducta particular, la agencia debe quedar protegida de responsabilidad por daños; en el caso puntual, la Corte entendió que la ley y las regulaciones relevantes otorgaban a la agencia un ámbito de discrecionalidad en la labor de supervisión de los problemas financieros de ciertas instituciones bancarias y que la conducta de la comisión había sido coherente con este ámbito de funciones acordadas por ley, aun cuando las decisiones hubieran sido tomadas a un nivel operacional o de *management* y no a un nivel de planificación[324].

Según lo expone Cann[325], realizando un sumario de las ideas antes desarrolladas, para sostener una acción exitosa contra el Gobierno Federal, en casos de negligencia, el actor debe demostrar: *a)* que ha mediado una falla en el ejercicio de un deber de *cuidado razonable*, mensurado desde la perspectiva de una persona de racionalidad promedio; *b)* que esa falla ha sido la causa próxima de los daños; *c)* que es posible otorgar en el caso una indemnización monetaria al particular dañado; *d)* que la acción negligente no ha sido el resultado del ejercicio de una acción discrecional con implicancias regulatorias –*policy implications*-. En esta situación, en tanto el daño haya sido ocasionado en ejercicio o con

[323] 111 S.Ct. 1267 (1991); extraído de BREYER ps. 989/990.

[324] Como testimonio de la supervivencia contemporánea de la doctrina de la inmunidad soberana, CANN cita el caso "Lane c. Pena" (116 S.Ct. 2092), p. 352.

[325] CANN, p. 378.

Repositorio Institucional

ocasión de las funciones del agente estatal, el costo del resarcimiento se difunde entre todos los ciudadanos –*spreads the cost to the taxpayers*-[326].

a.4. Responsabilidad de los funcionarios públicos

Señalan Breyer y Stewart[327] que en aquellos casos en que la demanda contra el Estado se vea entorpecida por las excepciones vigentes de la inmunidad soberana, es posible demandar a los funcionarios o empleados que causaron de hecho el perjuicio, los cuales, conforme los principios del *common law*, están sujetos a responsabilidad en la misma medida que los empleados privados[328].

Doctrina de la inmunidad absoluta – Responsabilidad de los jueces. Excepción a la regla general antes expuesta es la relativa a la actuación de los jueces, quienes gozan de *inmunidad absoluta* respecto de acciones de daños, salvo cuando decidan cuestiones mediando una *clara y total ausencia de jurisdicción*, con fundamento en la necesidad de preservar su libertad de actuar de conformidad a sus propias convicciones, sin temor a eventuales condenas patrimoniales[329].

---

[326] Es conveniente observar que aun cuando se refiera a situaciones de negligencia, la existencia de un deber legal de cuidado a cargo del funcionario que falla en su ejecución, representa un factor objetivo de atribución de daños en la medida en que el particular lesionado debe demostrar tal extremo –la falla en el deber de cuidado- y no la culpa del agente.

[327] BREYER, ps. 991/992.

[328] Señala TAWIL, "La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano", cit., p. 684, que en algunas ocasiones resulta posible para el actor lograr una condena en daños punitivos contra el funcionario, situación excepcional en casos de demandas contra el Estado.

[329] BREYER, p. 992. SCHWARTZ, p. 600.

Repositorio Institucional

Esta *inmunidad absoluta* ha sido pretorianamente extendida a funcionarios del poder ejecutivo tales como el *Attorney General* y los demás funcionarios del Departamento de Justicia, bajo la argumentación formulada por el juez Learned Hand como miembro del tribunal del segundo circuito, en el caso "Gregoire v. Biddle" (1949), a tenor de la cual *el interés público requiere que estos funcionarios puedan hablar y actuar libremente, sin temor, en el ejercicio de sus relevantes funciones*[330].

La decisión comentada fue sostenida por la Corte Suprema en el precedente "Barr v. Matteo" (1959)[331], extendiendo la *inmunidad absoluta* a todos los funcionarios del poder ejecutivo cuyas acciones involucraran discrecionalidad relevante.

En el caso "Westfall v. Erwin" (1988) el Alto Tribunal señaló que es tarea legislativa establecer las pautas a seguir en una cuestión empírica tal como la relativa a cuándo la inmunidad absoluta debe ser garantizada en un contexto particular, indicando también que la doctrina de la inmunidad absoluta no alcanza a las decisiones no discrecionales, en las cuales la gobernabilidad no resulta comprometida[332].

Este precedente alentó la sanción, en el mismo año, de una ley a tenor de la cual las acciones previstas en la *Federal Tort Claims Act* en contra de los Estados Unidos por actos u omisiones dañosas imputables al obrar negligente de cualquier empleado del gobierno federal en ejercicio de sus funciones *–scope of his office or employment-*, precluye cualquier otra acción civil de daños contra el empleado cuyo acto u omisión dio lugar al reclamo; resultando competente el *Attorney General* para certificar, en caso de mediar

---

330 BREYER, p. 992. SCHWARTZ, p. 600.

331 BREYER, ps. 993/996. SCHWARTZ, p. 601.

332 BREYER, ps. 997/999.

Repositorio Institucional

una demanda de daños contra un funcionario, que el mismo se encontraba en ejercicio de sus funciones al momento del evento dañoso, considerándose el procedimiento, en adelante, como un proceso en contra de los Estados Unidos, a radicarse ante un juzgado federal de distrito[333] -norma en función de la cual las acciones de daños contra funcionarios públicos fundadas en el *common law* han quedado prácticamente inhibidas (*tradicional common law tort actions*)-. Además, las normas de preclusión o exclusividad referidas fueron interpretadas por la Corte en el precedente "United States v. Smith" (1991) como de aplicación aun en los supuestos en los cuales la misma legislación establece la imposibilidad de demandar al Estado[334] –en razón de lo cual existirían casos de responsabilidad que podrían quedar impunes[335]-.

La circunstancia antes apuntada ha inducido a los potenciales actores a encauzar sus acciones contra funcionarios públicos por vía de otras acciones de daños -*public tort actions*-. Estas son, las *acciones de la sección 1983 –provenientes de la Civil Rights Act de 1871-* para demandar a funcionarios de los estados locales, y las llamadas acciones *Bivens* para el caso de los funcionarios del gobierno federal[336]. Estas últimas toman su nombre del precedente "Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents" (1971), en el cual la Corte Suprema sostuvo que los agentes federales podían ser demandados por daños resultantes de violaciones a derechos constitucionalmente garantizados, es decir, a derechos de jerar-

[333] BREYER, p. 999.

[334] *Idem*, p. 999.

[335] Tal como acontecería con las excepciones contempladas en la FTCA en razón de las cuales la inmunidad soberana se mantiene respecto de los daños intencionalmente provocados por los funcionarios públicos –v. gr. *assault, battery, slander and liber,* etc.-.

[336] BREYER, ps. 1000/1001. Estas acciones también son denominadas *constitutional tort actions.*

Repositorio Institucional

quía constitucional –en el caso puntual los derechos garantizados en la cuarta enmienda-, siempre que el actor pudiera demostrar la existencia de un derecho constitucionalmente protegido, una invasión a tal derecho y que la solución requerida -condena en daños- es apropiada[337].

a.5. Doctrina de la inmunidad calificada

No obstante lo expuesto[338], los tribunales federales también han garantizado cierta inmunidad a los funcionarios públicos en el caso de las *acciones Bivens* intentadas en su contra (tal como aconteció con las acciones de daños tradicionales del *common law*). Sin embargo, aunque los funcionarios tutelados con inmunidad absoluta coincidan (jueces estatales, fiscales, legisladores federales y locales, el presidente de los Estados Unidos, etc.), el tipo de inmunidad creada pretorianamente para estas situaciones no es absoluta sino calificada –*qualified immunity*-, poniéndolos a salvaguarda sólo en acciones realizadas de buena fe[339].

---

[337] BREYER, p. 1001. El autor cita también los casos "Davis v. Passman", 442 U.S. 228 (1979) –violación a los derechos tutelados en la quinta enmienda-, y "Carlson v. Green", 446 U.S. 14 (1980) –violación a los derechos garantizados por la octava enmienda-. Confróntese también: CANN, ps. 363/365.

[338] BREYER, ps. 1002/1003.

[339] BREYER cita el caso "Scheuer v. Rhodes", 416 U.S. 232 (1974), p. 1003. En "Harlow v. Fitzgerald", 457 U.S. 800 (1982) –ps. 1008/1010- el Alto Tribunal indicó que la defensa de "buena fe" introducida por el funcionario demandado tiene dos aspectos, uno objetivo, vinculado al conocimiento del deber de respeto a derechos constitucionales básicos; y otro subjetivo, referido a que la intención del funcionario sea permisible, es decir, adoptada sin malicia o grave negligencia. Tal como se observa, en general, las defensas relativas al ejercicio de funciones discrecionales por parte de los agentes imputados mantienen su vigencia aun en el caso de acciones de daños derivadas de violación de derechos constitucionales.

Repositorio Institucional

Así, en el caso "Butz v. Economou"[340], la Corte Suprema sostuvo por mayoría la regla de la *inmunidad calificada*, sin perjuicio de lo cual puso de manifiesto que existen situaciones especiales en las cuales la *inmunidad absoluta* de los funcionarios es esencial para el ejercicio de la función pública[341]; afirmando, en el sentido expuesto, que las salvaguardas de las cuales está dotado el proceso judicial tienden a reducir la necesidad de asegurar la procedencia de acciones privadas de daños como medio de control de la conducta inconstitucional o maliciosa de los jueces, considerando la preservación del juez respecto de las influencias políticas, la importancia del precedente para la resolución de las controversias, la contradicción de intereses dentro del proceso, la posibilidad de que los errores sean corregidos por vía de apelación.

Por las razones dadas, la Corte entendió que esta inmunidad absoluta es también predicable de la labor *cuasi jurisdiccional* desarrollada por las agencias administrativas federales –*adjudication*-.

Por su parte, la disidencia señaló que no es lógico ni práctico distinguir entre reclamos fundados en el *common law* y reclamos constitucionales a efectos de discernir el grado de inmunidad de los funcionarios públicos[342].

En general, a modo de conclusión respecto de las acciones legales intentadas contra agentes públicos, han mediado sugerencias a tenor de las cuales se entiende pertinente en el derecho norteamericano que sea el Estado la única parte demandada en este

---

[340] BREYER, ps. 1003, ps. 1003/1007, 438 U.S. 478 (1978). SCHWARTZ, p. 603.

[341] Como ocurre con el presidente, "Nixon v. Fitzgerald", 457 U.S. 731 (1982).

[342] BREYER, ps. 1005/1007.

Repositorio Institucional

tipo de procesos –cualquiera sea el tipo de derecho lesionado-, en tanto medie una certificación oficial respecto a que el funcionario estaba ejerciendo sus funciones al momento de causar el daño –decisión sujeta a revisión judicial-, casos en los cuales los Estados Unidos podrán oponer las defensas relativas a la inmunidad absoluta o calificada; con independencia de que, en caso de condena, la agencia empleadora del agente dañador deba ejercer los procedimientos disciplinarios correspondientes y adoptar las medidas correctivas que resulten necesarias[343].

a.6. Revisabilidad de la acción estatal

Dado que el tratamiento de estas cuestiones excede el ámbito de estudio de esta obra, sólo se consignarán algunos aspectos liminares favorables a la comprensión global del problema.

Según explican Breyer y Stewart[344], *la revisabilidad judicial –judicial review-* del accionar de las agencias *–final agency action-constituye la regla general* en la materia *–presumption of reviewability-*, conforme la interpretación de diversas cláusulas de la APA formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *leading case* "Abbott Laboratories v. Gardner"[345], regla que reconoce dos excepciones, ambas contenidas en la sección 701 (a), (1) y (2) de la APA, la primera de las cuales atiende a la prohibición legal de control judicial *–preclusion by statute-*, en tanto que la segunda refiere a la asignación legal de discrecionalidad a la agencia a fin de adoptar la decisión en tal materia *–agency action is committed to agency discretion by law-*.

---

[343] BREYER, ps. 1012/1013, recomendación formulada en el año 1982 por la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos.

[344] BREYER, ps. 1013/1054.

[345] 387 U.S. 136 (1967); cfr. BREYER, ps. 1020/1021 y 1098/1105.

Repositorio Institucional

La validez constitucional de las prohibiciones legales impuestas en determinadas situaciones a la *judicial review* ejercida por parte de tribunales federales de distrito o de circuito, guarda vinculación con la potestad constitucional del Congreso de establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema –artículo III, sección 1 de la Constitución- asignándoles un ámbito jurisdiccional definido. Sin embargo, la existencia de cuestiones constitucionales podrá, aun en presencia de la prohibición referida, ser ventilada ante las cortes estaduales y, eventualmente, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos; no obstante, según señalan los autores glosados, aun en la hipótesis de existencia de una ley que ordenara la preclusión total de control judicial respecto de ciertos actos estatales, su constitucionalidad dependería de diversos factores, entre ellos la importancia del derecho constitucional lesionado, el interés estatal en la prohibición y el grado de participación actual de los tribunales en el caso[346].

En torno al ejercicio, por parte de las agencias, de facultades discrecionales no revisables judicialmente, se ha sostenido en doctrina, en base a la interpretación de normas de la APA, que la prohibición sólo alcanza al *ejercicio legal de la discreción*; de modo tal que el abuso en el ejercicio de una facultad discrecional es revi-

[346] Cfr. BREYER, ps. 1047/1049. Resulta ilustrativo confrontar el precedente "Webster v. Doe", 486 U.S. 592 (1988), expuesto en las ps. 1044/1047 y 1051/1052 de la obra citada, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo (con las disidencias de los jueces Scalia y O´Connor), ante un reclamo interpuesto por un agente de la CIA relevado de su función en razón de su homosexualidad, que la petición de revisión judicial debía ser desestimada respecto de la evaluación de la competencia del director de la CIA para disponer la cesantía, dada su condición de *discrecional*; aunque, no obstante, debía ser considerada en punto a la valoración de la violación, alegada por el actor, de los derechos constitucionales de privacidad, libertad y propiedad.

Repositorio Institucional

sable, salvo que una ley prohíba la revisión, es decir, que se de la hipótesis de la primera excepción[347].

A mayor detalle, según indican Breyer y Stewart[348], quien peticiona *judicial review* debe estar legitimado a tal fin –*standing to secure judicial review*- en los términos de la sección 702 de la APA, o bien, de la norma específica que regula la cuestión –v. gr. la sección 402(b)(1) de la Federal Communications Act, 47 USC (1970)-, o, si la ley en la cual se basa el reclamo es un estatuto general tal como la sección 1331 del título 28 del USC, en un estándar de legitimación judicialmente construido[349].

A tal respecto, indican los autores glosados que, después de la resolución recaída en el caso "Association of Data Processing Serv. Organizations v. Camp"[350], media la necesidad de que los tribunales se avoquen al conocimiento de causas o controversias como requisito constitucionalmente impuesto, recaudo que presenta, en términos de la Corte Suprema, tres aristas: *a)* el actor debe probar la existencia de un daño concreto y cierto -*injury in fact*; *b)* que reconozca por causa la acción gubernamental cuestionada; *c)* y que sea reparable por medio de la acción del tribunal requerido[351]. Por otra parte, la controversia no debe ser planteada de modo prematuro sino cuando presenta actualidad o madurez[352] –

[347] BREYER, ps. 1029/1030, con citas de: BERGER, "Administrative Arbitrariness and Judicial Review", 65 Colum. L. rev. 55 (1965); JAFFE, *Judicial Control of Administrative Action* (1965); y DAVIS, *Administrative Law of the Seventies* (1976).

[348] BREYER, ps. 1054/1056.

[349] *Idem*, p. 1055.

[350] 397 U.S. 150 (1970).

[351] BREYER, ps. 1072/1073.

[352] BREYER, p. 1092; el leading case en la materia es el conocido caso "Abbott Laboratories v. Gardner", 387 U.S. 136 (1967), cfr. BREYER, p. 1098; Black´s Law Dictionary, cit., p. 1328.

Repositorio Institucional

ripeness-, debiéndose, en ciertos casos, emplear los procedimientos administrativos disponibles ante la agencia antes de acudir a los tribunales judiciales –*exhaustion*-[353].

a.7. Responsabilidad por actos legislativos

Explica el profesor Bianchi que la responsabilidad estatal por acto legislativo encuentra su fuente en el derecho norteamericano en la cláusula del *Dominio Eminente* –también nominada como *takings clause*- contenida en la quinta enmienda de la Constitución, texto a tenor del cual "*nor shall private property be taken for public use without just compensation*"[354].

En igual sentido, explica Tribe que el juez Holmes, en el año 1922, en el caso "Pennsylvania Coal Co. V. Mahon" -260 U.S. 393, 415- estableció una regla clara para generaciones de abogados al indicar "*while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking*"[355]; de modo tal que el problema quedó circunscrito a la determinación fáctica acerca de cuando una regulación va demasiado lejos, para la cual se han utilizado, explica Bianchi, estándares de evaluación fundados en el tipo de acción estatal, su impacto económico y su interferencia con expectativas fundadas en inversiones previas[356].

En general, expresa el profesor argentino citado, no se ha reconocido responsabilidad estatal por actividad legislativa, en el marco del derecho de los Estados Unidos de América; en particu-

---

[353] BREYER, p. 1115. Cfr. Black´s Law Dictionary, cit., p. 573.

[354] Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, cit., p. 116.

[355] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, New York, 1988, p. 595.

[356] BIANCHI, cit., 117/118.

Repositorio Institucional

lar, el autor glosa casos de negativa a indemnizar situaciones vinculadas con la prohibición de ejercer una determinada industria, la preservación de sitios históricos, el uso de la tierra y razones urbanísticas, asociándose la denegatoria al rechazo general de los tribunales a indemnizar perjuicios con base en actuaciones estatales lícitas[357].

b. Balance preliminar sobre el Derecho estadounidense

Este balance comparatista intenta, prioritariamente, poner de relieve aquellos aspectos del sistema analizado que contribuyen a mejorar la interpretación de puntos irresueltos en el sistema jurídico argentino; en razón de ello, se señalan las siguientes cuestiones como elementos de juicio a considerar:

a) Es importante rescatar el tratamiento conjunto de los problemas relativos a la jurisdicción, la responsabilidad y la revisabilidad de la acción estatal, pues, como bien lo indicara Hauriou, en la fórmula *que el Estado haga pero que pague los daños que en su accionar causa* se ven involucrados ambos extremos, es decir, la responsabilidad estatal y el control judicial sobre su obrar.

b) Un punto significativo es el concerniente a la alternativa entre control *ex ante* y solución de daños *ex post*; la cuestión reviste la mayor trascendencia pues ayuda a perfilar la instancia de procedencia de la acción de daños a partir de la consideración de los elementos discrecionales incorporados en la decisión estatal y de la congruencia entre el reclamo y los actos propios anteriores a la acción.

---

[357] *Idem*, ps. 122/127. Excepción a la regla son los casos vinculados con expropiaciones; en los cuales, no obstante, las indemnizaciones acordadas han sido restringidas, cit., ps. 127/128.

Repositorio Institucional

c) Resulta lingüísticamente rescatable la apelación al concepto de contribuyente –*taxpayer*- pues pone al descubierto la realidad de la repercusión patrimonial de las indemnizaciones que paga el Estado por el obrar ilícito de sus funcionarios.

d) Otro dato relevante es el atinente a que en el derecho norteamericano no se habla de responsabilidad por acto lícito del Estado –téngase presente que aun en el caso de los actos legislativos dañosos la cuestión se circunscribe a la determinación acerca de si ha mediado o no un *taking*-. Bien puede entenderse que esta situación colabora con la comprensión de la antijuridicidad característica de los daños resarcibles.

e) La evaluación jurisprudencial de la inmunidad soberana y la inmunidad oficial permite concebir, dejando a un lado los prejuicios relativos a lo vetusto del sistema y sin perjuicio de su falta de raíz constitucional, el funcionamiento de un sistema legal comprometido con las cuestiones de fondo relativas a los casos de responsabilidad estatal, tales como son la difusión de la carga indemnizatoria inherente a la reparación entre todos los contribuyentes y la necesidad de preservar el ámbito de discrecionalidad de los funcionarios públicos libre de amenazas que finalmente conspiran contra el buen gobierno. Por otra parte, si bien sujeto a dificultosas apreciaciones empíricas, la fijación del límite en las cuestiones constitucionales importa una barrera trascendente en la protección de los derechos individuales.

f) Vinculado con el punto anterior, es notable el compromiso de los jueces con el encauzamiento procesal adecuado de las acciones de daños y las salvaguardas acordadas a ciertos funcionarios a fin de preservar la tarea de gobierno, en particular en aquellos ámbitos que presentan zonas de decisión discrecional relevante. De igual modo, es interesante observar el modo en que la responsabilidad objetiva del Estado es conjugada con la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos.

Repositorio Institucional

Repositorio Institucional

CAPÍTULO IV

EXAMEN DEL DERECHO EXTRANJERO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA

1) SISTEMAS DE BASE LEGAL FORMAL: DE CALIFICACIÓN PÚBLICA – ESPAÑA

a. Introducción

Según se afirma en doctrina, la garantía patrimonial individual frente a la actividad estatal se asienta en el derecho español en dos instituciones fundamentales, la expropiación forzosa y la responsabilidad de la administración, ambas reconocidas de modo expreso en los artículos 33.3 y 106.2 de la Constitución española de 1978[358].

[358] Cfr. Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, tercera edición, 2002, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 475 (Nota: esta obra ha sido empleada en el presente trabajo a efectos de definir el marco general de problemas a abordar dentro del sistema jurídico a reseñar. En adelante será citada, al igual que el resto de los textos a referir, con la indicación del apellido de su autor y el número de la página correspondiente).

Repositorio Institucional

El sistema español de responsabilidad estatal reconoce una evolución que parte, al promediar el siglo XIX, desde la asunción de responsabilidades excepcionales en casos expresamente previstos en leyes, periodo que se cierra con la sanción del código civil de 1889. En la práctica, la estrecha interpretación jurisprudencial del artículo 1903, párrafo quinto, del texto legal citado –artículo que expresaba *"el Estado es responsable en este concepto* –responsabilidad por el hecho de un dependiente o servidor- *cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior* –referido a la responsabilidad general por culpa-", eximió de responsabilidad a la persona jurídica Estado en todos los casos en que el agente obraba dentro del marco de sus competencias, situación que lo hacía personalmente responsable; vale decir que el Estado sólo debía indemnizar a terceros en las situaciones en que el daño fuera causado por un agente especial, circunstancia de rigurosa excepción. De esta manera se obstaculizó la aplicación del código civil a efectos de regimentar el instituto de la reparación patrimonial a cargo del Estado[359].

Contando como eslabón intermedio con la previsión contenida en el artículo 41 de la Constitución de la II República de 1931, que estableció la responsabilidad estatal subsidiaria respecto de la

---

El artículo 106.2 de la Constitución española expresa: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*" –texto conforme la obra, AA.VV., *Textos Constitucionales*, edición dirigida por Miguel A. APARICIO PÉREZ, EUB, Barcelona, 1995, p. 271.

[359] SANTAMARÍA PASTOR, ps. 477/478. Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, novena edición, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p. 522.

Repositorio Institucional

del funcionario público, la cuestión vino a recibir tratamiento legislativo adecuado recién en el año 1950, por medio de la *Ley de Régimen Local*, cuerpo normativo en cuyos artículos 405 y 406 se reconoció la responsabilidad directa de los estados locales en el caso de daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos salvo el caso de que hubiere mediado culpa grave del funcionario en el cual la responsabilidad estatal devenía subsidiaria. Sin embargo, fue la *Ley de Expropiación Forzosa* de 1954, en su artículo 121.1, la que acuñó la fórmula que luego se vería plasmada en la Constitución de 1978, legislación que se vio completada con la *Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado* del año 1957[360].

Por último, en razón de la necesidad de unificar el régimen, se legisló la cuestión en el título X de la *Ley del Régimen Jurídico de la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo Común* (artículos 139 a 146, reglamentados por el Real Decreto 429/1993), dictado en base a la competencia asignada por el artículo 149.1.18ª de la Constitución española al Estado[361].

---

[360] SANTAMARÍA PASTOR, ps. 478/479.

[361] Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I/1, undécima edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 321. Véase también, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., ps. 371/373. Se ha indicado que el sistema normativo debería ser modificado recogiendo las *especialidades de los distintos ámbitos de la acción administrativa*, cfr. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", EDA, 2001/2002, 667/675.

Repositorio Institucional

b. Legislación, doctrina y jurisprudencia

b.1. Caracteres generales del régimen

Según lo expone Santamaría Pastor[362], los caracteres generales de la responsabilidad aquiliana del Estado en el derecho español son:

a) Se trata de un esquema normativo extensivo a la actividad de todos los poderes públicos, vale decir, no sólo a la Administración Pública cualquiera sea el estamento que actúe o la esfera jurídica en que lo haga –artículo 144 LRJAP *responsabilidad de derecho privado*-, sino también a la actividad del poder legislativo y a la del poder judicial –aspectos, estos últimos, que serán abordados al tratar el problema de la imputación-;

b) El marco legal prevé la existencia de una *acción directa* en contra del Estado –artículo 145.1 LRJAP- por los daños y perjuicios causados por los agentes públicos, incumbiéndole a la persona jurídica el deber de repetir del funcionario dañador lo pagado al tercero dañado, en caso de que el agente haya actuado mediando dolo, culpa o negligencia grave -artículo 145.2 LRJAP-.

c) La condición saliente del régimen viene dada por su carácter *objetivo*, es decir, independiente de la idea de culpa y de la ilicitud del obrar estatal –artículos 139.1 LRJAP y 106.2 CE-.

b.2. Presupuestos de la acción de daños

Los requisitos de procedencia de la acción de responsabilidad son: *a)* la existencia de una *lesión resarcible*, conceptualmente comprensiva de la nota de antijuridicidad; *b)* la *imputación* subjetiva y objetiva del daño; y, *c)* La existencia de una *relación de cau-*

[362] SANTAMARÍA PASTOR, cit., ps. 480/483.

Repositorio Institucional

salidad adecuada entre el sujeto, su actividad y el daño ocasionado[363].

Es claro que, si bien la *tesis de la lesión* resarcible constituye la corriente doctrinaria en la cual abrevan la mayor parte de los autores, la llamada *teoría de la indemnización*, postulada por Fernando Garrido Falla, presenta un esquema interpretativo diverso dentro del mismo sistema jurídico[364], al presentar a la igualdad ante las cargas públicas como fundamento del deber indemnizatorio a cargo del Estado a consecuencia de daños causados por su actividad lícita[365]. En estos casos el autor referido sustituye la idea de *responsabilidad patrimonial* por la de *indemnización*, atribuyendo el origen de esta última al campo del derecho administrativo[366].

Sin perjuicio del valioso aporte doctrinal reseñado, la LRJAP invoca la noción de *lesión*, constituyéndola, tal como afirman García de Enterría y Fernández, en el *centro de gravedad del siste-*

---

[363] SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 483. Repárese en que no se habla aquí de falta de servicio, en tanto el sistema prevé un esquema de reparación objetiva fundado en la lesión resarcible; tal circunstancia resulta indicativa de la asociación entre la noción de falta y la idea de culpa, de la cual presume encontrarse ajena el sistema jurídico español de reparación de daños causados por el Estado.

[364] Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte General: Conclusión), octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, ps. 218/220. Véase también, L. PAREJO ALFONSO (coordinador), A. JIMÉNEZ-BLANCO, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Parte General, 4º edición corregida, aumentada y puesta al día, Ariel S.A., Barcelona, 1998, autores que refieren a la crítica –enancada en las teorías alemanas- que desde la doctrina civil ha efectuado al sistema legal actual F. Pantaleón Prieto, p. 543.

[365] Cuya referencia doctrinaria se remonta al autor italiano Renato ALESSI aun cuando guarda evidente vinculación con el derecho alemán.

[366] GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. p. 220.

Repositorio Institucional

ma[367]. Según expresa el artículo 139.2 de la LRJAP "*... el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*"; por su parte, el artículo 141.1 pone de manifiesto que "*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes 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 la técnica 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*".

El primero de los artículos glosados sienta las condiciones de efectividad, evaluabilidad económica e individualización del daño. Efectividad del daño importa lesión actual y real a intereses patrimoniales y/o extrapatrimoniales o morales del sujeto perjudicado; lesión que deberá ser valorada en términos monetarios, con independencia de la posible afectación de bienes tales como la vida. Por último, la individualización del daño debe producirse respecto de una persona, un grupo determinado de personas, o bien un grupo que si bien puede encontrarse no individualizado *a priori* esté en condiciones de probar el *sacrificio especial* que una determina-

[367] Ob. cit., p. 375; según afirman los autores glosados: "*... el fundamento de la institución, tal y como está configurada en nuestro Derecho, se ha desplazado desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de la responsabilidad patrimonial como una sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa así a convertirse en un mecanismo básicamente objetivo de reparación que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración*".

Repositorio Institucional

da actividad estatal le hubiera impuesto[368], circunstancia que deberá ser apreciada prudencialmente a fin de determinar si "... *su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas lo que obliga a calificarlas de cargas colectivas*"[369].

El texto legal citado en segundo término alude a la condición de *antijuridicidad objetiva* propia de la *lesión resarcible*, es decir, a la inexistencia de causas de justificación legitimantes del perjuicio causado, circunstancia que acontece, en términos de García de Enterría y Fernández, "... *siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado*"[370].

Surge también del texto legal que la lesión no es resarcible cuando surge de fuerza mayor, vale decir, de un acontecimiento ordinariamente imprevisible y siempre inevitable que exceda de los riesgos empresarios, comprendidos dentro de la noción de caso fortuito "... *como causa indefinida del siniestro que no debe exonerar a quien responde ...*"[371].

---

[368] SANTAMARÍA PASTOR, cit., ps. 484/486.

[369] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., p. 381. Compárese esta argumentación fáctica con la empleada en el precedente "Torres c/ Prov. de Mendoza", por la Suprema Corte de Justicia de esa Provincia.

[370] *Idem*, p. 376. Así, afirman los autores citados que: "*Es legalmente inexcusable el pago de un impuesto, el deber de soportar una ejecución administrativa o judicial, el cumplimiento de la orden de revocar o adecentar las fachadas de los edificios siempre que se mantenga en el límite del deber de conservación de éstos que la legislación urbanística establece y los planes de ordenación concretan... y, en general, el cumplimiento de cualquier otra obligación impuesta por la ley*" -ps. 376/377-, o asumida contractualmente, v. gr. multa por retraso del constructor en la ejecución de la obra pública, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 484.

[371] Según la exposición de Rafael ENTRENA CUESTA, cit., p. 324.

Repositorio Institucional

El problema de la imputación de los daños al Estado –Administración- radica en la condición de persona jurídica investida por tal ente. Esto es así en cuanto, como lo exponen García de Enterría y Fernández, en este caso la responsabilidad se configura con independencia de la idea de culpa –responsabilidad indirecta-, razón por la cual "*... la imputación no puede realizarse en base a la mera causación material del daño, sino que tiene que apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra*"[372].

En cuanto al sujeto autor del daño, el título de imputación es la integración del agente en la *organización administrativa*, concepto que comprende no sólo a los funcionarios en sentido estricto, sino también "*... a todo tipo de autoridades, empleados o contratados e, incluso, a cualesquiera agentes que por un título u otro desempeñen, aunque sea de modo ocasional, esas funciones (un cónsul honorario, por ejemplo) ..., hasta el supuesto límite del mero gestor oficioso o de facto ...*"; como así también los daños provocados por que están bajo la autoridad o custodia del Estado[373]. A *contrario sensu*, no resultan atribuibles a la Administración los daños causados por concesionarios del Estado, profesionales que ejercen funciones públicas –v. gr. notarios-, y por contratistas del Estado, salvo las hipótesis legalmente contempladas, en las cuales el perjuicio

[372] Ob. cit., p. 384.

[373] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., ps. 392/393. La hipótesis del daño causado por una persona que se encuentra bajo la custodia del Estado es ejemplificada por los autores citados con el caso del interno del hospital mental de Granada que se arroja desde una ventana cayendo sobre una pareja de novios, matando al novio e hiriendo gravemente a la novia; supuesto en el cual se estimó judicialmente viable imputar el daño causado al Estado responsable.

Repositorio Institucional

resulte inmediata y directamente de una orden de la Administración o de vicios del proyecto[374].

En lo atinente a la imputación de la actividad dañosa en sí, Santamaría Pastor distingue dos cuestiones: *a)* desde un perfil formal: los tipos de actividades dañosas; *b)* desde una perspectiva material: el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Respecto de la primera, el autor citado explica que la responsabilidad aquiliana del Estado puede resultar tanto de actos administrativos formales declarados ilegales por vía de recurso, de actuaciones materiales de la Administración, de omisión del deber legal de actuación que la ley impone al Estado, o bien por la emisión de normas de carácter reglamentario en el caso que el grupo de afectados sea reducido e identificable[375].

Antes de abordar la perspectiva material de imputación de la actividad dañosa al Estado serán examinados, en particular, los problemas atinentes a la imputación de daños resultantes de actos legislativos y judiciales.

b.3. Responsabilidad por actos legislativos

La responsabilidad que surge para el Estado de los daños derivados de actos legislativos formales, tanto emanados de las Cortes Generales como de los Parlamentos autonómicos, se encuentra reglada en el artículo 139.3 LRJAP, texto que, al decir de Parejo Alfonso, ha recogido la evolución suscitada en la práctica administrativa, la doctrina y la jurisprudencia en torno al punto[376], al disponer que "*Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no*

---

[374] Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 488, con cita del artículo 97.2 LCAP.

[375] SANTAMARÍA PASTOR, cit., ps. 488/489.

[376] PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO Y ORTEGA ÁLVAREZ, cit., p. 547.

Repositorio Institucional

expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos".

Según explica el autor antes citado, debe ser subsumido en la última previsión de la norma el supuesto de aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley y el consiguiente deber de indemnizar, toda vez que la decisión legislativa haya tenido incidencia real en la situación del ciudadano dañado[377].

Por último, es dable destacar que la ley pone en cabeza de la Administración respectiva el deber indemnizatorio[378].

b.4. Responsabilidad por actos judiciales

Los aspectos normativos en torno a la cuestión abordada refieren al artículo 121 de la CE que al efecto expresa "*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme la ley*", como así también a su legislación reglamentaria contenida en el título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial –De la responsabili-

[377] *Idem*, p. 547.

[378] SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 481. Un análisis crítico de la violación de la confianza legítima como fundamento de la responsabilidad estatal por actividad legislativa puede verse en, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador", RDA, Nº 43, Depalma, Bs. As., ps. 1/32. Véase también, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., ps. 384/387.

Repositorio Institucional

dad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de justicia-[379].

[379] Artículo 292 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, con arreglo a lo dispuesto en este título. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización. Artículo 293 1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de este se aplicarán las reglas siguientes: a. La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse. b. La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una sala o sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la sala que se establece en el artículo 61, cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. c. El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado. d. El Tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error. e. Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario. f. No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. g. La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquel se impute. 2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse. Artículo 294 1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por in-

Repositorio Institucional

Se trata de un régimen de avanzada que contempla en detalle los pormenores del instituto, aspectos entre los cuales resultan destacables: *a)* la distinción entre el daño provocado por error judicial y el resultante del anormal funcionamiento de la administración de justicia –recogida por la doctrina argentina-; *b)* la necesidad del reconocimiento judicial –por medio de una sentencia- del error que da causa a la acción reparatoria; *c)* el establecimiento de normas claras respecto de la competencia –tribunal supremo-, la vía recursiva pertinente –recurso de revisión civil- y el plazo de prescripción de la acción que contiene la pretensión de declaración de la cosa juzgada irrita; *d)* el otorgamiento de condición de partes, en el marco del recurso de revisión, al Ministerio Fiscal y a la Administración del Estado; *e)* la solicitud de informe, previo a la resolución, al órgano jurisdiccional al que se atribuye el error; *f)* el mantenimiento del efecto ejecutorio de la decisión judicial que se pretende errónea; *g)* el direccionamiento del reclamo reparatorio ante el Ministerio de Justicia –administración pública-; *h)* el reconocimiento de la responsabilidad del Estado aun en los supuestos en que el magistrado haya actuado mediando dolo o culpa grave,

---

existencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior. Artículo 295. En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado. Artículo 296. El estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal. Artículo 297. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Repositorio Institucional

sin perjuicio de la acción de repetición a favor del Estado en tales circunstancias[380].

En torno al análisis material de imputación de daños al Estado es dable destacar, tal como lo hace Santamaría Pastor[381], en primer lugar, lo atinente al problema del funcionamiento anormal de los servicios públicos, y, en segundo término, los aspectos relativos a su funcionamiento normal.

De modo previo y general, es dable afirmar con García de Enterría y Fernández que el fenómeno de la imputación de daños al Estado se detiene en los límites del servicio público, de modo tal que, *"... si la conducta del agente se manifiesta en el desempeño o ejercicio del cargo que éste ostenta en la organización administrativa, de forma que el daño resultante se presenta externamente como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo a la Administración no se excluye ni aun en presencia del dolo penal, supuesto que toda la institución gira en torno a la finalidad esencial de proteger al ciudadano ..."*[382].

En lo que atiende al primer aspecto *–funcionamiento anormal del servicio-*[383], su apreciación debe realizarse conforme estándares *medios admisibles de rendimiento y calidad de los servi-*

---

[380] Cfr. PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, cit., ps. 544/545; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., ps. 387/390.

[381] Ob. cit. p. 489.

[382] Ob. cit., p. 393.

[383] Es importante reparar en que, pese a la mención legal expresa respecto de las hipótesis de funcionamiento normal y anormal del servicio, la responsabilidad del Estado en el derecho español no se ve asociada a la idea de responsabilidad por falta de servicio ya que conceptualmente se estima que esta última alude a la responsabilidad por culpa, es decir, a una responsabilidad de base subjetiva.

Repositorio Institucional

cios[384], ámbito en cuya determinación juega un rol preponderante la jurisprudencia –sobre todo en el campo de la inactividad material de la Administración-[385].

En punto a la segunda cuestión –*funcionamiento normal del servicio*-, los títulos de imputación refieren a las ideas clásicas de: *a) riesgo*, noción que incluye a los daños causados mediando *caso fortuito* y que excluye a los perjuicios generados en casos de *fuerza mayor*[386]; *b) enriquecimiento sin causa*; y *c) autoimputación*, cuando el legislador expresamente reconoce la responsabilidad, por ejemplo en el caso de daños causados por la actuación de grupos terroristas[387].

Por último, en lo que toca a la relación de causalidad los supuestos son similares a los trabajados en el derecho argentino, exponiéndose como supuestos de destrucción del nexo causal –el cual es apreciado jurisprudencialmente conforme a criterios pragmáticos-, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y/o de un tercero por el cual la Administración no deba responder[388].

---

[384] SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 490.

[385] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., p. 395.

[386] Explica SANTAMARÍA PASTOR, p. 491, que la diferencia entre ambos supuestos radica en que *"... la fuerza mayor hace alusión a una causa ajena o extraña a la organización administrativa que es, además irresistible (p. ej., un rayo o un terremoto), en tanto que el daño por caso fortuito se refiere a actividades propias, a circunstancias intrínsecas a la organización administrativa, aunque ajenas a toda idea de culpa (p. ej., la rotura imprevisible de un depósito municipal de aguas...).*

[387] Esta hipótesis es mencionada por Luciano PAREJO ALFONSO en la p. 549 de la obra antes citada.

[388] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, ps., 398/409; SANTAMARÍA PASTOR, cit., ps. 491/495; PAREJO ALFONSO, cit., ps. 551/552.

Repositorio Institucional

b.5. Extensión del deber indemnizatorio

El principio general es la indemnización integral, vale decir, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, siempre que la privación de ganancias pueda ser debidamente acreditada[389].

El artículo 141 en sus apartados 2 y 3 expresa: "*2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; 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*".

Por su parte, el apartado 4 del artículo citado pone de manifiesto que "*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*".

b.6. Prescripción de la acción

El artículo 142.4 y 5 de la LRJAP (reglamentado por el artículo 4.2 del decreto pertinente), exigiendo el agotamiento de la instancia administrativa previa, establece: "*4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-*

[389] Cfr. García de Enterría y Fernández, ps., 413; Santamaría Pastor, cit., ps. 496.

Repositorio Institucional

administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5. 5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Por su parte, dispone el artículo citado en sus apartados 1, 2 y 3: "1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados. 2. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley. 3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurran las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley.

Por último, la competencia para conocer en los casos de resolución administrativa desestimatoria de la reclamación por daños

Repositorio Institucional

corresponde, en todos los casos, al fuero contencioso-administrativo[390].

c. Balance preliminar sobre el Derecho español

a) La primera cuestión a considerar en este balance preliminar radica en observar el modo en que la regulación normativa de tinte iuspublicista cobró vigencia en el sistema español, vale decir, la necesidad de su dictado a partir del bloqueo aplicativo de los artículos pertinentes del código civil, los cuales, según una interpretación favorable al reconocimiento de la responsabilidad estatal remitían a la idea general de responsabilidad por culpa.

b) Un aspecto de suyo relevante en el sistema español es el relativo a la regulación normativa de la responsabilidad por acto legislativo y, con suma precisión, la referente a los daños resultantes de error judicial y anormal funcionamiento de la administración de justicia, circunstancia que pone al sistema a la cabeza dentro del derecho comparado, evento que permite zanjar innumerables conflictos prácticos tales como los que se suscitan en el derecho argentino.

c) La condición objetiva de la responsabilidad, prevista legislativamente de modo expreso, es, sin dudas, el aspecto más prominente del sistema español. Tal como se indicó, en el marco del derecho analizado no se requiere la prueba de la existencia de la falta de servicio, en tanto se asocia la idea de falta a la de culpa, de la cual se aparta el esquema regulatorio examinado.

d) El punto en torno a esta cuestión radica en definir si se trata de un sistema original, vale decir, raigalmente diferente del

---

[390] Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, cit. ps. 502/504, con cita del artículo 2.e) de la LJCA.

Repositorio Institucional

sistema civil –el cual estaría asociado a la idea de culpa- o si se trata de una regulación normativa homogénea –que contempla además diversas particularidades de la acción- pero que en el fondo podría lograrse mediante la aplicación de la ley civil considerando la condición objetiva de la responsabilidad de las personas jurídicas –pues las otras áreas de diferenciación refieren al modo de ejercicio de la acción (error judicial)-, o bien, al trámite para viabilizar el reclamo; en tanto las cuestiones relativas a la imputación, la relación de causalidad y el daño -definido como lesión-, como así también el alcance de la indemnización, son cuestiones generales del derecho de daños-.

e) Es por ello que es dable pensar en la posibilidad de lograr un resultado indemnizatorio similar en el marco de un sistema que prevea una acción directa contra el Estado y la atribución objetiva del daño a la persona jurídica –dada la condición indirecta de la atribución-, tal como ocurre en el sistema argentino de reparación civil.

f) La proposición anterior resulta avalada si se piensa en cuál puede ser la estrategia defensiva de la Administración en juicio ante la alegación de una lesión resarcible –prueba acabada del daño sufrido por el particular-. En términos generales, la solicitud de rechazo de la acción puede fundarse en la inexistencia de daño antijurídico, efectivo, económicamente valuable e individualizado; en la imposibilidad de imputar ese daño a la actividad del Estado; o bien, en la ausencia de una relación de causalidad adecuada.

g) A poco que se evalúen las circunstancias enunciadas en el apartado anterior se observará que la prueba a cargo del Estado se centrará en acreditar que no existió *falta de servicio* –en los términos del derecho francés-, o bien, *lesión resarcible* –según el concep-

Repositorio Institucional

to español-[391]; y que, en tales términos, el derecho argentino, interpretado conforme la *tesis de la pertinencia normativa* –desarrollada en el capítulo tercero de este trabajo- no difiere radicalmente de esa solución.

h) De otro lado, parece evidente que, cualquiera sea la respuesta al problema planteado, el régimen normativo de base estatutaria otorga certidumbre a la acción de responsabilidad –sistema de unidad de acción contra el Estado – Administración Pública, generando un marco de previsibilidad jurisprudencial afín a los postulados de esta tesis.

i) Por último, resulta de interés resaltar, considerando la polémica aun subsistente en el derecho argentino en torno a este punto, que el reclamo indemnizatorio debe dirigirse directamente ante la Administración Pública correspondiente, encontrándose esta habilitada para determinar el perjuicio; circunstancia de la cual se colige la solución expresa de la ley respecto a la imposibilidad de demandar directamente al funcionario que causó el daño –artículo 145.1-, encontrándose obligado el Estado a repetir del funcionario lo pagado al tercero dañado –artículo 145.2-[392].

---

[391] Expresan a tal respecto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, "*... dado el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima del que parte la cláusula general de responsabilidad, es la Administración quien debe probar la concurrencia de las causas justificativas del perjuicio que motiva la reclamación de resarcimiento, diferencia ésta bien notable que distingue nuestro sistema de los que, partiendo de la responsabilidad por culpa, aceptan singularmente la adición de supuestos específicos de resarcimiento ajenos a ésta, como excepción y complemento de la misma, ya que el carácter excepcional con que dichos supuestos están concebidos aboca a una interpretación estricta de su alcance*", ob. cit., p. 378.

[392] A fin de entablar esta acción, el apartado final de la norma alude a la necesaria ponderación de los siguientes criterios: *a)* el resultado dañoso producido; *b)* la existencia o no de intencionalidad; *c)* la responsabilidad profesional del

Repositorio Institucional

2) SISTEMAS DE BASE LEGAL FORMAL: DE CALIFICACIÓN PRIVADA – ITALIA

a. Legislación, doctrina y jurisprudencia

a.1. Aspectos introductorios

Si bien autores clásicos, como es el caso de Zanobini, fundaron la responsabilidad del Estado en el derecho italiano en un principio de justicia distributiva *"... que tiende a evitar cualquier daño injustificado y no equitativamente repartido entre todos los asociados"*[393], proponiendo, sobre tal base, su regulación por *principios de derecho público* receptores de la *teoría del órgano*[394]; otros doctrinarios, entre ellos Renato Alessi, justificaron la condición directa de la imputación del perjuicio al Estado en la *apariencia formal de ejercicio del poder estatal* por parte del funcionario dañador, manteniendo la razón *indirecta* de la imputación, por aplicación de las normas pertinentes contenidas en el código civil, o bien, en mérito a la teoría del riesgo y la garantía en los casos de daños no derivados del ejercicio de un poder público y de daños causados por cosas de propiedad del ente público, respectivamente[395].

---

personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

[393] Guido ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, parte general, traducción de la 5º edición, Buenos Aires, 1949, Ediciones Arayú, capítulo VIII, p. 424.

[394] *Idem*, ps. 427/433.

[395] Renato ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, Bosch –Casa Editorial-, Barcelona, 1970 –traducción de la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Pratz-, capítulo IV, ps. 504/513.

Repositorio Institucional

Actualmente resulta compartida por la doctrina y la jurisprudencia, de modo prácticamente unánime, la premisa a tenor de la cual las leyes comunes que rigen la responsabilidad civil resultan de aplicación al Estado –Administración Pública-[396], salvo circunstancias particulares de excepción[397].

De este modo, la responsabilidad civil de la Administración resulta reglada, en términos generales, por la norma contenida en el artículo 2043 del código civil italiano[398] -cuya redacción resulta similar a la del artículo 1109 del código civil argentino-, quedando sometidos los conflictos pertinentes a la jurisdicción civil, conforme sus reglas procesales específicas[399].

---

[396] Guido LANDI y Giuseppe POTENZA, *Manuale di Diritto Ammnistrativo*, nona edizione, Milano –Dott. A. Giuffrè Editore- 1990, capítulo VIII, ps. 327/329. En adelante esta obra se citara con la referencia al apellido de sus autores, con indicación del número correspondiente a la página.

[397] Cfr. Marcello CLARICH, "La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: Caracteres generales y tendencias recientes", AA.VV., *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, obra dirigida por Javier Barnés, Madrid, 1995, p. 1005 (NOTA: este texto ha sido empleado en esta obra a efectos de fijar el marco de problemas atinentes a la cuestión abordada). Aclara el autor citado que las excepciones al régimen general de la responsabilidad civil resultan de interpretación restrictiva, a tenor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por aplicación del principio de igualdad ante la ley garantizado en el artículo tercero de la Ley Suprema italiana, p. 1006.

[398] Cfr. AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA, II, Monduzzi Editore, 1993, ps. 1393/1395.

[399] CLARICH, cit., p. 1006. La norma glosada expresa: "*Cualquier hecho doloso o culposo que cause a terceros un daño injusto obliga a aquel que lo ha cometido a su resarcimiento*". Este autor pone de manifiesto que también resulta de aplicación al Estado, según lo ha resuelto la jurisprudencia, el artículo 2050 del estatuto civil que invierte la carga probatoria en los casos en que el daño resulta del ejercicio de una actividad peligrosa, restándosele relevancia a la persecución

Repositorio Institucional

Sin perjuicio de lo dicho, se mantiene el criterio de imputación directa de daños al Estado, en tanto se estima que las relaciones entre la Administración y sus empleados responden a la *relación orgánica* que los vincula, matizándose así la referencia a las normas civiles -en tanto se excluye la aplicación del artículo 2049 del código civil italiano que prevé la atribución del daño al principal por el hecho del dependiente (responsabilidad indirecta)-[400].

a.2. Fundamento constitucional

La responsabilidad del Estado en el derecho italiano reconoce también un fundamento constitucional, expresando el artículo 28 de la Ley Suprema -que data del año 1948- "*Los funcionarios y dependientes del Estado y de las entidades públicas son directa-*

---

de intereses públicos por parte de la Administración como factor eximente de responsabilidad.

[400] Pietro VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi 1*, quinta edizione riveduta e aggiornata, 1999, Giuffrè editore – Milano, 1999, p. 285. Bajo esta consideración, y sin perjuicio de la posterior modificación de la tendencia a partir de la labor interpretativa del artículo 28 de la Constitución italiana, el funcionario no debía comparecer a juicio salvo casos en que pudiera acreditarse su culpa grave o su actuación dolosa; cfr. CLARICH, cit., ps. 1008/1009; MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit. ps. 1401/1404, por agente de la administración estos autores entienden: "*... in senso lato, qualunque soggetto inserito nell´ambito dell´organizzazione pubblica, sia stabilmente, sia a titolo precario, sia professionalmente, sia a titolo onorario*", p. 1404. Véase también la explicación pertinente de LANDI y POTENZA, cit., p. 333, quienes dan cuenta de la inaplicación a la persona jurídica Estado de la doctrina de la *culpa in eligendo* y de la *culpa in vigilando*, anidada en el artículo 2049 del código civil italiano, dada la idoneidad y capacidad requerida a efectos de la selección de los funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo expuesto, los autores referidos en último término afirman que la responsabilidad de la Administración es *directa* sólo cuando el hecho ilícito resulta imputable a un *órgano* suyo, en tanto que es indirecta cuando el ilícito resulta de la acción de un *dependiente* –cfr. ob. cit., ps. 338/339-, receptando implícitamente la distinción entre funcionarios y empleados públicos.

Repositorio Institucional

mente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos cometidos en violación de derechos. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las entidades públicas"[401].

Según los exponen Clarich y Landi - Potenza, la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Corte de Casación respecto del texto antes glosado, ha afirmado la existencia de una responsabilidad de tipo solidaria entre el Estado y sus funcionarios, de modo tal que se otorga al particular dañado la opción de intentar la acción reparatoria contra cualquiera de ellos o bien contra ambos, de modo conjunto[402].

A mayor detalle, se entiende que es posible que medie responsabilidad de la Administración sin que exista, paralelamente, responsabilidad del funcionario público –así, por ejemplo, en los casos en que el agente ha obrado con *culpa leve*[403]-, y viceversa,

---

[401] Cfr. *Textos Constitucionales*, cit., p. 67. Expresa Pietro VIRGA, cit. p. 293, que, sin perjuicio de lo dispuesto en la norma glosada, "*Non esiste perfecta coincidenza fra i casi di responsabilità directa dell´impiegato e quelli di responsabilità dell´amministrazione, per che i funzionari rispondono solo per colpa grave, mentre per la responsabiltà extracontrattuale, como si è detto, si prescinde dalla sussistenza e dal grado della colpa*".

[402] En su caso, resultará procedente la acción de resarcimiento del Estado que satisfizo la indemnización contra el funcionario que causo el perjuicio. Cfr. CLARICH, cit., p. 1011; LANDI y POTENZA, cit. ps. 338 y 343/344. Según explica VIRGA, en general los actores accionan en contra de la Administración, dada la mayor garantía que importa su disponibilidad financiera en vista a la satisfacción de sus pretensiones, cit., p. 293.

[403] De modo tal que el texto ha enfatizado la existencia de una responsabilidad civil directa del funcionario público, sin mengua de la propia de la Administración ya consagrada en el código civil; cfr. CLARICH, cit., ps. 1009/1010. Repárese en la diferencia existente respecto del derecho inglés, sistema en el cual la responsabilidad de la Corona resulta dependiente de la viabilidad potencial de una acción contra el funcionario que causó el daño.

Repositorio Institucional

que exista sólo responsabilidad del funcionario público con exclusión de la responsabilidad estatal, como acontece cuando el agente persigue fines estrictamente personales en modo alguno referibles al Estado –por ejemplo cuando el tercero dañado es víctima de un delito doloso por parte del funcionario, tal como peculado, corrupción, abuso de autoridad, etc.-[404].

a.3. Responsabilidad por concesionarios

Se sostiene en doctrina que el ente delegante no resulta responsable por los perjuicios causados por el delegado en los casos de *delegación intersubjetiva de funciones*, como así también, que la Administración se encuentra exenta de responsabilidad en las situaciones en las cuales los daños devienen de actos de concesionarios públicos[405].

a.4. Responsabilidad de los agentes públicos

Afirma la doctrina que la responsabilidad del empleado público respecto de terceros puede provenir tanto de comportamientos lesivos de comisión, cuanto de conductas omisivas del cumplimiento de las competencias que le han sido asignadas por las leyes o los reglamentos, toda vez que pueda acreditarse su dolo o su actuación mediando culpa grave[406].

---

[404] Cfr. LANDI y POTENZA, cit., p. 334.

[405] MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., ps. 1405/1406; LANDI y POTENZA, cit., p. 334.

[406] LANDI y POTENZA, cit., ps. 341/342. Según lo exponen los autores citados, resulta de aplicación al caso descrito la legislación contenida en el estatuto de los empleados civiles del Estado. Esta legislación determina diversos puntos en relación con el problema examinado, entre ellos, el relativo a la responsabilidad de los órganos colegiados, el vinculado a la procedencia de la acción de reembolso del Estado respecto del funcionario público -que está prevista como una ac-

Repositorio Institucional

a.5. Cosas de propiedad estatal

En la situación de daños causados con automotores de propiedad estatal resulta de aplicación el artículo 2054 del código civil, texto que pone en cabeza del propietario del vehículo, de modo solidario con el conductor, la responsabilidad por tales perjuicios, a menos que el primero pueda acreditar que la cosa fue usada contra su voluntad[407]. La solución resulta extrapolable a los daños causados, en general, con cosas de propiedad estatal, con excepción de los bienes demaniales sobre los cuales el Estado ha consentido un uso general, ordinario y directo por parte de los ciudadanos[408].

a.6. Responsabilidad por actividad judicial

En el caso particular de la responsabilidad de los magistrados, la ley pertinente ha establecido[409], tal como lo expone el profesor Virga, cuatro hipótesis típicas de resarcibilidad: *a)* grave violación de la ley determinante de negligencia inexcusable; *b)* afirmación, determinante de negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia esté procesalmente excluida de un modo incontrastable; *c)* negación de un hecho cuya verificación resulte inexcusable de conformidad al trámite procesal; *d)* emisión de una decisión con-

---

ción nacida de la relación civil de tipo contractual existente entre el Estado y el agente que causó el daño-, como así también lo atinente a las posibilidades de reducción del monto de la condena por parte del ente administrativo –*Corte dei conti*- competente para resolver la cuestión; cfr. MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., ps. 1423/1426.

[407] LANDI y POTENZA, cit., p. 334. Un sector de la doctrina sostiene la aplicación al Estado de todas las normas civiles que limitan o agravan la responsabilidad civil –legítima defensa, estado de necesidad, etc.-, cfr. MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., p. 1408.

[408] *Idem*, p. 1409. Afirman los autores citados que la responsabilidad por actividades peligrosas es aplicable a la Administración con criterio restrictivo.

[409] L. 13 aprile 1988, n. 117, referida por Pietro VIRGA, cit. p. 294.

Repositorio Institucional

cerniente a la libertad de una persona fuera de los casos previstos en la ley[410]. Tal como puede observarse, se trata de hipótesis configurativas de situaciones en las cuales el magistrado ha actuado mediando dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, incurriendo en *denegación de justicia*[411].

El mismo texto legal fija las condiciones de procedencia de la acción de reparación, estableciendo el ejercicio obligatorio de la acción de reembolso del Estado respecto del magistrado que causó el daño[412]. La acción debe ser promovida contra el Presidente del Consejo de Ministros, ente que resuelve previa evaluación de su admisibilidad, supuesto el agotamiento de los medios ordinarios de impugnación[413].

Se trata, a diferencia de la responsabilidad del resto de los funcionarios públicos, de una responsabilidad directa del Estado, encontrándose legalmente vedada la acción del tercero dañado contra el magistrado actuante, evento que, en alguna medida, resulta contradictorio con la norma contenida en el artículo 28 del texto constitucional[414].

a.7. Factor de atribución de daños al Estado

Sin perjuicio de que el sistema general de atribución de daños al Estado se asiente sobre la base de la culpa –art. 2043 del código civil-, en las hipótesis en que el mismo texto señala la atri-

---

[410] *Idem*, p. 294.

[411] Cfr. LANDI y POTENZA, cit. ps. 345/348.

[412] El resarcimiento pasible de ser impuesto al magistrado se encuentra limitado a una proporción de su estipendio anual, cfr. VIRGA, cit., p. 294.

[413] *Idem*, ps. 1418/1419.

[414] Cfr. MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., p. 1418.

Repositorio Institucional

bución objetiva de daños al ente público, éste responde bajo los estándares del riesgo y la garantía, ocurriendo lo mismo en aquellos casos en que leyes especiales establecen responsabilidades específicas –por ejemplo en el caso de instalaciones nucleares-, que presentan ligeras matizaciones respecto del régimen general civil[415].

a.8. Presupuestos de la responsabilidad

El daño resarcible puede consistir tanto en una lesión a intereses patrimoniales cuanto en una afectación de intereses extrapatrimoniales[416], siempre que esa lesión afecte un *derecho subjetivo* reconocido por el sistema jurídico –puede tratarse también de la afectación de un derecho subjetivo debilitado[417]-, pues la jurisprudencia en general no concibe como *daño injusto*, en los términos del artículo 2043 del texto civil, a las afectaciones a *intereses legítimos*[418].

---

[415] CLARICH, cit., p. 1012.

[416] Parcialmente en contra se manifiesta Pietro VIRGA, cit., p. 290, en cuanto expresa que el daño extrapatrimonial –daño moral- resulta imputable, en la mayoría de los casos, sólo al funcionario que actuó dolosamente provocando el perjuicio.

[417] LANDI y POTENZA, cit., ps. 341/342. Según estos autores, la condena debe resolverse en el pago de un monto indemnizatorio, pues si el juez ordenase al funcionario la realización de un acto jurídico o de una operación administrativa estaría invadiendo la esfera reservada al poder ejecutivo y violando de tal forma el principio de la división de poderes, p. 349. En igual sentido, cfr. MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., p. 1418.

[418] Cfr. CLARICH, cit., p. 1015. En igual sentido se expiden LANDI y POTENZA, autores que al respecto señalan, *"Non è suficiente l¨illegittimità od inoportunita del fatto, ed è invece necessario accertare se abbia leso un diritto soggetivo, perfetto o affievolito"*, p. 330. Sin embargo, la situación descripta se ha visto modificada, en algunas ocasiones, según señala Pietro VIRGA, cit., p. 289, por efecto de la ley comunitaria de 1991. Véase también MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., p. 1409/1416, en particular ps. 1415/1416, en donde se

Repositorio Institucional

La cuestión expuesta guarda vinculación con el problema de la doble jurisdicción existente en el derecho italiano, conforme a la cual en los casos en que el daño devenga de un acto administrativo ilegítimo corresponde al juez administrativo nulificar tal acto, en tanto que es de competencia del juez civil disponer la condena de resarcimiento con causa en el perjuicio, siempre y cuando el referido acto o su ejecución hayan lesionado un *derecho subjetivo* del individuo dañado. En caso contrario, el juez civil carece de jurisdicción a tal fin, tal como ocurre frente a omisiones del Estado, es decir, frente a situaciones en la cuales media un incumplimiento de parte de un funcionario público respecto de un deber de actuar, cuyos requirentes son connotados como portadores de intereses legítimos[419].

En cuanto al nexo de causalidad se aplican jurisprudencialmente las reglas generales relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado -las cuales no difieren significativamente de las seguidas en el derecho argentino-, en tanto que el resarcimiento a cargo del ente público es integral[420].

---

expone "*In conclusione, dunque, anche l´ïnteresse legittimo è risarcibile, alle condizione che si sono testé indicate. Si tratterà di volta in volta di raggiungere la non facile prova della sua lesione, consistente, ripetesi, in una antigiuridicità particolarmente qualificata: non solo nell¨illegittimità (con conseguente annullamento) dell¨eventuale provvedimento di deniego, ma anche nella violazione del dovere di emettere l¨atto richiesto, tutte le volte in cui sussistano tutti i presupposti per la relativa emissione e, nel caso di provvedimento discrezionale, non sussistano valide ragioni di interesse pubbligo per negarlo*".

[419] Cfr. CLARICH, cit., ps. 1014/1017. El autor citado señala como una tendencia reciente el reconocimiento de responsabilidad del Estado por lesión de intereses legítimos en casos de licencias urbanísticas, p. 1021.

[420] Cfr. MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., ps. 1416/1417.

Repositorio Institucional

Una particularidad del derecho italiano, en relación con el modo de configuración del daño, radica en la imposibilidad de imputar responsabilidad al Estado cuando la lesión sea el resultado de una actividad discrecional de diseño o planificación –por ejemplo, oportunidad y conveniencia del momento de construcción y localización de una obra pública determinada-, permitiéndose, por el contrario, imputar daños al Estado cuando la lesión resulte de la labor de ejecución de esa planificación –por ejemplo, debida señalización de la obra, minimización de riesgos, etc.- receptándose, como bien lo afirma Clarich, la distinción que en el derecho anglosajón se realiza entre *planning level* y *operational level*[421].

a.9. Responsabilidad por acto lícito

En materia de daños expropiatorios, requisiciones y daños derivados de la ejecución de obras públicas, si bien su calificación doctrinal ha sido asociada en ocasiones a la idea de licitud –acotándose la indemnización al daño objetivamente causado[422]-, algunos autores, con particular referencia al daño expropiatorio y al caso de las requisiciones, los denotan como supuestos en los cuales el restablecimiento del equilibrio patrimonial del sujeto turbado reconoce una causa diversa al *damnum iniura datum*, afincando la génesis del deber reparatorio estatal en el fin de interés general perseguido en el accionar público que provoca el referido desequilibrio patrimonial, circunstancia que impediría calificar a tales eventos como hipótesis de responsabilidad por acto lícito[423].

---

[421] Cfr. CLARICH, cit., ps. 1013/1014.

[422] *Idem*, p. 1019.

[423] LANDI y POTENZA, p. 331.

Repositorio Institucional

a.10. Responsabilidad por acto legislativo

Por último, en relación con la responsabilidad estatal por actividad legislativa ilegítima, se ha afirmado que, si bien en general es excluida en el derecho italiano en virtud de que se hace responsable directamente al ente administrativo que ha operado la legislación inconstitucional, su tratamiento particular resulta ineludible de cara a la legislación comunitaria cuya aplicación requiere el dictado de normas legislativas internas, frente a la posible pretensión de un ciudadano cuyo derecho se funde en directivas supranacionales privadas de efecto[424].

b. Balance preliminar sobre el Derecho italiano

a) Tal como puede observarse, la responsabilidad civil del Estado italiano resulta reglada normativamente por el estatuto civil, ello sin mengua de la existencia de leyes específicas, tales como la que regula el resarcimiento en caso de daños causados en ejercicio de funciones judiciales, y de la casuística jurisprudencial que va constituyendo la red de decisiones mediante las cuales se logra la vigencia efectiva de las normas. Fuera de esto, sus perfiles característicos no resultan extraños a un observador argentino posicionado desde la perspectiva jurídica de la reparación civil.

b) Resulta curiosa, sin embargo, dada la referencia a la legislación civil, la apelación a la teoría del órgano a fin de justificar el carácter directo de la responsabilidad de la Administración, pareciendo confundirse la afirmación relativa a la existencia de una acción directa en contra del Estado con el carácter vicarial propio de la responsabilidad de la persona jurídica.

---

[424] MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., ps. 1408 y 1419/1420.

Repositorio Institucional

c) Es del caso preguntarse si la responsabilidad del Estado en el derecho italiano puede ser connotada como *directa y subjetiva*, en términos similares a los propuestos por el profesor Gordillo en el derecho argentino, teniendo siempre presente que, a diferencia de lo afirmado por el profesor citado, en el derecho italiano no se discute actualmente la normativización del instituto por parte de las reglas civiles.

d) En torno a este punto el profesor Clarich manifiesta que no existe consenso doctrinario ni jurisprudencial respecto a si la declaración de ilegalidad del acto administrativo importa, por sí misma, una presunción de culpa en los términos del artículo pertinente del código civil, o bien si la culpa debe ser acreditada ante el juez civil, con independencia de la ilegalidad del acto[425].

e) La respuesta a la cuestión propuesta resulta entonces dependiente del problema trazado, mediando la existencia de opiniones tales como las de Landi y Potenza que enfatizan la idea de la prueba del factor subjetivo de atribución -salvo en los casos que el texto civil repute como de responsabilidad objetiva-, en consonancia con otros autores quienes afirman que tratándose de ilícito subjetivo, la culpa o el dolo deben siempre ser probados, ante todo tratándose de daños consiguientes a una actividad material imputable a la administración –en razón de que en los casos de daños derivados de procedimientos ilegítimos sería dable presumir la actuación culposa del agente que operó la ejecución del acto ilícito-[426].

f) Es en mérito a esta última apreciación que un sector de la doctrina trae a debate -en consonancia con pautas jurisprudenciales-, en el caso de la responsabilidad directamente imputable a la

[425] CLARICH, cit. ps. 1016/1017.

[426] MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., p. 1406.

Repositorio Institucional

Administración Pública, la doctrina de la *"culpa en sentido objetivo"*, comprendida como una presunción substancial de culpa que tendría por efecto una inversión de la carga probatoria[427]; hecho que demuestra, al menos a priori, las dificultades de conceptualización que se presentan en el sistema examinado respecto del factor de atribución empleado, dada la adopción del modo de imputación directa.

g) Del modo expuesto, bien cabe preguntarse si los partidarios de la tesis subjetivista en el ámbito local aceptarían la conclusión antes expuesta, es decir, si aceptarían que el daño provocado por la actuación procedimental ilícita del Estado que culmina en el dictado de un acto administrativo nulo autoriza a presumir la culpa y a invertir en este caso la carga probatoria. Si así fuera sería dable estimar que la tesis subjetivista se acercaría, en significativa medida, a la posición objetivista.

3) SISTEMAS DE BASE JURISPRUDENCIAL: TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS – FRANCIA

a. Introducción

Tal como se expuso en el capítulo primero de esta obra, conforme las reglas hermenéuticas sentadas en el caso "Blanco", el desarrollo autónomo de las doctrinas relativas a la responsabilidad pública del Estado francés ha sido fruto preponderante de la labor jurisprudencial de los tribunales administrativos[428].

---

[427] *Idem*, p. 1407.

[428] Relación directa entre el modelo autonómico de reglas y la existencia de una jurisdicción específica, de la cual se dio cuenta en el capítulo primero al tratar los aspectos históricos del derecho francés.

Repositorio Institucional

La afirmación anterior no impide reconocer, como lo hacen Rivero y Waline, la convergencia entre las soluciones aportadas por ambos sistemas[429], en tanto, como lo explica Chapus, sin perjuicio de las particularidades propias del hecho dañoso público que puede estar condicionado o no por su carácter culpable, existen una pluralidad de reglas comunes a todos los tipos de responsabilidad[430].

Por otra parte, el derecho común de daños resulta aplicable por los tribunales judiciales –relación directa entre la jurisdicción judicial y el esquema normativo civil- en los casos de responsabilidad de los agentes públicos con causa en *faltas personales*, como así también en los casos de actividades desarrolladas por entes públicos bajo el amparo del derecho privado –gestión del dominio privado, actividad de las empresas públicas comerciales e industriales, etc.-[431].

Sin perjuicio de lo dicho, los juristas citados ponen de relieve que la responsabilidad pública se ha visto extendida por medio del paulatino abandono de la exigencia de *falta grave* a fin de tener por acreditado el daño imputable al Estado; por el reconocimiento de la llamada *responsabilidad sin falta*, ajena a toda idea de culpa

---

[429] Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit Administratif*, 19º edition, 2002, Dalloz, Paris, ps. 261 y 267 –Nota: esta obra ha sido empleada en este trabajo a fin de definir el marco metodológico de cuestiones que serán abordadas en la presente sección; en adelante será citada mediante la referencia Rivero et Waline, con indicación del número de página correspondiente. La misma técnica será utilizada con el resto de los textos glosados, luego de citados por primera vez.

[430] René CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., p. 1230. En igual sentido se expiden, Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif francais*, 6º edition, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2002, ps. 315 y 319.

[431] RIVERO et WALINE, p. 267. Lo mismo ocurre en los casos de daños provocados por automotores de propiedad estatal conforme la legislación específica de aplicación.

Repositorio Institucional

en la prestación del servicio, y por la admisión de la responsabilidad estatal con causa en actos de los servicios de policía, actividad legislativa y judicial[432].

De este modo, ha logrado imponerse el sentimiento popular respecto de la responsabilidad pública del cual hablaba Hauriou, según el cual "... *qu´elle fasse, mais qu´elle indemnise...*", que la Administración haga pero que indemnice los daños que causa en su hacer[433].

b. Acumulación de Faltas y de Responsabilidades

La responsabilidad del agente por *faltas personales* subsiste aun hoy en el marco del sistema francés, en el cual el agente puede ser demandado directamente por la víctima con causa en tal tipo de conductas. No obstante, con el propósito de garantizar al sujeto dañado debido resarcimiento, es dable, merced a las teorías de la *acumulación de faltas* y de la *acumulación de responsabilidades*[434], que éste intente, en ciertos casos, una acción directa en contra del Estado, sin perjuicio de la subsistencia de la acción contra el funcionario[435].

---

[432] RIVERO et WALINE, ps. 267/268. En palabras de BRAIBANT et STIRN, cit., p. 317 "*Ainsi, deux grandes étapes marquent la généralisation de la responsabilité de a puissance publique, étendue en 1905 à l´action de la police* –caso Tomaso Greco, C. E., 10 de febrero de 1905- *et en 1978 à l´action de la justice*".

[433] Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 12º édition, 2002, revue et mise à jour par André HAURIOU, réédition présentée par Pierre DELVOLVÉ et Franck MODERNE, p. 505 (la douzième et dernière édition est parue en 1933 aux éditions Sirey).

[434] André DE LAUBADÈRE, Jean-Claude VENECIA et Yves GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, 14º édition, L.G.D.J, Paris, 1996, p. 905.

[435] RIVERO et WALINE, p. 263; BRAIBANT et STIRN, cit., ps. 325/329.

Repositorio Institucional

La *teoría de la acumulación de faltas* tuvo su origen en el caso *Anguet* (1911)[436], el cual vino a modificar parcialmente el estado de cosas establecido en el citado precedente *Pelletier* respecto de la división taxativa señalada en éste último entre la falta personal y la falta de servicio.

Según el relato de los hechos efectuado por Vedel[437], al intentar salir de una oficina de correos por una puerta de uso exclusivo para el personal, dado que las puertas del local habían cerrado antes del horario reglamentario, el Sr. Anguet fue golpeado con brutalidad por empleados de esa oficina pública, fracturándose una pierna. El Estado resistió la acción en su contra alegando que el evento dañoso configuraba una *falta personal*, no obstante lo cual, el Consejo de Estado resolvió que, pese a la existencia de falta personal, el servicio había funcionado de modo irregular en tanto las puertas del lugar habían cerrado antes del tiempo debido, razón por la cual existía también una falta de servicio que hacía demandable al Estado ante los tribunales administrativos –sin perjuicio de la acción en contra de los funcionarios a incoarse ante los tribunales judiciales-[438].

Por su parte, la *teoría de la acumulación de responsabilidades*, fue una creación introducida pretorianamente en el caso *Lemmonier* (1918)[439], en el cual se imputó responsabilidad al Es-

---

[436] *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., ps. 98/101; C.E. 3 de febrero de 1911, Rec. 146.

[437] Georges VEDEL, cit., ps. 275/276.

[438] Cfr. Jean-François LACHAUME, *Droit administratif*, 13º edition, Paris, 2002, Presses Universitaires de France, Thémis, Les Grandes Décisions de la Jurisprudence, p. 790; Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, 3º édition, Montchrestien, Paris, 1993, p. 663.

[439] *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., ps. 145/151; C.E. 26 de julio de 1918, Rec. 761. LACHAUME, cit, p. 795.

Repositorio Institucional

tado municipal por la grave negligencia en que había incurrido su alcalde, responsable de la policía de seguridad, al organizar un concurso de tiro sobre blancos flotantes (en el marco de una fiesta pública local), sin advertir a los transeúntes de los riesgos que la actividad podía implicarles. Fue así como una de las balas lanzadas contra los blancos hirió a la Sra. Lemmonier, evento que indujo al Consejo de Estado, convocado a resolver el caso planteado por la citada mujer, a afirmar que, pese a constituir la actitud del alcalde una falta personal grave, la misma no se encontraba desprovista de vinculación con el servicio, dado que había sido ocasionada en el marco del servicio, circunstancia que comprometía la responsabilidad del municipio, sin perjuicio de la responsabilidad civil del alcalde dirimible ante los estrados judiciales[440].

Adviértase que en el caso de la acumulación de responsabilidades, en el origen del daño no hay más que una sola falta (v. gr. la falta personal del alcalde en el caso Lemmonier)[441], a diferencia de lo que acontece en la hipótesis de acumulación de faltas en la cual en la raíz del perjuicio existe más de una falta (v. gr. la falta personal –actitud brutal de los agentes- y la falta de servicio –cierre anticipado de las puertas- del caso Anguet).

Tal como afirma Moderne, la acumulación de responsabilidades del funcionario y del Estado es posible toda vez que no se trate de *culpas personales cometidas fuera del servicio y sin ninguna conexión con éste*[442].

---

[440] VEDEL, cit., ps. 276/277. Conforme la expresión de la decisión, glosada por RIVERO et WALINE, p. 264, "*la faute se détache peut-etre du service, mais le service ne se détache pas de la faute*".

[441] RIVERO et WALINE, cit., p. 264.

[442] Franck MODERNE, "La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés", EDA, 2004, 465/474.

Repositorio Institucional

c. Las acciones recursorias

Los casos de acumulación de faltas y acumulación de responsabilidades dan lugar al ejercicio, por parte del Estado, de acciones recursorias contra los agentes que han causado de hecho el daño -actuando con dolo o culpa grave[443]- en aquellos casos en que la indemnización ha sido satisfecha por la Administración, supuesta la demanda de daños e intereses iniciada en su contra.

La solución expuesta recibió reconocimiento expreso en el caso *Laruelle* (1951)[444], en el cual el agente conductor de un vehículo de propiedad del Estado, empleándolo para uso personal (falta personal), causó un accidente de tránsito que dio lugar a una indemnización a cargo del Estado en razón de la culpa en la vigilancia imputable a la Administración (*falta de servicio*). En esta hipótesis de acumulación de faltas, fue reconocido el derecho del Estado a obtener el reembolso de la suma indemnizatoria que, pagada a la víctima, resultaba imputable a la falta personal del funcionario público.

Lo mismo ocurre en el caso de que exista acumulación de responsabilidades, en el cual el Estado tiene derecho a demandar al autor o a los autores de la falta personal[445].

Por otra parte, la determinación equitativa del monto a rembolsar a la Administración por parte del funcionario guarda vincu-

---

[443] MODERNE, cit., p. 3.

[444] *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 373, C.E., 28 de julio de 1951.

[445] Se cita también el caso *Delville*, fallado por el Consejo de Estado en la misma fecha.

Repositorio Institucional

lación con la condición de su función, su rango jerárquico y su papel electivo en la causación del daño[446].

En sentido inverso, si la acción reparatoria hubiese sido dirigida en contra del funcionario, éste hubiera tenido derecho al resarcimiento de la parte correspondiente a la falta de servicio[447]; no obstante, en caso de que el damnificado decida ejercer la acción contra el funcionario en sede judicial no podrá accionar solidariamente contra el Estado, indemandable por tal causa en esa jurisdicción[448].

La jurisdicción administrativa resulta competente para conocer en los casos de reembolso a que dan lugar las acciones recursorias, de conformidad a lo resulto en el precedente *Moritz* (1954) del Tribunal de Conflictos y en el caso *Jeannier* (1957) del Consejo de Estado, en base a considerar que esta manifestación de responsabilidad está regida por normas de derecho público.

La acción de repetición es de condición autónoma, es decir, no se trata de una subrogación de la Administración en los dere-

---

[446] MODERNE, cit., p. 4. Esta es la razón por la cual el monto del reembolso no debe necesariamente ser igual al de la condena que podría haberse impuesto al funcionario, en caso de que se hubiera intentado la acción reparatoria en su contra.

[447] RIVERO et WALIN, cit., p. 265. MODERNE refiere al artículo 11 de la ley 83-634 del 13 de julio de 1983 como base legal de la acción de reintegro a favor del funcionario, citando como precedente jurisprudencial reciente el caso *Papon* (12 de abril de 2002), en el cual un funcionario acusado de colaborar con la deportación hacia campos de concentración nazis de personas francesas de religión judía, demandó al Estado francés por repetición, pues, según su argumentación, la falta de servicio le era imputable también a la persona jurídica pública dada la colaboración brindada para el arresto y el transporte de las personas deportadas; alegación que fue reconocida por el Concejo de Estado, Alto Tribunal que fijó en cincuenta por ciento el porcentaje indemnizatorio a cargo del Estado –cit., p. 3-.

[448] MODERNE, cit., p. 3.

Repositorio Institucional

chos del perjudicado indemnizado, ejerciéndose por vía de un procedimiento administrativo e incumbiéndole al funcionario acudir ante el juez administrativo en caso de negar la existencia de la falta personal o la cuantía de la indemnización dispuesta por la Administración a su cargo. El plazo de prescripción es de treinta años contados desde la sentencia que condena a la Administración a pagar a la víctima[449].

Sin perjuicio del derecho que la jurisprudencia del Concejo de Estado reconoce a la Administración respecto del ejercicio de las acciones recursorias, el Estado raramente inicia estas acciones –reservadas a su ámbito discrecional de decisión-, razón por la cual la irresponsabilidad de los funcionarios existe aun hoy como un fenómeno de hecho[450]; no obstante, sostiene Moderne que la responsabilidad del funcionario "*… es una manera (eficaz) de imponer al agente el respeto de sus deberes y obligaciones y de mejorar así el funcionamiento del servicio*", asignándole a la acción de repetición una *función cuasidisciplinaria*[451].

[449] Cfr. MODERNE, cit. p. 4. El plazo de prescripción de la acción a entablar por el funcionario en contra de la Administración es de cuatro años.

[450] RIVERO et WALINE, cit., p. 266. Así se expide también MODERNE, afirmando que "*… en la práctica la administración no acude al juez administrativo para exigir reembolso… de las indemnizaciones fijadas…*".

[451] Cit. p. 4.

Repositorio Institucional

d. Jurisprudencia, legislación y doctrina

d.1. Presupuestos de la responsabilidad

Según lo exponen Rivero y Waline[452], al igual que en derecho privado, la existencia de responsabilidad pública presupone tres requisitos: *a)* la existencia de un daño; *b)* la posibilidad de imputar ese daño; y *c)* un hecho generador dotado de ciertas características –existencia o no de culpa imputable al accionar administrativo-.

d.2. El daño

En relación con el *daño*, se requiere que este sea *cierto, actual o futuro inevitable*, encontrándose excluido de resarcimiento el daño eventual[453]. Además, el daño debe estar *causalmente vinculado, de un modo directo y cierto, con la acción administrativa* (sin perjuicio de la consideración del fenómeno de pluralidad de causas y de los daños en cascada)[454], como así también revestir la condición de *especial*, vale decir, no afectativo de la colectividad en su conjunto[455]. Se menciona también la condición de que el daño afecte una situación jurídicamente protegida, de modo tal que el damnificado esté facultado para accionar[456].

No sólo el daño material resulta indemnizable, sino también las repercusiones materiales del daño moral, tales como los perjui-

---

[452] RIVERO et WALINE, cit., p. 269.

[453] CHAPUS, cit., p. 1235.

[454] CHAPUS, cit., p. 1245, refiere a la teoría de la causalidad adecuada.

[455] Respecto del perjuicio indemnizable puede confrontarse los casos *Dame Muësser* –C. E., 3 de marzo de 1978- y *Mlle. R.* –C. E. 2 de julio de 1982-; Cfr. MORAND-DEVILLER, cit., p. 676.

[456] RIVERO et WALINE, ps. 269/270.

Repositorio Institucional

cios estéticos, a la reputación y los sufrimientos psíquicos[457]. En otros casos ha sido admitida la reparación del *pretium doloris*, aun en ausencia de todo perjuicio material[458].

La reparación del daño se logra fijando una indemnización –reparación en dinero o por equivalente, según la expresión de Chapus[459]- a favor de la víctima; sin perjuicio de ello, en ciertos casos el juez puede, según explica Vedel, predisponer a la Administración a establecer una reparación *en especie*, condenándola a pagar periódicamente una indemnización, a modo de renta mientras subsista el daño, o dándole la opción de reparar en especie o pagar una indemnización en moneda libremente calculada[460].

En lo que importa un principio de singular trascendencia comparada, en el derecho francés se entiende que la indemniza-

---

[457] DE LAUBADÈRE, VENEZIA, et GAUDEMET, cit., p. 951.

[458] RIVERO et WALINE, cit., p. 271, con cita del caso *Letisserand*, GAJA, nº 86; ver también: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 505, C.E., 24 nov. 1961, "*... la douleur morale qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d´un préjudice indemnisable...* ".

[459] CHAPUS, cit., p. 1233.

[460] VEDEL, cit., p. 327. RIVERO et WALINE, cit., p. 273. El óbice central a la procedencia de la reparación *in natura* radica en la imposibilidad de que el juez administrativo de órdenes a la administración acerca de cómo proceder, sin perjuicio del derecho de fijar el monto dinerario de la condena; vale decir que es la particular forma de comprender la división de poderes lo que obstruye tal accionar. Sin perjuicio de ello, actualmente se reconoce al juez administrativo cierto *pouvoir d´injonction* que lo autoriza a fijar astreintes en caso que la Administración demore el cumplimiento de la sentencia de condena. Cfr. RIVERO et WALINE, ps. 272/273-; LACHAUME, cit., p. 821.

Repositorio Institucional

ción debe cubrir la integralidad del perjuicio[461], constituyendo la demanda el límite reparatorio máximo[462].

d.3. La imputabilidad

El daño debe resultar *imputable* directamente a una determinada persona pública, la que podrá exonerarse de responsabilidad probando que ha existido en el caso fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero, o bien, que es dable oponer a la acción la *excepción de riesgo aceptado*. El caso fortuito no es una causa exoneratoria de responsabilidad, pudiendo constituir el evento un caso de responsabilidad sin falta[463].

En caso de que el daño haya sido causado por un particular colaborador en la prestación de un servicio público –concesionario de servicios públicos-, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado la responsabilidad de la Administración es subsidiaria para el caso de insolvencia del concesionario[464].

---

[461] CHAPUS, cit., p. 1260.

[462] RIVERO et WALINE, p. 274. Respecto de la influencia de la situación de la víctima sobre el derecho a la reparación, véase LACHAUME, cit., p. 804.

[463] RIVERO et WALINE, cit., ps. 275/277. Resulta interesante observar que tanto en el derecho francés como en el español, el caso fortuito no cumple una función exoneratoria de responsabilidad; a diferencia de lo que ocurre en el derecho argentino en el cual está asimilado a la noción de fuerza mayor.

[464] DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., p. 948. Según afirma F. SEMPÉ, "La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia", en la obra colectiva dirigida por Javier BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Madrid, 1995, ps. 971/972, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, incumbe al concedente una responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia del concesionario autor del daño, criterio que se extiende a los contratos de obras públicas.

Repositorio Institucional

d.4. Responsabilidad por falta de servicio

Si bien existe en doctrina un debate acerca de si la *falta de servicio* es uno de los presupuestos de la responsabilidad o el fundamento que permite explicar este singular régimen jurídico[465], la idea de falta, definida por Planiol como *una infracción a una obligación preexistente*, es aplicada a la responsabilidad pública de modo tal que, conceptualizada como *falta de servicio* es descripta como *una infracción a obligaciones inherentes al servicio, comprendida como una falla en su funcionamiento normal* –apreciado de conformidad a las circunstancias de prestación o estándares promedio de rendimiento-, *provocada por uno o más agentes de la Administración aunque no imputable a ellos personalmente*[466]. En términos de Hauriou "*Ce sont les négligences, les omissions, les erreurs qui, bien que répréhensibles, sont dans les habitudes du service, et par conséquent ne sont pas détachables du service*"[467].

---

[465] Cfr. Francoise SEMPÉ, cit., p. 979. La cuestión expuesta reviste singular trascendencia en el derecho argentino en el cual la jurisprudencia tiende a referir a la falta de servicio como uno de los extremos a probar a fin de tener por acreditada la responsabilidad estatal. Desde el otro punto de vista, si la falta de servicio es visualizada como el fundamento del régimen, los requisitos clásicos relativos al daño, la relación causal y la imputabilidad devienen los únicos presupuestos a probar.

[466] RIVERO et WALINE, cit., p. 278, quienes expresan "*… la faute du service est un manquement aux obligations du service c´est à dire una défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l´administration, mais non imputable à eux personellement*". Al efecto resulta intrascendente que sea dable identificar a los agentes causantes del daño o bien que se trate de una falta de autor anónimo. SEMPÉ critica la definición expuesta afirmando que es incierta en todos aquellos casos en que la prestación del servicio no está específicamente reglamentada, situaciones en las cuales es el juez quien debe determinar cuál ha sido la obligación incumplida en base a las normas generales que regulan la actividad de que se trate y de la función asignada al Estado.

[467] HAURIOU, cit., p. 528.

Repositorio Institucional

Del modo expuesto, la noción de falta de servicio goza de cierta autonomía conceptual, resultando independiente del carácter material o jurídico del acto dañoso, como así también de su legalidad, dado que es posible que un acto ilegal sea anulado por vía del recurso por exceso de poder sin aparejar por ello una falta de servicio –ilegalidad puramente formal-; de igual modo, aun cuando el agente cometa un delito que implique una falta personal a él imputable, es posible que el mismo acarree la existencia de una falta de servicio –cfr. *arrêt Thepaz*, T.C., 1935, homicidio culposo cometido por el conductor de un camión militar que arrolló por negligencia un ciclista-[468].

Así, la falta de servicio puede consistir en un acto material o en un acto jurídico, puede tener carácter voluntario o involuntario, o bien puede ser el resultado de un hecho positivo o de una abstención[469].

En torno a la distinción formulada por el Concejo de Estado, inspirado en el carácter particular, variable y relativo de la responsabilidad pública según los lineamientos fijados en el caso Blanco, en razón de la cual se distinguió entre faltas simples, faltas graves y faltas manifiestas de una excepcional gravedad (categoría ésta última luego absorbida por la de la falta grave), es dable afirmar con la doctrina que en los casos de la responsabilidad hospitalaria y de los servicios de socorro y salvataje, la exigencia de una falta grave a fin de imputar responsabilidad al Estado ha cesado[470]; no obstante, tal requisito se mantiene, al menos nominal-

[468] RIVERO et WALINE, cit., p. 279. Cfr. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 224.

[469] RIVERO et WALINE, cit., p. 280.

[470] DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., ps. 930/934.

Repositorio Institucional

mente, en los casos de servicios de policía, fiscales, penitenciarios y de ciertas actividades de control[471].

Una cuestión de gran trascendencia práctica es la relativa a la prueba de la falta, ya que en ella se advierte su condición objetiva o subjetiva y, con ello, su carácter de extremo a probar o de fundamento del sistema reparatorio -recuérdese que este es uno de los aspectos diferenciales de la responsabilidad pública respecto de la responsabilidad civil privada[472]-.

Por un lado, el *carácter inquisitorial del procedimiento* ante la jurisdicción administrativa, que autoriza al juez a requerir de la Administración ciertas pruebas, invirtiendo el *onus probandi* que recae típicamente sobre la víctima; y, por otro, la existencia de *presunciones de falta* -tal como ocurre en ciertos casos de responsabilidad de los hospitales públicos causadas por infecciones provocadas en el marco de intervenciones quirúrgicas allí practicadas-, otorga cierto matiz de objetivación a la responsabilidad por falta de servicio[473].

Ahora bien, con independencia de la inversión de la carga probatoria, ¿qué significa exactamente probar la falta de servicio?, es dable mantener la firme impresión de que probar la falta de servicio no importa probar la negligencia del funcionario actuante

---

[471] RIVERO et WALINE, ps. 280/284.

[472] En relación con la *presunción de falta* puede confrontarse, MORAND-DEVILLER, cit., ps. 669/670.

[473] RIVERO et WALINE, cit., ps. 284/285, quienes expresan que ciertas presunciones de falta tienen sólo un interés histórico, tal como ocurre con la relativa a los accidentes provocados por automotores pertenecientes a la Administración, materia atribuida por la ley del 31 de diciembre de 1957 a la jurisdicción judicial. En relación con el caso de la infección provocada en el marco de una intervención quirúrgica, los autores citados refieren al caso *Henri Cohen*, C. E., del 9 de diciembre de 1988.

Repositorio Institucional

sino, mejor, probar que el servicio no fue prestado conforme los estándares promedio de calidad en su realización, infiriéndose de tal circunstancia que existió en el caso un obrar culpable del o de los agentes convocados a su realización –criterio de objetivación de la culpa-[474]. De este modo, la falta de servicio redundaría en un extremo probatorio más que en el fundamento de la responsabilidad pública.

Entonces, ¿en que se diferenciaría el modelo de la falta de servicio del propuesto por la tesis de la pertinencia normativa –desarrollado en el capítulo tercero- para el cual, supuesta que la responsabilidad estatal es objetiva, sólo debe acreditarse el daño, la relación causal y la imputabilidad?; En este sentido, es dable pensar que en la prueba del daño sufrido por un particular cuya vinculación causal permite su imputación al Estado se encuentra insita la existencia de una falta de servicio pues si el Estado ha generado un daño reparable es obvio que la gestión de la función administrativa ha sido deficiente.

Es por ello que puede afirmarse que la prueba del daño causalmente imputable al Estado equivale a la prueba de la falta de servicio –el fundamento de la responsabilidad radica en la necesaria reparación del daño- y que la falta de servicio importa un factor de atribución equivalente a la culpa objetivada o, mejor aun, a la *culpa presupuesta*.

De este modo, la existencia de una culpa presupuesta autoriza a revertir la carga de la prueba, de modo tal que incumbirá a la Administración probar que sus agentes cumplieron con sus deberes legales, vale decir, que actuaron diligentemente, o sea que no incurrieron en *breach of duty*, en los términos del derecho anglosajón.

---

[474] Cfr. DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., p. 926.

Repositorio Institucional

Pero, si esto es así, ¿cómo se entiende la existencia de una *responsabilidad sin falta*?

d.5. Responsabilidad sin falta

Es posible comprender la existencia de la categoría francesa de la *responsabilidad sin falta* como un conjunto de hipótesis, de origen jurisprudencial o legislativo, en las cuales el deber reparatorio a cargo del Estado obedece, como dicen Rivero y Waline, a la necesidad de mejorar la situación de la víctima, o bien, de socializar ciertos riesgos inherentes a la vida pública. Es por esta razón que su fundamento, si bien atribuido a veces a la teoría del riesgo, se encuentra en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas[475].

Es por ello que no se trata de casos en los cuales se revierta la carga probatoria, sino de reparaciones asumidas por el Estado teniendo en vista el mencionado propósito protectorio, ya que, como lo afirman los juristas citados, la víctima sólo debe demostrar el daño y la relación causal que permite su imputación al Estado, no pudiendo el Estado eximirse alegando la culpa de la víctima o la fuerza mayor[476] -entiéndase bien que, en este supuesto, al no existir una conducta culpable en la raíz causal del daño, no cabe que el Estado pruebe el cumplimiento de deber legal alguno, o bien, en términos del derecho francés, que el Estado pruebe la ausencia de negligencia en la actuación del funcionario o inexistencia de falta de servicio-[477].

---

[475] Cfr. BRAIBANT et STIRN, cit., p. 333. RIVERO et WALINE, cit., ps. 286/287.

[476] *Idem*, p. 286.

[477] Adviértase que esta noción colabora en la interpretación de la objetividad de la responsabilidad estatal aun en los casos en que existe *fault*, *faute* o cul-

Repositorio Institucional

Entre los casos de responsabilidad sin falta de origen jurisprudencial se mencionan: *a)* Daños causados por cosas peligrosas –v. gr. explosión de un depósito de municiones-; *b)* Daños causados por el hecho de actividades peligrosas –v. gr. perjuicios ocasionados por menores delincuentes en el marco de políticas de reeducación implementadas por el Estado-; *c)* Daños resultantes de ciertas medidas de orden económico o social; *d)* En materia de daños derivados de actividades hospitalarias la jurisprudencia requiere el cumplimiento de una doble condición: riesgo excepcional y daño de gravedad extrema-[478]; etc.

Entre los supuestos de responsabilidad sin falta de origen legislativo se cuenta: *a)* El riesgo profesional, tal como acontece en el caso de accidentes de trabajo sufridos por agentes de la Administración; *b)* Daños de guerra; *c)* Accidentes post vacunatorios en centros de atención autorizados para colocar vacunas obligatorias; *d)* Indemnizaciones dispuestas para las víctimas de actos de terrorismo; *e)* Indemnizaciones dispuestas a favor de víctimas de SIDA a consecuencia de transfusiones sanguíneas –responsabilidad estatal por falta de control de los centros de transfusión-; *f)* Indemnizaciones resultantes de la llamada *alea* terapéutica, definida como *la parte del riesgo que comporta inevitablemente un tratamiento médico o farmacéutico legítima y correctamente realizado, y por el cual se provocan efectos dañosos no queridos*; etc.[479].

---

pa. Sin perjuicio de ello, la antijuridicidad de la conducta dañosa se mantiene incólume.

[478] Véase al respecto, MORAND-DEVILLER, cit., p. 715, con cita de los casos *M. et Mme. V.*, C. E. Ass. 10 avril 1992 y *M. Bianchi*, C. E. 9 de abril de 1993.

[479] RIVERO et WALINE, ps. 287/298.

Repositorio Institucional

d.6. Responsabilidad por falta personal

Según se ha visto, cuando media una falta personal el daño resulta imputable al agente, quien debe responder con su patrimonio en el marco de un proceso que se ventila ante el juez civil quien aplica al caso las normas del derecho privado. Según lo explican Rivero y Waline, en caso de que la Administración estime que la falta que motiva la demanda es una falta de servicio debe elevar el asunto al Tribunal de Conflictos a fin de que este discierna cual es la jurisdicción competente[480].

Dos son los *criterios* empleados a fin de definir la falta personal[481], el *subjetivo*, que deviene de la clásica definición de Laferrière según la cual, a diferencia de la falta de servicio en la cual el acto dañoso es impersonal revelando a un administrador sujeto a error, la *falta personal* devela al hombre con sus falibilidad, pasión e imprudencia; en tanto que de conformidad al criterio *objetivo* mientras la *falta de servicio* obliga al juez a apreciar el acto de la Administración, en la *falta personal* esta vinculación no resulta necesaria[482]. No obstante, según se afirma en doctrina, media una tendencia jurisprudencial, confirmada estadísticamente, a vincular las faltas al servicio, en detrimento de la categoría de la falta personal[483].

Por otra parte, es posible que la comisión de un delito por parte del funcionario, evento que acarrea su falta personal, obligue también a la Administración por falta de servicio, tal como aconteció en el citado caso *Thepaz*, en el cual se consideró que la actividad del conductor del camión constituía también una falta de ser-

---

480 *Idem*, p. 299.

481 Cfr. DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., ps. 896/897.

482 RIVERO et WALINE, cit., p. 299.

483 *Idem*, p. 299.

Repositorio Institucional

vicio. De igual modo, en caso de vía de hecho configurativa de falta personal, es dable que tanto el agente como la Administración resulten responsables por aplicación de los artículos 1382 y 1384 del código civil que establecen la responsabilidad de comitente y comitido[484].

En relación con las vinculaciones entre la falta personal y la falta de servicio es dable distinguir las *faltas cometidas en el servicio* de las *faltas cometidas por los agentes fuera del servicio*[485]. Respecto del primer caso es posible afirmar que una falta cometida dentro del servicio puede, no obstante, importar una falta personal, tal como ocurre en el caso de las *faltas intencionales*, inspiradas en una animosidad personal o por el interés individual del agente; y en el caso de las *faltas de una particular gravedad*, las cuales responsabilizan también al agente dañador. La regla en este caso es la siguiente, si la falta personal no es separable del servicio, entonces se aplica la teoría de la acumulación de faltas o de responsabilidades, según el caso; si, por el contrario, la falta personal puede ser desligada del servicio –*faute personnelle détachable*- entonces sólo el agente es responsable ante la jurisdicción civil y según las reglas del derecho privado[486].

En el segundo supuesto, es decir, cuando la falta haya sido cometida fuera del servicio, resulta claro que la responsabilidad, en principio, será sólo del agente que la ha causado, salvo que, a fin de que la víctima pueda ser resarcida, se *vincule intelectualmente* la falta al servicio.

---

[484] *Idem*, p. 300. En el caso de la vía de hecho no media actividad administrativa en juego, razón por la cual las reglas del derecho privado resultan de aplicación por parte de los tribunales judiciales; cfr. BRAIBANT et STIRN, cit., p. 358.

[485] DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., p. 897. Abordan también estos autores el problema de la falta personal y el orden jerárquico, ob. cit., p. 900.

[486] RIVERO et WALINE, cit., p. 301.

Repositorio Institucional

d.7. Responsabilidad por actos legislativos

Señalan Rivero y Waline que la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador sólo refiere a los problemas atinentes a las leyes en sentido formal, en tanto a los reglamentos, en su condición de actos administrativos, los alcanza la teoría general, sin perjuicio de las dificultades que acarrea la acreditación en este último caso del perjuicio singular o daño especial[487].

En lo que incumbe directamente al tema, tal como lo exponen Braibant et Stirn[488], según lo resuelto en el caso *La Fleurette*, si una ley causa un daño especial y anormal a un particular, este tiene derecho a una indemnización sobre la base de la responsabilidad sin falta[489]. Así, en el *arrêt Sté des produits laitiers La Fleurette* (1938)[490], el Tribunal Administrativo indicó que era dable in-

[487] Cit., p. 304.

[488] Cit., ps. 342/343.

[489] De igual modo, señalan los autores referidos que la responsabilidad del Estado legislador ha experimentado nuevos desarrollos a partir del reconocimiento de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes, en tanto el apartamiento legislativo de las previsiones internacionales trae consigo la responsabilidad del Estado, cit., p. 343.

[490] Cfr. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 241. Conforme la narración de hechos efectuada por VEDEL, cit., p. 342, con el propósito de fortalecer el mercado de lácteos una ley prohibió la comercialización de ciertos productos cuyo contenido lácteo era muy escaso, tal como acontecía con la margarina fabricada por la sociedad actora; por ello, la persona jurídica accionante planteó una pretensión resarcitoria ante el Consejo de Estado. El Tribunal Administrativo reconoció el derecho de la actora al resarcimiento, fundando su aserto en cuatro condiciones: *a)* la actividad prohibida por la ley no tenía carácter nocivo; *b)* se había acreditado el daño particular –perjuicio especial-; *c)* el beneficio para un sector se había logrado merced al perjuicio de otro; *d)* nada autorizaba a inferir que el legislador hubiera pretendido excluir la indemnización. En la expresión de MORAND-DEVILLER, cit., p. 685, "*Pour souvenir le marché du latí, une loi avait interdit las fabrication des produits de remplacement de la crème naturelle ce qui avait contraint l´unique entreprise qui fabriquait un produit de substitu-*

Repositorio Institucional

ferir, pese al silencio de la ley, una voluntad del legislador favorable a consentir la indemnización. En este caso la responsabilidad se fundó en la lesión a la igualdad ante las cargas públicas, visto el perjuicio especial que la norma en cuestión produjo –en la hipótesis referida las medidas protectoras de la producción de leche dañaron a los productores de alimentos que pretendían reemplazar la leche en la elaboración de los mismos-; de este modo, el interés general se confundió con el interés colectivo de una categoría económica o social –en el caso, la de los productores de leche-[491].

Señala Bianchi que lo resuelto por el Consejo de Estado en el caso "*La Fleurette*", fue seguido en otras decisiones del mismo tribunal, citando al efecto lo resuelto en los casos "*Compagnie Générale de Grande Pêche*" (1938) y "Caucheteux et Desmonts" (1944)[492]. Sin embargo, la jurisprudencia posterior condicionó la responsabilidad del Estado a circunstancias dependientes, en algunos casos, de la voluntad del legislador[493], en tanto que en otros a las características del perjuicio[494]; entre los primeros, se ha desconocido indemnización en aquellos casos en que el texto o el contexto de la ley autoricen a inferir la exclusión de toda indemnización, tal como ha acontecido cuando la norma general ha intentado la represión de actividades fraudulentas o censurables, o bien cuando esta ha sido dictada considerando un interés económico o social general, o bien cuando existen otros medios dispuestos por las normas que autorizan la compensación de los perjuicios causa-

---

tion, du type crème de gruyère qualifié de gradine, à cesser ses activités: préjudice grave et espécial dont le législateur n´avait pas entendí exclure la réparation".

[491] RIVERO et WALINE, cit., p. 305. Se afirma en doctrina que se trata de una responsabilidad muy acotada en sus aplicaciones prácticas.

[492] MORAND-DEVILLER, cit., p. 685.

[493] BRAIBANT et STIRN, cit., p. 345.

[494] *Idem*, p. 345.

Repositorio Institucional

dos por la ley –v. gr. pensiones o indemnizaciones por despido-. Por otra parte, el perjuicio indemnizable, además de directo y cierto debe ser especial y anormalmente grave[495].

d.8. Responsabilidad por actos judiciales

Conforme lo dispuesto por la ley de reforma del procedimiento civil, del 5 de julio de 1972, en su artículo 11, el Estado debe reparar los daños causados por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia –esta ley no abroga la ley de 1895 sobre la reparación de errores judiciales, ni los textos sobre la reparación de daños causados por detenciones provisorias injustificadas[496]-. La legislación glosada ha sido extendida en su aplicación a los tribunales administrativos, pese a que en principio sólo refiere a los tribunales judiciales, de acuerdo a lo resuelto por el Concejo de Estado en el caso *Darmont* (1978)[497].

En el sentido expuesto, la responsabilidad por falta de servicio sólo existe en los casos de: *a)* faltas graves –definidas por la Corte de Casación como *toda deficiencia caracterizada por un hecho o por una serie de hechos que traducen la ineptitud del servicio público de justicia a cumplir con la función que le* compete-, y *b)* denegación de justicia[498].

---

[495] Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, cit., ps. 90/95. En igual sentido, DE LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, cit., p. 957.

[496] CHAPUS, cit., p. 1332; RIVERO et WALINE, cit., p. 309.

[497] RIVERO et WALINE, cit., p. 308.

[498] *Idem*, cit., p. 308.

Repositorio Institucional

En lo relativo a la responsabilidad que resulta de las sentencias judiciales, el principio formulado debe ser conciliado con la autoridad de la *cosa juzgada*[499].

En los casos de responsabilidad por falta personal ha sido derogado el procedimiento de *prise à partie*, no obstante, la magistratura está relevada por ley de responder, sin perjuicio de la garantía brindada por el Estado a las víctimas de daños causados por faltas personales y de la subsistencia de la acción recursoria del Estado contra el causante del daño[500].

e. Balance preliminar sobre el Derecho francés

a) El primer punto a considerar radica en verificar la influencia del modelo francés sobre la teoría dominante en el derecho argentino. La idea de la *falta de servicio*, si bien con un desarrollo original en el sistema argentino en el que es visualizada como una hipótesis de atribución objetiva de daños, ha calado profundo en la jurisprudencia nacional merced a la influencia doctrinaria que la anida, como factor de atribución, en el artículo 1112 del código civil. Por otra parte, la distinción entre ámbito privado y público de gestión estatal, con la consiguiente definición de las *reglas* aplicables, es también una extrapolación de las soluciones francesas en torno a la materia.

b) No obstante lo afirmado en el apartado anterior, resulta significativo enfatizar que el desarrollo local de la teoría de la falta de servicio se ha obtenido en razón de la insistencia de la doctrina –influida por el derecho francés- dada la existencia diferencial de un sistema constitucional de jurisdicción judicial única.

---

[499] CHAPUS, cit., p. 1333. Rivero et Waline, cit., p. 309.

[500] RIVERO et WALINE, cit., p. 309.

Repositorio Institucional

c) ¿Qué grado de originalidad reviste el derecho francés en el contexto comparado?[501], la respuesta a este interrogante resulta dependiente de la que previamente se de a la cuestión del carácter objetivo o subjetivo de la noción de falta de servicio; si se considera, tal como su raíz semántica refiere, que está asociada a la labor culpable del agente por el cual responde la administración, entonces, pese a la originalidad del diseño institucional –con influencia en el sistema italiano- no se trata sino de una forma diversa de presentar a la responsabilidad de las personas jurídicas, similar en lo esencial a la idea de *breach of duty* del derecho anglosajón o a la apreciación objetivada de la culpa presente en el derecho alemán (*faute* = *fault* = culpa objetivada); por el contrario, si se trata de un factor objetivo de atribución, el sistema francés habría sido precursor de la teoría española de la lesión resarcible.

d) Sin perjuicio de que parezca razonable considerar que la primera tesis (falta de servicio = culpa en la prestación del servicio) ostenta mayor coherencia con el régimen general, viéndose avalada por la existencia de la llamada *responsabilidad sin falta*

---

[501] Es dable citar aquí a CHAPUS, glosado por VEDEL, autor que pone de manifiesto "*… la responsabilidad pública no presenta, a pesar de las diferencias, ninguna originalidad de fondo en relación con la responsabilidad privada. Es exacto que la autonomía del derecho administrativo es mucho más perceptible si se examina la teoría de los contratos administrativos que si se examina la de la responsabilidad. Esto no debe extrañarnos. En fin de cuentas, un problema de responsabilidad, en el estado actual de la conciencia jurídica* –adviértase que el texto de Vadel es de 1976-*, se resuelve bajo el imperio de una idea dominante: no encontrar responsable de un daño equivale a declarar a la víctima responsable, ya que el responsable es el que soporta la carga definitiva del daño. Ahora bien, salvo cuando la falta es imputable a la víctima, este resultado debe evitarse a toda costa, sobre todo cuando el desarrollo de los seguros en el sector privado y el reparto de las cargas mediante los impuestos en el sector administrativo hacen posible socializar la reparación del perjuicio. Por consiguiente, una vez superada la arcaica idea de la responsabilidad del Estado, es normal que las soluciones del Derecho público y las del Derecho privado se hayan aproximado*", ps. 277/278.

Repositorio Institucional

que sí es una responsabilidad de tipo objetivo que aparece fundada en el riesgo o bien en la igualdad ante las cargas públicas, es dable reconocer que en la semántica misma de la expresión *faute de service* existe una conexión directa que remite a la actividad estatal –el Estado como gestor de servicios públicos- de un modo más poderoso que el implicado en la noción de *breach of duty* que parece referir a la labor del funcionario obligado más que a la actuación del Estado en cuanto tal.

e) Por ello, si bien es difícil reconocer la condición objetiva *a priori* de la responsabilidad por *falta de servicio*, no parece dubitable su condición de modo directo de imputación de daños al Estado, aserto que se ve avalado por las tesis de la acumulación de faltas y de la acumulación de responsabilidades, como así también por el *onus probandi* a cargo del actor, el cual no comprendería la prueba de la culpa del funcionario sino la de la deficiente prestación del servicio.

f) En cualquier caso, la *tesis de la pertinencia normativa* guarda vinculación con la *teoría de la falta de servicio* en lo relativo a la prueba del nexo causal.

4) SISTEMAS DE BASE JURISPRUDENCIAL: TRIBUNALES JUDICIALES – ALEMANIA

a. Jurisprudencia, legislación y doctrina

a.1. Aspectos introductorios

Pese a la similitud de regulación normativa que presenta el derecho alemán con el derecho italiano respecto de la cuestión de la responsabilidad del Estado –en ambos casos existe una previsión normativa civil y un artículo en la Ley Fundamental que re-

Repositorio Institucional

fieren a tal instituto-, la doctrina germana señala que no existe en el derecho alemán un abordaje jurídico sistemático respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, afirmándose que el régimen tiene origen jurisprudencial "*... es case law, aun cuando el legislador haya establecido ciertos principios o criterios indemnizatorios, puesto que los presupuestos de hecho que las normas contemplan son de ordinario tan oscuros y vagos que requieren la concreción e interpretación judiciales*"[502].

La jurisdicción competente a fin de entender en los litigios de tal carácter es la civil –*ordinary courts*-, tal como acontece en el mundo anglosajón, consecuencia directa de que el Estado sea tratado -al menos en el terreno estricto de la responsabilidad por daños- como una persona jurídica más[503].

No obstante, resulta prioritario considerar que la responsabilidad por daños aquilianos es, en el sistema jurídico germano, sólo uno de los supuestos de responsabilidad del Estado, pues esta puede nacer también de incumplimientos contractuales, expropiaciones, intervenciones administrativas de efectos expropiatorios o

---

[502] Fritz OSSENBÜHL, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", AA.VV., *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, obra dirigida por Javier Barnés, Madrid, 1995, p. 931.

[503] Mahendra P. SINGH, *German Administrative Law in common law perspective*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1985, p. 139 (nota: este texto es utilizado en el presente trabajo como marco de análisis y de referencia de las cuestiones abordadas). Señala la autora citada: "*Like France a distinction is drawn between the public and private law torts in Germany also but the remedy against them lies in the same courts ... Perhaps due to this amalgamation of jurisdiction in the same courts the public law tortious liability of the state in Germany has not moved that far from the private law liability in opening new grounds as its counterpart in France has done*". Pueden confrontarse estas ideas con lo expresado por Otto MAYER, en su obra clásica *Le Droit Administratif Allemand*, tome quatrième, partie spéciale, édition francaise par l´auteur, Paris, V. Girad & E. Brière, 1906, p. 224.

Repositorio Institucional

cuasi-expropiaciones, sacrificios individuales impuestos en interés público, o bien, del derecho a la tutela derivado de los derechos fundamentales[504].

Es útil recordar, de conformidad al desarrollo antecedente, que ya Forsthoff, en el año 1958, distinguía tres grupos dentro de las *prestaciones estatales subsidiarias* "*... compensación de daños basada en acciones delictuales (la llamada responsabilidad del Estado), indemnización fundada en intervenciones conforme a Derecho e indemnización fundada en intervenciones antijurídicas sin culpa, con inclusión de la responsabilidad por riesgo*"[505].

Tal como lo señala Singh, la responsabilidad estatal en Alemania reconoce sus orígenes en dos fuentes diferentes, por un lado, en la responsabilidad personal del agente público, y, por otro, sin parangón en el ámbito del *common law*, en el deber estatal de resarcir a los ciudadanos por cargas inequitativas o sacrificios especiales impuestos a ellos en interés de las sociedad[506].

En igual sentido, explica la doctrina citada que el artículo 839 del código civil alemán codificó la legislación existente, a comienzos del siglo veinte, al reglar que el incumplimiento intencional o negligente de un deber legal (*breach of duty*) a cargo de un funcionario público respecto de un tercero (*third party*) lo hace

---

[504] Cfr. SINGH, cit., p. 139. OSSENBÜHL, cit., *passim*. Con excepción de la responsabilidad derivada de la expropiación y de la que reconoce por causa un incumplimiento contractual, las restantes subespecies deben ser analizadas a fin de dibujar un panorama global en torno a la materia examinada.

[505] Ernst FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, capítulo IV, p. 414.

[506] SINGH, cit., p. 139. Afirma la autora citada que ambas fuentes encontraron reconocimiento legal en el Código Civil Prusiano de 1794. Adviértase la presencia, inédita en el derecho comparado de la época, de la idea de reparación debida en razón de conductas lícitas estatales, es decir, derivadas de la gestión estatal del interés público.

Repositorio Institucional

responsable de los daños que le cause a ese tercero –responsabilidad directa y subjetiva del agente frente a terceros-[507].

El artículo en cuestión fue incorporado, en líneas generales, al texto del artículo 131 de la Constitución de Weimar, para formar parte, finalmente, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 –artículo 34-[508], texto conforme al cual "*Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fue confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado y el órgano a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción recursoria. Para la reclamación de daños y perjuicios, así como para la acción recursoria no podrá excluirse la vía judicial ordinaria*"[509].

Según se infiere de lo expuesto, la sección 839 del código civil y el artículo 34 de la Ley Fundamental refieren a una responsabilidad que surge para el funcionario y para el Estado a consecuencia del obrar doloso o culposo del agente, el punto radica entonces en definir el fundamento de la responsabilidad estatal cuando no media *falta* imputable al agente, sino sacrificios o cargas especiales impuestas a ciertos sujetos en beneficio público general.

---

[507] *Idem*, ps. 140/141.

[508] En relación con el tema de la evolución histórica puede confrontarse también OSSENBÜHL, cit., ps. 932/935. Debe tenerse presente que el Estado Alemán está organizado políticamente de modo federal, razón por la cual la ley de 1981 relativa a la responsabilidad estatal (cuya vigencia comenzó el día 1º de enero de 1982) fue declara inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal, al considerarse que se había invadido competencias propias de los *Lands*. Por tal razón la materia sigue estando regida por las precitadas normas del estatuto civil y de la Ley Fundamental –cfr. SINGH, p. 140-.

[509] *Textos Constitucionales*, cit., p. 101.

Repositorio Institucional

La tarea propuesta importa tener presentes los tres institutos que en el derecho alemán aluden a la *responsabilidad sin falta*, a saber: *a) La expropiación*: prevista en el artículo 14.3 de la Ley Fundamental, norma a tenor de la cual "*La expropiación sólo es lícita por causas de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios*"[510]; *b) Los daños derivados de cuasi expropiaciones*: categoría que, creada por la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia en su pronunciamiento del 9 de junio de 1952[511], comprende los perjuicios causados por el Estado a los particulares en su *derechos de contenido patrimonial* –daños patrimoniales-; *c) El sacrificio –aufopferung-*: categoría que cubre los daños causados a terceros por intervenciones públicas de cumplimiento obligatorio, perjuicios afectativos de *derechos de contenido extrapatrimonial*.

En razón de lo expuesto, y siguiendo el método expositivo de Singh, corresponde referir en primer lugar a la responsabilidad por daños derivados de faltas imputables a los agentes públicos, para luego aludir a las dos vertientes de daños ilícitos causados *sin falta*, es decir, a los casos de responsabilidad derivados de cuasi expropiaciones y de sacrificio.

---

[510] *Textos Constitucionales*, cit., p. 95.

[511] Cfr. SINGH, p. 141. La autora cita el precedente del siguiente modo: 6 BGHZ 270, añadiendo que, según lo resolviera la jurisprudencia en el mismo año (1952), los reclamos cuasi expropiatorios son complementarios de los que se fundan en la responsabilidad extracontractual, con alusión al precedente 7 BGHZ 296 –Singh, p. 151-.

Repositorio Institucional

a.2. Responsabilidad por falta

La *primera condición* a fin de que los daños causados por el funcionario estatal sean imputables al Estado radica, conforme a los textos legales precitados, en *que las personas se encuentren en ejercicio de una función pública*. La interpretación jurisprudencial en torno a tal punto es amplia[512], quedando comprendida en el ejercicio de una función pública, entre otros casos, la actividad de los contratistas de obra pública[513].

Respecto del desempeño de funciones oficiales, la jurisprudencia ha establecido que *la mera apariencia externa de investir una autoridad pública no es suficiente, en tanto debe mediar también una conexión interna*[514]. La doctrina glosada grafica esta idea con el siguiente caso, el Estado es responsable por los daños causados por un accidente de tránsito ocasionado por un servidor civil, a la sazón un médico, cuando este emplea su vehículo particular con fines oficiales y no para mero uso personal; en sentido contrario, la sola circunstancia de que el daño se produzca en horas de trabajo no importa su atribución al Estado pues para esto se requiere *que el daño sea causado por un funcionario público en el ejercicio de su función*, por ello un vigilador nocturno que mata a un individuo por razones personales, aun cuando el homicidio sea perpetrado en horas de trabajo no hace imputable su actividad al Estado[515] –nada se dice respecto de la propiedad del arma pero es

[512] Cit., p. 142.

[513] Por daños causados por defectos en la colocación de señales de advertencia de obras en ejecución, (1973) 25 Ver Rsp 711(BGH), cit. por SINGH, p. 151.

[514] SINGH, cit., p. 145, con cita del precedente de (1953), 11 BGHZ 181.

[515] *Idem*, p. 147, con cita del precedente (1938) 159 RGZ 235, 238. Aclara OSSENBÜHL –cit., p. 936- que la condición jurídica del que ocupa el cargo público resulta *a priori* irrelevante, no siendo imprescindible que se trate de un funcionario en sentido estricto, siéndole reconocida tal condición también a sujetos tales como un médico de cabecera o un guarda forestal.

Repositorio Institucional

dable suponer que dada la condición del sujeto le había sido entregada en uso por el Estado-.

La segunda condición de imputación de daños al Estado radica en el incumplimiento de un deber legal por parte del funcionario actuante. En torno a tal cuestión enseña la doctrina que el cumplimiento de la ley involucra principios legales tales como los expuestos en precedentes judiciales, órdenes oficiales, contratos, reglas de moralidad, razonabilidad y proporcionalidad[516].

Se consideran casos de incumplimiento de deberes legales: *a)* El suministro de información errada; *b)* la inacción y la demora injustificada en la adopción de decisiones urgentes –aun cuando la responsabilidad por omisión reconozca un ámbito de vigencia muy restringido, acotado a lo que Ossenbühl denomina *intervenciones fácticas* (omisiones calificadas)-; y *c)* el ejercicio irrazonable, ilegal o abusivo de facultades discrecionales, hipótesis que, como afirma Singh, permite distinguir al sistema alemán del norteamericano, en el cual no se reconoce responsabilidad estatal cuando el daño deviene del planeamiento de actividades cuya ejecución defectuosa genera daños a terceros, y del sistema inglés, en el cual los estándares evaluatorios resultan de suyo más estrictos[517].

La *tercera condición* a fin de imputar responsabilidad al Estado, conforme a la ley, importa la existencia de daños efectivos causados a terceros. Tal como expresa Bachof, la consideración de una persona como tercero respecto del funcionario público obligado

[516] SINGH, ps. 142/144; OSSENBÜHL, ps. 936/937, este autor pone énfasis en la necesaria vinculación causal que debe existir entre el daño y el incumplimiento del deber legal.

[517] SINGH, p. 144.

Repositorio Institucional

resulta dependiente de si el objeto del deber legal consiste directamente en preservar los intereses de esa persona[518].

a.3. Responsabilidad objetiva

Sin perjuicio de la existencia de normas que consagran responsabilidades de tipo objetivo, el deber resarcitorio aquiliano a cargo del Estado en el derecho alemán está fundado sobre la noción de culpa –falta-, encontrándose vedado a los tribunales la creación pretoriana de responsabilidades de tal tipo[519].

Ahora bien, la asociación entre la idea de falta y la culpa no excluye su evaluación objetivada a partir de la idea del incumplimiento de un *deber legal*; así, tal como afirma Ossenbühl, la responsabilidad patrimonial del Estado surge cuando los funcionarios incumplen un deber legal deviniendo ilegítima la acción de los poderes públicos, noción que resulta ratificada en el siguiente texto de su autoría "*Es de subrayar la tendencia a objetivar la culpa y*

[518] O. BACHOF, "German Administrative Law with special reference to the latest developments in the system of legal protection", 2 Int¨l & Comp. LQ 368, 380, cit. por SINGH, ps. 144 y 152. Se refiere como ejemplo el *Caso del Transporte Aéreo*, relativo a medidas de fuerza adoptadas por los controladores del tráfico aéreo, empleados del gobierno federal, en aras a obtener mejores condiciones de servicio. Estas medidas culminaron en el cierre de un aeropuerto por dos días. El Estado Federal fue demandado por el propietario de una agencia de viajes quien alegó perjuicios irreparables a consecuencia de la medida de fuerza. El Estado, por su parte, alegó la inexistencia de un deber legal estatal hacia el actor, argumento que fue desechado por el tribunal interviniente bajo la consideración de que la legislación sobre aviación civil y el efectivo control impuesto como deber legal a los funcionarios involucrados en el paro bastaban como argumentos generadores de responsabilidad. El tribunal consideró que el actor había actuado bajo *legítimas expectativas* y que por tal razón debía ser resarcido; cfr. SINGH, p. 138, quien cita, (1978) EU GRZ, 406. En igual sentido se refieren casos de responsabilidad estatal por fallas en el control de la actividad bancaria (SINGH, p. 145).

[519] SINGH, p. 146.

Repositorio Institucional

abstraerla del individuo. Y ello se consigue con el establecimiento de cánones o estándares objetivos de conducta (que representan la diligencia de un buen funcionario); de presunciones de culpabilidad; o del reconocimiento de la nominada culpa de la organización, lo que hace innecesario identificar al concreto funcionario que ha incumplido su deber"[520].

a.4. Responsabilidad por actividad legislativa

Dos son los problemas básicos que presenta en el sistema alemán el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad legislativa formal (la actividad legislativa material productora de daños es pasible de generar responsabilidad): *a)* en primer lugar la imposibilidad fáctica de considerar tercero, en los términos del artículo 839 del código civil y del artículo 34 de la Ley Fundamental, a una persona que alegue verse afectada por una norma general y abstracta; *b)* En segundo lugar, la existencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes que garantiza al afectado su cuestionamiento judicial oportuno, impidiendo así la concreción del daño[521].

a.5. Responsabilidad por actividad judicial

En principio no existe responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de funciones judiciales salvo que el incumplimiento del deber legal enrostrado al funcionario judicial sea perseguible por medio de procedimientos criminales, excepción que no resulta extensible al ejercicio de funciones cuasi jurisdiccionales por parte

---

[520] OSSENBÜHL, ps. 932 y 938.

[521] SINGH, ps. 146/147. OSSENBÜHL, cit. p. 952, estima que es dable establecer una relación singular e individualizable apta para causar un sacrificio particular; no obstante reconoce la inexistencia de casos jurisprudenciales al respecto.

Repositorio Institucional

de tribunales administrativos –esta es la solución legal adoptada en el artículo 839.2 del BGB[522]-.

Este *privilegio* de la sentencia, tal como lo califica Ossenbühl, importa que el error judicial sólo acarree responsabilidad cuando el incumplimiento del deber legal constituye un hecho punible –prevaricación o cohecho-, como forma de preservar la cosa juzgada[523]. Es por ello que debe tratarse de sentencias definitivas y no de decisiones interlocutorias o cautelares.

a.6. Responsabilidad por cuasi expropiaciones

La idea que anima a esta clase de responsabilidad, de creación pretoriana, radica en mantener indemne la propiedad privada frente a intromisiones ilegales de autoridades públicas, concebidas como expropiaciones en consideración a su contenido y efectos[524].

Ossenbühl denomina a esta categoría *intervención administrativa de efectos expropiatorios*, afirmando que se trata de una "*... fórmula de responsabilidad estatal encubierta y su objeto consiste en compensar parcialmente la lesión causada por la acción pública ilegítima, con independencia de que sea o no culposa*". Según señala este autor, la reparación acordada a la víctima de la acción cuasi expropiatoria no cubre los daños y perjuicios[525] –criterio de reparación acotada-.

---

[522] SINGH, p. 147.

[523] OSSENBÜHL, p. 951.

[524] SINGH, p. 152, cita el precedente 32 BGHZ 208, 210-211.

[525] OSSENBÜHL, ps. 942/944.

Repositorio Institucional

a.7. Responsabilidad por sacrificio

Actualmente, los reclamos por sacrificio especial o cargas especiales tienen lugar cuando existen actos estatales que lesionan derechos extrapatrimoniales, tales como la vida, la salud o la libertad; afectaciones impuestas por el Estado en beneficio del interés público que deben ser resarcidas conforme al principio de igualdad con independencia de su legalidad o ilegalidad y de la existencia o inexistencia de culpa en el obrar del funcionario.

La condición de procedencia de resarcimiento deviene del perjuicio especial sufrido por el afectado a consecuencia de la medida estatal en cuestión, la que no ha dañado a otros sujetos situados en igual situación[526].

Para Ossenbühl "[*H*]*a de tratarse de una intervención pública de obligado cumplimiento que imponga un determinado comportamiento o conducta al ciudadano y de la que se derive el menoscabo de un bien jurídicamente protegido de carácter no patrimonial (v. gr. una coacción psíquica). Por otro lado, ese comportamiento exigido al ciudadano tendrá que servir al interés general, aunque no implique necesariamente una ventaja o un beneficio concreto para la colectividad*"[527]. En estos casos la indemnización queda acotada a los daños materiales ocasionados, por ejemplo, la pérdida de ingresos.

a.8. Nulificación de las consecuencias

De modo conjunto con el remedio de la reparación patrimonial, existe en este sistema legal la posibilidad de apelar al reme-

[526] SINGH, ps. 149/150.

[527] OSSENBÜHL, p. 941.

Repositorio Institucional

dio de la nulificación judicial de las consecuencias resultantes del incumplimiento del deber legal impuesto a la autoridad pública[528].

Explica Ossenbühl que compete conocer en estas cuestiones a la jurisdicción ordinaria, de modo tal que la jurisdicción civil debe resolver como cuestión previa si la acción administrativa es legítima para luego determinar si se cumplen los presupuestos determinantes de la infracción de un deber legal. No obstante, los tribunales civiles están vinculados por las sentencias firmes de la jurisdicción administrativa referidas a la intervención estatal de la que se han derivado los daños. En su caso las leyes pueden limitar o excluir la indemnización a cargo del Estado, siendo la misma, en caso de proceder, de contenido pecuniario[529].

El autor citado en último término refiere, como otra hipótesis de responsabilidad estatal, al "*derecho a la tutela derivado de los derechos fundamentales*", cuyo propósito radica en un recurso contra la autoridad que ha intervenido para que se reestablezca la situación anterior, o bien, una situación equivalente[530].

b. Balance preliminar sobre el Derecho alemán

a) La primera cuestión que merece destacarse en el balance del derecho alemán radica en el reconocimiento primigenio del deber estatal resarcitorio derivado de la gestión pública estatal conforme a derecho. Esta teoría, desarrollada como *teoría de indemnización* en el derecho español por parte de Garrido Falla, es la que luego dará lugar al nacimiento de la doctrina de la responsabilidad

[528] SINGH, p. 151.

[529] OSSENBÜHL, ps. 939/940.

[530] *Idem*, p. 946.

Repositorio Institucional

estatal por actividad lícita, según se la concibe en el derecho argentino.

b) Un aspecto saliente del derecho alemán se reconoce en la condición de *conexión interna* que debe vincular a la actividad del sujeto que *externamente* genera el perjuicio. Este elemento apoya la idea de representación aparente vigente en el sistema jurídico argentino, ante todo para iluminar soluciones positivas en los casos de daños causados por el uso de armas por parte de miembros de fuerzas de seguridad.

c) Merece destacarse, también, el reconocimiento del deber indemnizatorio resultante del ejercicio arbitrario de facultades discrecionales, sin distinción entre nivel de planeamiento y nivel de operación como ocurre en el derecho norteamericano.

d) Un dato significativo es el aportado en relación con la apreciación objetivada de la culpa, concebida como el incumplimiento de un deber legal. Esta noción colabora con el esclarecimiento y la definición del carácter objetivo de la responsabilidad entendido como criterio de inversión de la carga probatoria, dada la presunción de culpa concebida como un *prius* interpretativo.

e) Por último, la idea de la afectación cuasi expropiatoria de derechos patrimoniales encubre, como lo afirma la doctrina glosada, la vigencia de la reparación objetiva o sin falta en el sistema germano.

5) CONCLUSIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

a) El desarrollo de cada sistema ha respondido a un esquema histórico – evolutivo que lo ha perfilado de modo singular; de allí que la labor de extrapolación de las soluciones empleadas en el derecho extranjero, procurando adecuarlas al *uso nostro*, no parezca una tarea de por sí fructífera.

Repositorio Institucional

b) En el establecimiento particular del marco regulatorio (jurisprudencial o normativo, y, en este último caso, público o privado) de la cuestión de la responsabilidad estatal han incidido, en cada sistema, diversos factores, entre los cuales cabe consignar:

i. El grado de importancia que dentro del sistema se acuerde a la distinción entre el derecho público y el privado;

ii. La asignación de la competencia jurisdiccional para entender en tales asuntos a tribunales administrativos o civiles; y,

iii. El modo y alcance en que el sistema tolera la sumisión del Estado al proceso judicial; evento que en gran medida resulta dependiente de la forma en que el diseño constitucional previene el autoritarismo.

c) Es por ello que la apelación a las normas de derecho civil no entraña, *per se*, una afrenta a la integridad del cuerpo didáctico del derecho administrativo, constituyendo el sistema italiano una prueba de tal aserto.

d) En general, en aquellos sistemas en los cuales la responsabilidad estatal está asociada a la idea de culpa -*fault o faute*- (todos los analizados con excepción del español), la apreciación del factor subjetivo de atribución se realiza conforme a parámetros objetivos, según lo confirman, en conclusión predicable del resto, el derecho alemán y, en particular, el derecho francés.

e) Parafraseando a Segovia, de todos los sistemas es dable inferir la cabal comprensión de la afirmación relativa a que “la responsabilidad del *Estado* es un dogma del gobierno libre”, en tanto se entiende que cuando se condena al Estado en realidad se sujeta al Gobierno de turno a un esquema de *regularidad gubernamental*.

Repositorio Institucional

f) Por último, es rescatable del examen efectuado la clara tendencia a resarcir integralmente el perjuicio causado a la víctima –particularmente en los sistemas continentales-, con exclusión de condena al Estado por daños punitivos.

Repositorio Institucional

CAPÍTULO V

FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LOS CÁNONES DEL DERECHO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: TEORÍA DE JUSTICIA Y SISTEMA JURÍDICO

Tal como se señaló en el primer capítulo, sin negar su condición de *hard* case, el *arrêt* "Blanco" (1873) significó un decisivo avance hacia la consagración de la responsabilidad estatal al acordar a tal instituto -de modo conteste con la definición de Hauriou según la cual el derecho administrativo francés es "*... un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración ...*"[531]- una fuente normativa individual de raíz jurisdiccional constitutiva de un sistema jurídico cuya pauta hermenéutica principal es el interés público.

Así, la taxativa e influyente afirmación del Tribunal de Conflictos respecto a que no resultan de aplicación a la responsabili-

[531] Maurice HAURIOU, "Prefacio a la quinta edición de sus "Preces de Droit Administratif et droit publique général", París, 1903, en *Obra escogida*, traducción de Santamaría Pastor y Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 51.

Repositorio Institucional

dad del Estado los principios establecidos por la ley civil para las relaciones de particular a particular[532], permitió erradicar la responsabilidad estatal del ámbito de la justicia conmutativa[533] y calificarla como institución iuspública, según el criterio clasificatorio substancial inspirado en Ulpiano con arreglo al cual las normas jurídicas son de derecho público si el interés que preponderantemente tutelan es público[534].

Por tal razón, el problema de la responsabilidad aquiliana estatal, según se estima, debe ser replanteado desde sus raíces, abordándoselo desde un perfil científico cuya indagación abarque las dimensiones analítica, empírica y normativa de la dogmática jurídica[535].

---

[532] Cfr. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*; cit., p. 1. El argumento esgrimido en el caso es que, a diferencia de la responsabilidad civil, la responsabilidad estatal no es ni general ni absoluta sino que está regida por reglas especiales que deben conciliar los requerimientos e intereses del servicio público con los intereses de los particulares.

[533] La idea expuesta es coherente con lo afirmado por Barra en el derecho argentino, quien al respecto expresa *"...el derecho administrativo es un sistema específico de derecho público (régimen jurídico exorbitante) que conduce al cumplimiento de las exigencias de la virtud de la justicia distributiva en el ejercicio interno y externo de la función administrativa"*, Rodolfo C. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, Ábaco, Bs.As., 2002, p. 266.

[534] En la expresión de Ulpiano: *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinent, sunt enim quaedam publicae utilia, quedam privatum*, con cita del Digesto, 1.2 § 2; Cfr. Enrique R. AFTALIÓN, José VILANOVA, Julio RAFFO, *Introducción al Derecho*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1999, p. 805.

[535] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p.30. El rodeo argumental resulta necesario en razón de que *justicia distributiva, régimen iuspublicístico exorbitante del derecho privado* e *interpretación a favor del bien común* resultan, en la interpretación propuesta por la teoría dominante, términos de un mismo silogismo cuya crítica debe formularse de modo global; pues, si se parte de la fundamentación de la exorbitancia del régimen jurídico iusadminis-

Repositorio Institucional

Dentro del contexto indicado, el desarrollo del presente capítulo presenta los postulados *dogmático-analíticos* o fundamentos de validez de la tesis sostenida; es decir, su inclusión dentro del esquema científico adoptado con relación a:

la concepción política y procedimental de justicia que sirve de fundamento al sistema jurídico -versus la teoría substancial de justicia distributiva sostenida por la tesis dominante-;

la integración normativa del sistema jurídico mediante principios y reglas cuya operatividad en el nivel constitucional define el ámbito didáctico del derecho público -versus la exorbitancia del régimen de derecho público postulada en la tesis dominante-; y,

la prioridad política de lo justo sobre lo bueno como pauta interpretativa del sistema jurídico -versus el interés público como parámetro substancial de interpretación de las normas de derecho público-.

En mérito a lo expresado, el primer paso de una crítica razonada a la teoría dominante involucra la explicación del esquema político y procedimental de justicia inherente a la teoría de la justicia como imparcialidad expuesta por el profesor John Rawls[536].

---

trativo en la variante distributiva de la concepción realista clásica de la justicia, indefectiblemente se negará la vigencia aplicativa de las reglas que rigen la responsabilidad civil al caso en examen.

[536] El desarrollo de la teoría rawlsiana de la justicia sigue el esquema del artículo, "La justicia como equidad: introducción a la teoría política de John Rawls", Oscar A. CUADROS, Revista Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, año XXVII, 2004, N° 37, ps. 43/60.

Repositorio Institucional

2) FUNDAMENTOS DE VALIDEZ

a. Criterio de validez del sistema jurídico:

a.1. Concepción política de la justicia

Según enseña Rawls, el objetivo teórico del *liberalismo político* radica en definir las bases públicas de justificación de una concepción de la justicia que pueda ser suscripta por una pluralidad de doctrinas razonables, dentro del marco de un régimen constitucional; razón por la cual el autor afirma su intención de formular una *concepción política y razonable de la justicia*, es decir, sin pretensión de sustitución de doctrinas comprensivas ni búsqueda de cimentación *verdadera*[537].

En términos de Rawls, predicar carácter *político* de su *concepción de la justicia* implica afirmar:

que su objeto de aplicación radica en la *estructura básica de la sociedad* -y no en las relaciones entre sujetos-, siendo su propósito focal que las principales instituciones de una sociedad sirvan a la construcción de un *sistema equitativo* de cooperación de efectos intergeneracionales;

que se trata de una concepción de la justicia que se presenta como un punto de vista libremente aceptado por los ciudadanos, sin compromiso con la doctrina comprensiva razonable profesada por cada uno de ellos[538]; y,

---

[537] Jhon Rawls, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, ps. 13/15.

[538] Rawls caracteriza a las doctrinas comprensivas razonables del siguiente modo: *a)* constituyen un ejercicio de la razón teórica que abarca los aspectos mas importantes de la vida humana –religiosos, filosóficos y morales– de manera coherente y consistente; *b)* implican también un ejercicio de la razón práctica en

Repositorio Institucional

que su contenido expresa las ideas fundamentales implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática.

Del modo expuesto, la *idea* implícita en la visualización de la sociedad como un sistema justo de cooperación de una generación a la siguiente, fija la organización central de la *teoría política de la justicia como equidad*, y es desarrollada junto a dos *ideas afines*: *a)* la idea de que los *ciudadanos* comprometidos en la cooperación son *libres e iguales*; y, *b)* la idea de una *sociedad bien ordenada*, es decir, efectivamente regulada por una concepción política de la justicia[539].

Con relación al primero de los aspectos indicados, Rawls señala la necesidad de lograr la formulación de una *concepción política de la persona* entendida como una concepción *no metafísica*[540].

---

el sentido que no son meras especulaciones sino propuestas de acción; *c)* aun cuando no se trata de *corpus* inmutables, sus ideas y concepciones pertenecen a una tradición de pensamiento cuya evolución es paulatina, *Liberalismo Político*, cit., ps.75/76.

[539] *Idem*, cit., ps. 36/39. En opinión de RAWLS, el término "idea" resulta abarcativo de los "conceptos" y las "concepciones", según la categorización del profesor Hart. Cfr. H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, Bs. As., 1998.

[540] EL autor grafica tal idea ejemplificándola con la conversión de "Saulo de Tarso", en el camino de Damasco, en "San Pablo apóstol", en el sentido que una mutación religiosa de tal envergadura no implica un cambio en la identidad social del mismo ser humano. Cfr. *Liberalismo Político*, cit., p. 53. El propósito de la formulación de una concepción política de la persona radica en la necesidad de evitar un compromiso filosófico con el ideal de autonomía personal kantiano, circunstancia que tornaría a la teoría política de la "justicia como equidad" en una doctrina comprensiva razonable. Al respecto puede confrontarse, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", trabajo publicado en, Jhon RAWLS, *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, Second Printing, 1999, p. 388.

Repositorio Institucional

Tal concepción requiere de una conceptualización de la libertad de los ciudadanos que abarca tres aspectos centrales:

la consideración de sí mismos y de los otros ciudadanos como poseedores de la capacidad moral de tener una concepción del bien;

la consideración de sí mismos como fuentes auténticas de reclamaciones válidas respecto a sus instituciones, con miras a hacer valer su concepción del bien; y,

la consideración de sí mismos como seres capaces de asumir la responsabilidad de sus fines, es decir, de aceptar ser recompensados conforme a su contribución social[541].

Con relación al segundo aspecto señalado, los presupuestos en los cuales se funda la *idea de una sociedad bien ordenada* son:

primero, es una sociedad en la que cada cual acepta, y sabe que todos los ciudadanos aceptan, los mismos principios de justicia;

segundo, es una sociedad cuyas principales instituciones políticas y sociales –estructura básica de cooperación– cumplen con esos principios; y,

tercero, es una sociedad cuyos ciudadanos tienen un sentido efectivo de la justicia razón por la cual cumplen, generalmente, las reglas de sus instituciones básicas, a las que estiman justas[542].

---

[541] Liberalismo Político, cit., ps. 51/55.

[542] *Idem*, cit., p. 56. Expresa el autor en tal sentido: "*La unión social ya no se funda en una concepción del bien tal como la da una fe religiosa común o una doctrina filosófica, sino en una concepción pública de la justicia apropiada a la concepción de los ciudadanos en un Estado democrático como personas libres e iguales*", p. 282.

Repositorio Institucional

Así, la viabilidad de la *teoría política de la justicia como equidad* dentro de un entorno social que incluye ciudadanos libres e iguales profundamente divididos por las doctrinas comprensivas razonables que profesan, requiere que esa concepción de justicia política regulatoria de la estructura básica de la sociedad pueda ser el foco de un *consenso traslapado* entre las doctrinas comprensivas razonables; y que además se acepte que la discusión pública, cuando estén en juego cuestiones constitucionales, se lleve a cabo en términos de tal concepción política de la justicia[543]. Ambos aspectos serán analizados a continuación.

a.2. Construcción de las libertades básicas

a.2.1. Principios de la *justicia como equidad*

Tal como se afirmara, Rawls entiende que el *objeto de la justicia como equidad* es *la estructura básica de la sociedad*, concepto al cual refiere como la *manera en que las instituciones sociales relevantes* -formas de la propiedad, perfiles de la economía, organización de la familia, etc.- encastran en un sistema unificado de cooperación social[544]. Así, la concepción de la "justicia como equidad" procura especificar los *principios estructurales necesarios a fin de direccionar la acción política hacia la preservación de condiciones de imparcialidad dentro del trasfondo institucional*[545].

---

[543] *Liberalismo Político*, cit. p. 63. A tal respecto pueden leerse los trabajos, "The Domain of the Political and Overlapping Consensus" y "The Idea of Public Reason Revisited", ambos publicados en Jhon RAWLS, *Collected Papers*, cit., ps. 473 y 573, respectivamente.

[544] *Liberalismo Político*, cit., p. 243.

[545] *Idem*, p. 266.

Repositorio Institucional

Conforme la ordenación rawlsiana, los *principios de la justicia política* que aseguran las condiciones de justicia de trasfondo señalando la dirección a la acción política al especificar los términos equitativos de cooperación entre ciudadanos libres e iguales, son dos[546]:

a. "Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos".

b. "Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad".

Del modo expuesto, las libertades contenidas en los principios enunciados constituyen el núcleo relevante de las condiciones de justicia de trasfondo que regulan la estructura básica de la sociedad y aseguran el correcto direccionamiento de la acción política en una democracia constitucional[547].

---

[546] Jhon RAWLS, *La justicia como equidad –una reformulación-*, Paidos, España, 2002, ps. 30 y 73.

[547] *Liberalismo Político*, cit., p. 31. Tal como puede apreciarse, la formulación de principios contenida en la expresión de las libertades básicas importa un intento de compatibilización entre las vertientes antigua y moderna de la libertad, según la conocida sentencia de Benjamin Constant, o bien, una amalgama entre la tradición de resguardo de la libertad, cuyo origen se remonta a Locke, y la tradición política que enfatiza el ideal de la igualdad, cuyo antecedente remoto es el pensamiento de Rousseau (*Idem*, p. 30).

Repositorio Institucional

a.2.2. Contenido de las libertades básicas

Bajo la denominación de *las libertades básicas iguales del primer principio*, Rawls incluye a las libertades de pensamiento y conciencia; las libertades políticas y de asociación, las libertades que especifican la "LIBERTAD" y la integridad de las personas[548] y las libertades amparadas por el imperio de la ley. En tal sentido, el autor glosado manifiesta la inclusión de su teoría dentro de la historia del pensamiento de cuño constitucionalista, en la cual no es "la libertad" en abstracto lo relevante sino la vigencia efectiva de *libertades básicas no puramente formales*[549].

Dentro del segundo principio de justicia política, *introductorio de la regla de igualdad*, se incluyen dos *sub* principios: *a)* el de igualdad equitativa de oportunidades, y *b)* el de diferencia o *favor por los menos aventajados*.

Ambos *sub* principios presentan el esquema de *justicia distributiva* dentro de la teoría política de la *justicia como equidad*, esquema que en modo alguno introduce una pauta de asignación, tal como ocurre en el utilitarismo y en la filosofía aristotélico-tomista, sino que plantea un caso de *justicia procedimental pura* aplicable a la estructura básica de la sociedad[550]. En tal sentido, explica el autor en estudio: "*No hay criterio alguno de distribución justa aparte de las instituciones de trasfondo y las acreditaciones derivadas del hecho de trabajar según el procedimiento. Es el tras-*

---

[548] *Idem*, p. 272.

[549] *Idem*, p. 299.

[550] Un ejemplo de justicia procedimental pura es el de la distribución de una torta por parte de un sujeto que, en garantía de la distribución equitativa de las porciones, es el último en elegir su porción. Al respecto pueden confrontarse los trabajos, "Distributive Justice y Distributive Justice: Some Addenda", publicados en Jhon RAWLS, COLLECTED PAPERS, cit., ps. 130 y 154, respectivamente.

Repositorio Institucional

fondo institucional el que proporciona el marco para la cooperación equitativa de la que nacen las acreditaciones"[551].

Dentro del trasfondo institucional, el sub principio de igualdad de oportunidades importa una pauta básica, *no formal*, que comprende el desarrollo de medidas de acción positiva que garanticen su efectiva vigencia[552]; en tanto que el *sub* principio de diferencia implica que cualquiera sea el nivel de riqueza general, *las desigualdades existentes han de satisfacer la condición de beneficiar a los otros además de a nosotros mismos*[553].

---

[551] *La Justicia como equidad –una reformulación-*, cit., p. 82. En el mismo texto, en la p. 83, grafica el autor la idea explicando: *"Por ejemplo, las instituciones de trasfondo deben hacer que la propiedad y la riqueza se mantengan lo suficientemente igual repartidas a lo largo del tiempo como para preservar el valor equitativo de las libertades políticas y la igualdad equitativa de oportunidades a través de las generaciones. Esto lo hacen mediante leyes que regulan la transmisión patrimonial y la herencia, y mediante otros mecanismos tales como los impuestos, usados para prevenir las concentraciones excesivas de poder privado"*. En torno a esta idea, es dable poner de relieve que, en opinión de Rawls, la *"democracia de propietarios"* es el régimen político más apropiado para la concreción de los principios de la justicia como equidad; régimen al cual refiere como decisivamente superior al modelo del "Estado de Bienestar", cfr. *La justicia como equidad -una reformulación-*, cit., cuarta parte, particularmente ps. 190/191.

[552] En palabras de RAWLS *"El valor equitativo de las libertades políticas asegura que ciudadanos similarmente dotados y motivados tengan aproximadamente una oportunidad igual de influir en la política del gobierno y de alcanzar posiciones de autoridad, independientemente de su clase económica y social"*; cfr. *La justicia como equidad –una reformulación-*, p. 77.

[553] Cfr., *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1999. En el estudio titulado "Justicia distributiva", en la p. 157, con relación a los principios glosados se afirma que, *"Finalmente, una convención política de las sociedades democráticas es apelar al bien común. Ningún partido político admitiría estar presionado para que se legisle en perjuicio de ningún interés social reconocido. Pero ¿cómo ha de entenderse, desde un punto de vista filosófico, esta convención? Seguramente es algo más que el principio de eficiencia (en su forma paretiana) y no podemos suponer que el gobierno siempre afecte a los intereses de todo el mundo de igual for-*

Repositorio Institucional

a.2.3. Prioridad de las libertades básicas

Las libertades contenidas en la formulación de los principios de justicia están vinculadas conforme a una regla de prioridad que se proyecta en dos sentidos:

en primer lugar, la máxima de preferencia importa la primacía del primer principio respecto del segundo y, dentro del segundo principio, del primer *sub* principio respecto del segundo. Esto significa que, al poner a prueba un principio, v. gr. ante un caso difícil, debe asumirse que los principios previos se encuentran plenamente satisfechos[554].

el segundo sentido en que se proyecta la regla de prioridad implica que las libertades básicas, *"[T]tienen un peso específico absoluto respecto a las razones del bien público y a los valores perfeccionistas*"; hecho que en la práctica implica que "*... una libertad básica puede limitarse o negarse únicamente a favor de una o más libertades básicas diferentes, y nunca... por razones de bien público o de valores perfeccionistas*"[555].

---

ma. Con todo, puesto que no podemos maximizar con respecto a más de un punto de vista, es natural, dado el ethos de una sociedad democrática, elegir el de los menos favorecidos y maximizar sus perspectivas a largo plazo de forma compatible con las libertades de igual ciudadanía. Por otra parte, parece que las políticas que más confiadamente tenemos por justas por lo menos contribuyen positivamente al bienestar de esa clase y que por ello son justas de parte a parte. Así, el principio de diferencia parece ser una extensión razonable de la convención política de una democracia una vez que afrontamos la necesidad de elegir una concepción de justicia completa".

[554] Cfr. *La Justicia como equidad –una reformulación-*, cit., ps. 94/95.

[555] *Idem*, p. 274. Este concepto es similar en su formulación y contenido al modo en que Sebastián Soler define la potestad reglamentaria del Estado en el dictamen fiscal del caso "Cine Callao", Fallos 247:121.

Repositorio Institucional

a.2.4. El *valor justo* de las libertades básicas

Conforme a la teoría rawlsiana, asumir el carácter *básico* de las libertades importa *asegurar su valor justo* a fin de que las instituciones de la justicia de trasfondo puedan establecerse[556]. Asegurando ese "valor justo" se genera el marco de condiciones adecuadas para que los ciudadanos puedan desarrollar sus poderes morales fundamentales, a saber:

la capacidad de tener un sentido de lo correcto y de la justicia; y,

la capacidad de tener una concepción del bien, es decir de adherir a una concepción acerca de lo que es una vida humana digna de vivirse[557].

Ahora bien, dentro del marco de la *justicia como equidad*, las concepciones razonables acerca del bien se ven políticamente acotadas por las pautas públicas de la justicia, pues el modo según el cual se ejercen los poderes de los ciudadanos debe ser razonable en sí mismo; es decir, debe cumplir con términos justos de cooperación social, de modo tal que, en términos políticos la concepción individual del bien no afecte las condiciones equitativas de justicia[558].

---

[556] *Liberalismo Político*, cit, p. 302.

[557] *Idem*, p. 280.

[558] La cuestión debatida se vincula a la noción de la *"primacía de lo justo sobre la idea de bien"*, según la formulación procedimental Kantiana de la ética. A mayor detalle, el "imperativo categórico", como principio ético fundamental de la concepción moral formal y autónoma de Kant, señala el procedimiento constructivo del orden moral (distinguiéndose así del objetivismo moral que afinca la idea de bien en el resultado de la acción y no en su procedimiento de construcción), circunstancia a tenor de la cual la idea regulativa de lo justo procedimental prevalece sobre la idea de lo justo substancial, en razón de que esta última no desempeña ningún papel relevante en la edificación del orden moral. Es por ello que

Repositorio Institucional

A fin de clarificar conceptualmente la idea expuesta, se impone formular dos acotaciones que permitan entender por qué los ciudadanos libres e iguales acordarían voluntariamente someterse a los dos principios de justicia que aseguran el resguardo de las condiciones equitativas de trasfondo. La primera acotación está vinculada a la distinción filosófica entre lo *racional* y lo *razonable*, en tanto que la segunda refiere a la concepción rawlsiana acerca de la sociabilidad humana.

Con relación a lo primero, Ralws sostiene que, a diferencia de la mera racionalidad como nota tipificante de la personalidad, según la cual todo ser humano obra con arreglo a fines preconcebidos; la razonabilidad implica el estar dispuesto a proponer términos justos de cooperación y a cumplir con ellos, siempre y cuando los demás también lo hagan, como así también a reconocer la carga del juicio y aceptar sus consecuencias en la aplicación de la razón pública cuando se dirige el ejercicio legítimo del poder político en un régimen constitucional[559]. Esto último significa que las personas razonables se dan cuenta de que las cargas del juicio de valor establecen límites a lo que puede ser justificado razonablemente para los demás, y así es que suscriben alguna forma de la libertad de conciencia y de la libertad de pensamiento[560].

En segundo término, de la definición de contenido de la "razonabilidad" del obrar humano se desprende la concepción rawl-

---

la idea de substancialidad en Rawls, refiere a la "justicia del resultado" conforme al seguimiento de un procedimiento formal justo y no a un resultado substancialmente justo *per se*, es decir, logrado según una aplicación de razón práctica ligada a la aprehensión intelectiva de la "verdad" objetiva, tal como ocurre en el objetivismo. Ver al respecto: Jhon RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Paidós, España, 2001; ps. 235 y ss.; y, *Liberalismo Político*, cit., cap. V.

[559] *Liberalismo Político*, cit, p. 72. La distinción entre racional y razonable se remonta a Kant, según refiere Rawls en el texto glosado.

[560] *Idem*, ps. 77/78.

Repositorio Institucional

siana acerca de la sociabilidad humana. En éste sentido, si bien es claro que para el autor glosado el hombre no es un *animal político*, pues tal afirmación importaría asumir a la libertad al modo de los *antiguos*, negando los ideales de autonomía a los cuales adhiere inequívocamente, resulta insoslayable resaltar el sentido profundamente social de la proyección política de la persona concebido por Rawls como propio de su *liberalismo de la libertad*.

A tal respecto, al momento de analizar *El legado de Hegel como crítico del liberalismo*, Rawls da por tierra con las críticas del autor mencionado acerca de que la sociedad liberal no tiene una meta universal colectiva, sino que existe sólo para servir a los fines particulares y privados de sus miembros individuales, estando impedida de ver el profundo enraizamiento social de los seres humanos dentro del marco político institucional, como así también el propio valor intrínseco de esas instituciones y prácticas sociales. En sentido contrario, el profesor de Harvard afirma que en una sociedad liberal a todos los ciudadanos les compete el deber de reconocerse como libres e iguales, garantizándose recíprocamente sus derechos y libertades constitucionales fundamentales; razón por la cual las instituciones básicas, cuyo establecimiento democrático ostenta un valor intrínseco, deben educarles en esta concepción de sí mismos alentando públicamente este ideal de justicia política[561].

En tal sentido, si bien es cierto que el liberalismo político niega que el supremo bien de los seres humanos se realice en la política, entendida como la vida pública propia de la *polis* griega, esto en modo alguno implica que reniegue de otros valores colectivos importantes, tales como los de la ciencia, el arte y la cultura, los de la vida privada y personal, los del afecto, la amistad y el amor.

---

[561] Cfr. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, cit., ps. 383/389; y, *Liberalismo Político* p. 266.

Repositorio Institucional

En *Liberalismo Político*, Rawls clarifica su posición calificando al *humanismo cívico*, de raíz aristotélica, como una doctrina comprensiva razonable que si bien es apta para lograr un consenso traslapado respecto a la *teoría política de la justicia como equidad*, no coincide con ella conforme a su carácter de doctrina comprensiva fundada en la sociabilidad esencial del hombre. Desde una perspectiva política diversa, admite que las coincidencias entre la *justicia como imparcialidad* y el *republicanismo clásico*, enraizado con el Maquiavelo de los "Discursos" y el Toqueville de "La democracia...", son muy importantes, al punto de afirmar que: *[L]la preservación de las libertades democráticas requiere de la participación activa de ciudadanos que posean las virtudes políticas necesarias para mantener vigente un régimen constitucional*[562].

Tal como se observa, para Rawls, la persona se vincula a la sociedad política como cooperadora en el establecimiento de un sistema equitativo de garantización de las libertades fundamentales que le posibilite a cada ciudadano, libre e igual, el ejercicio de sus dos poderes morales fundamentales, es decir, tener una concepción de la justicia y una concepción del bien[563].

---

[562] *Liberalismo Político*, cit., p. 198. Cfr. *La justicia como equidad –una reformulación-*, cit., punto 43, p. 191 y ss. En igual sentido se expide Giovanni SARTORI en la obra *La sociedad multiétnica –Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros-*, Taurus, España, 2001, ps. 18/19 y 127, en las cuales se expresa la siguiente concepción acerca de que, si bien el pluralismo presupone tolerancia, *"La diferencia está en que la tolerancia respeta valores ajenos, mientras que el pluralismo afirma un valor propio. Porque el pluralismo afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política"*.

[563] *Liberalismo Político*, cit., p. 104.

Repositorio Institucional

a.2.5. Construcción de los principios

Presupuestas las condiciones de razonabilidad y sociabilidad de las personas, es dable avocarse a responder el interrogante acerca del modo en que los ciudadanos se someten a los principios de justicia.

En tal sentido, Rawls expresa que, dada la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre personas libres e iguales y presupuesto el hecho del pluralismo razonable, el establecimiento de los términos equitativos de la cooperación debe surgir, necesariamente, del consenso entre los cooperadores[564].

A efectos de graficar el proceso constructivo de los principios de la justicia política, Rawls utiliza un recurso de representación al cual denomina *idea de la posición original*, mediante el cual conecta la concepción de la persona y su concepción afín de la cooperación social con los principios específicos de la justicia[565].

Así, por medio del uso de la *idea de la posición original*, el autor anotado procura demostrar que, visto un contrato hipotético

---

[564] *La justicia como equidad –una reformulación-*, cit., ps. 38/39. Así, la regla de consenso entre los ciudadanos libres e iguales traduce el *carácter constructivo de los principios de la justicia como equidad*, revelando su condición de teoría política, es decir, no metafísica.

[565] *Liberalismo Político*, cit., p. 282; En el mismo texto el autor señala "*... la posición original es simplemente un recurso de representación: describe a las partes, responsable cada una de defender los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual, como situadas imparcialmente y como representantes para llegar a un acuerdo sujeto a condiciones que limitan apropiadamente lo que pueden esgrimir como buenas razones*", p. 48. En *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, España, 1998 (con Jürgen HABERMAS), RAWLS expresa que la idea de la posición original trasunta "*...un mecanismo analítico destinado a formular una conjetura*", p. 84, o bien, tal como expresa en *La justicia como equidad –una reformulación-*, cit., la idea de la posición original es "*... un experimento mental pensado para la clarificación pública...*", p. 41.

Repositorio Institucional

a suscribir por un grupo de representantes de ciudadanos libres e iguales, en el cual se pactarán los principios básicos de justicia política que regirán a una sociedad; el único resguardo para el logro de condiciones de trato equitativo para cada parte contratante está dado por la fijación de un punto de partida negocial que asegure un posicionamiento simétrico de sus representantes.

A fin de lograr tal posicionamiento, al negociar las condiciones de justicia política, los representantes deben hacer abstracción de las doctrinas comprensivas a las cuales adhieren los contratantes, como así también de los privilegios de los cuales gozan sus representados en razón de su sexo, posición social o raza.

Con tal propósito, Rawls acude a la metáfora del *velo de la ignorancia*, recurso que traduce los límites a la información a los cuales deben estar sujetos los representantes de los ciudadanos al momento de partir hacia el acuerdo político fundamental, a fin de que quede garantizada una *posición original* de trato equitativo[566].

Del modo expuesto, el autor comentado afirma que: *dado que el procedimiento de la posición original sitúa a las partes simétricamente y las somete a restricciones que expresan lo razonable y que las partes son representantes racionalmente autónomas cuyas deliberaciones expresan lo racional, cada ciudadano está representado justamente en el procedimiento mediante el cual se seleccionan los principios de justicia que habrán de regular la estructura básica de la sociedad. Así, las partes decidirán entre los principios alternativos motivadas sólo por consideraciones derivadas del bien de las personas a las que representan, favoreciendo los principios que protegen una amplia gama de concepciones del bien determinadas (pero que se desconocen) y que aseguran de la mejor manera las condiciones políticas y sociales necesarias para el desarrollo*

[566] *Liberalismo Político*, cit., ps. 40 y 45/48.

Repositorio Institucional

apropiado y el ejercicio pleno e informado de los dos poderes morales. Suponiendo que las libertades básicas y su prioridad aseguran estas condiciones, los dos principios de justicia, con el primero antes que el segundo, son los principios en los que se basa el acuerdo[567].

Lo antedicho constituye el núcleo de la doctrina de construcción política de Rawls, según la cual, los "dos principios básicos de la justicia" son el resultado de un acuerdo "racional" entre seres "libres e iguales" que buscan el establecimiento de "condiciones equitativas de justicia" a fin de generar un "marco político razonable" que garantice el desarrollo libre de sus concepciones del bien.

---

[567] *Idem*, p. 299/300. Resulta claro que la adopción de tales principios de justicia se apoya en la premisa hipotética de que los individuos que pactan son conservadores y no apostadores natos, y que ese carácter deviene de su razonabilidad. El ministro Ricardo LORENZETTI, en su voto concurrente en el caso "Simón", ha expresado, *"La práctica constitucional, al igual que las catedrales medievales en cuya edificación intervenían varias generaciones, es una obra colectiva que se perfecciona a través de los años y con el aporte de varias generaciones (Nino, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, 1992). Quienes tomaron decisiones, legislaron o dictaron sentencias en los últimos treinta años hicieron su valioso aporte en las situaciones que les tocaron vivir. Pero en la hora actual, es deber de esta Corte, tomar en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación (Rawls, John, "Teoría de la justicia", México, Fondo de Cultura Económica, 1971; del mismo autor "Justice as Fairness. A Restatement", Ed Erin Kelly, Harvard, 2001; Barry, Brian, "Justice as imparciality", Oxford, Clarendon Press, 1995) y que no son otros que los del estado de derecho. Nuestro deber en la hora actual es garantizar, de modo indubitable, la vigencia plena y efectiva del estado de derecho para quienes habitan esta Nación y para las generaciones futuras"*, C.S.J.N., 14/06/05, "Simón, Julio H. y otros", La Ley, 2005-E, 331.

Repositorio Institucional

a.2.6. Recapitulación

Del modo expuesto, el régimen social y económico imbricado en la *estructura básica de la sociedad*, en su carácter de objeto de la teoría política de la *justicia como equidad*, traduce un ordenamiento que procura la satisfacción actual y futura de los deseos y aspiraciones de ciudadanos que saben que sus libertades básicas *no formales* a pensar y decidir en conciencia, a votar, ser votados y asociarse con fines útiles, a su integridad psicofísica, y a que las leyes que reglamenten tales libertades sigan las reglas del debido proceso sustantivo; están cimentadas sobre la base de su igual consideración y respeto *real* –no formal- ante la ley, hecho que queda asegurado mediante la adopción de los medios legales, consecuentes con el segundo principio de justicia, tendientes a que las desigualdades provenientes de su clase social de origen, sus dotaciones innatas y su buena o mala fortuna en el transcurso de su vida no constituyan obstáculos insalvables a fin de que, gozando de los bienes primarios, puedan constituirse en miembros cooperadores plenos de la sociedad política[568].

a.3. Validez y estabilidad del sistema jurídico

La viabilidad constructiva de los principios políticos de justicia que regulan la estructura básica de la sociedad, trasunta el hecho de que su validez es independiente de las pautas de validación objetiva consideradas por los mismos ciudadanos a fin de fundar causalmente sus juicios morales; en palabras del autor: *El constructivismo político... no critica las explicaciones religiosas, filosóficas o metafísicas de la veracidad de los juicios morales ni de*

[568] Cfr. *La justicia como equidad -una reformulación-*, ps. 91/92 y 81/116.

Repositorio Institucional

su validez. La razonabilidad es su norma de lo correcto y, dados sus objetivos políticos, no necesita ir más allá[569].

Esta expresión de principios pone de manifiesto que, para Rawls, la pauta de validez política suprema es "lo razonable" y no "lo bueno", o bien, "lo mejor desde un punto de vista causal", o bien, "lo verdadero"; y ello en virtud de que la circunstancia fáctica de existencia de una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables dentro del marco de una sociedad democrática -fruto del libre ejercicio del pensamiento y de la opción en conciencia- impide concebir otra pauta mas adecuada a fin de discernir el modo de ejercicio apropiado del poder político -coercitivo por definición- sobre ciudadanos libres e iguales[570].

En un grado de avance mayor, Rawls dirá que "... *nuestro ejercicio del poder político es plenamente apropiado sólo cuando lo ejercemos en concordancia con una Constitución, cuyos principios esenciales todos los ciudadanos libres e iguales pueden razonablemente suscribir a la luz de principios e ideales aceptables para su razón humana común*"; pues son esas esencias constitucionales las que delimitan el espacio de legitimidad del ejercicio coercitivo del poder político otorgándole una base pública de justificación[571].

Del modo expuesto, la cuestión de la legitimidad del uso coercitivo de la fuerza pública en base a una justificación política de la justicia, es decir, sin otorgar a tal evento una fundamenta-

---

[569] *Liberalismo Político*, cit., p. 132.

[570] De modo conteste con la idea de la justicia como equidad, Rawls expresa que una sociedad política no es una comunidad ni una asociación. No es una comunidad pues su lazo de unión no es común supuesto el hecho del pluralismo razonable; no es una asociación pues el ingreso a la misma se opera por el nacimiento y no de modo voluntario; cfr. *La Justicia como equidad –una reformulación-*, ps. 25/26.

[571] *Liberalismo Político*, cit, ps. 140 y 145/146.

Repositorio Institucional

ción conforme a una doctrina comprensiva razonable, plantea la cuestión de la *prevalencia de los valores políticos por sobre las ideas de bien en lo que atañe al dominio de lo político*, en tanto tales valores rigen los términos fundamentales de la cooperación social[572].

Dentro de tal contexto discursivo, la posibilidad de fundar la legitimación del ejercicio del poder político en una sociedad democrática en una base pública construida sobre *lo razonable*, permite establecer un *consenso entrecruzado* entre las doctrinas comprensivas razonables que pluralmente profesan los ciudadanos, en un grado que no resultaría alcanzable si se emplease el concepto unívoco de *verdad*[573].

En tal sentido, la posibilidad de otorgar estabilidad real a la idea del consenso traslapado de doctrinas razonables respecto de los valores políticos fundamentales que permiten que una sociedad sea un sistema justo de cooperación de una generación a la siguiente, se instrumenta mediante la idea de *razón pública*, término que introduce la expresión de *lo razonable" en el debate político, fijando la estrategia discursiva a seguir en los foros públicos*. Según la precisa expresión de Rawls: *[J]justificar nuestros juicios políticos ante los demás significa convencerles mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencia apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos ... que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán*[574].

---

[572] *Liberalismo Político*, p.141. Tal afirmación traduce, una vez más, la prioridad asignada a "lo justo" sobre "las ideas del bien", prioridad que implica que los principios políticos de justicia imponen límites a los modos de vida permisibles (ps. 201/202).

[573] *Idem*, p. 105.

[574] *La justicia como equidad –una reformulación-*, p. 53.

Repositorio Institucional

Así, la concepción pública de la justicia fundada en la idea de *lo razonable* proporciona a los ciudadanos un punto de vista mutuamente reconocido desde el cual pueden arbitrar sus exigencias políticas hacia las instituciones y hacia los otros ciudadanos[575], viendo garantizados sus derechos y libertades constitucionales fundamentales respecto a posibles reivindicaciones fundadas en el *bien común* o en *valores perfeccionistas*[576].

Del modo indicado, la idea de *justificación pública* utilizada por la teoría de la *justicia como equidad* permite "... moderar los conflictos políticos divisivos y determinar las condiciones de la equitativa cooperación social entre ciudadanos" sobre la base de ciertas ideas fundamentales implícitas en la cultura política de los estados democráticos, ideas que todos los ciudadanos pueden respaldar desde dentro de sus propias doctrinas comprehensivas[577]. Conseguido ese objetivo se logra, consecuentemente, *un consenso entrecruzado (o traslapado) de doctrinas razonables sobre la base de una concepción política aceptada en "equilibrio reflexivo" y no como un mero acuerdo -"agreement of foundations"-*[578].

---

[575] *Idem*, p. 32.

[576] Una revisión de la idea de razón pública; p. 165; en, Jhon RAWLS, *El Derecho de Gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Paidós, España, 2001

[577] En tal sentido, es necesario poner de relieve que para Rawls la *justicia como equidad* no agota la razón pública, sino que también concurren a ella otras teorías tales como *la concepción discursiva de la legitimidad* de Habermas y *la idea católica sobre el bien común*, cuando se expresan en términos de valores políticos", cfr. *Una revisión de la idea de razón pública*; cit., p. 167. Es dable señalar aquí que una doctrina comprensiva es razonable, según Rawls, cuando afirma sus argumentos de validación moral soportando las cargas del juicio y reconociendo la libertad de conciencia, cfr. *La justicia como equidad –una reformulación-*, cit., p. 253.

[578] *La Justicia como equidad -una reformulación-*, cit., ps. 54/55.

Repositorio Institucional

En palabras de Rawls: "*Una sociedad bien ordenada es estable... porque los ciudadanos están globalmente satisfechos con la estructura básica de la sociedad. Las consideraciones que les mueven no son amenazas... sino... consideraciones hechas en los términos de la concepción política que todos asumen. Porque en la sociedad bien ordenada de la justicia como equidad lo justo y lo bueno (según lo determina esa concepción política) se acoplan de tal modo que los ciudadanos que entienden que parte de su bien radica en ser razonables y racionales, y en ser vistos por los otros como tales, son movidos por razones de su bien a hacer lo que exige la justicia. Entre esas razones está el bien de la sociedad política misma...*"[579].

Resulta importante dejar planteados aquí los posibles puntos de contacto entre la tesis desarrollada y el pensamiento de Joseph Ratzinger, en cuyo libro "Fe, Verdad y Tolerancia –El Cristianismo y las religiones del mundo-", puede leerse, en relación con el relativismo como filosofía contemporánea dominante, el siguiente texto "*El relativismo aparece así, al mismo tiempo, como el fundamento filosófico de la democracia, la cual se basa precisamente en que nadie debe alzarse con la pretensión de conocer el camino recto; la democracia viviría de que todos los caminos se reconocieran mutuamente como fragmentos del intento por llegar a lo mejor, y de que en el diálogo se buscara lo común, de lo cual formaría parte, no obstante, la competencia entre los conocimientos, que no podría reducirse a una forma común. Un sistema de libertad tendría que ser, por su esencia misma, un sistema de posturas relativistas que se entendieran unas a otras, que dependieran además de constelaciones históricas y que estuvieran abiertas a nuevas evoluciones.*

[579] *Idem*, ps. 266/267. Así, aunque *a priori* procedimental, la teoría política de la "justicia como equidad" es también *substancial* desde la percepción de justicia del resultado, es decir, al ser valorada según sus consecuencias *a posteriori*. Cfr. *Debate sobre el liberalismo político*, cit., p. 129.

Repositorio Institucional

Una sociedad libre sería una sociedad relativista; tan sólo en este supuesto la sociedad podría seguir siendo libre y abierta al futuro. En el ámbito político, esta concepción tiene buena parte de razón. No existe una única opción política que sea la correcta. Lo que es relativo, la construcción de la convivencia de los hombres dentro de un ordenamiento en el que se disfrute de libertad, no puede ser algo absoluto... El problema reside en que el relativismo se sitúa a sí mismo más allá de todos los límites. Llega a aplicarse de manera plenamente consciente al campo de la religión y de la ética"[580].

b. Estructura e interpretación del sistema jurídico:

b.1. Fundamento del sistema jurídico

De lo expuesto se infiere que la *teoría de la justicia como equidad* brinda un criterio político de validación del sistema jurídico diametralmente diverso al esquema de justicia distributiva propio del realismo clásico. En el esquema rawlsiano la garantía de equidad en la distribución no resulta del logro de ciertas metas de *bien común*, sino de la aplicación de principios razonables de justicia -racionalmente adoptados por los individuos- a la estructura básica de la sociedad[581].

---

[580] Joseph RATZINGER, *Fe, Verdad y Tolerancia –El Cristianismo y las religiones del mundo-*, quinta edición, Sígueme, Salamanca 2005, p. 105.

[581] En opinión de DWORKIN, los principios de la justicia como equidad revelan una instancia radical de conceptualización de la igualdad, al trasuntar el derecho natural de cada hombre a ser tratado *con igual consideración y respeto*, Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel-Derecho, España, 1° edición, 4° reimpresión, ps. 274/275. En opinión del profesor Rodolfo VIGO, *"... el liberalismo típico... está particularmente prevenido contra el Estado a la hora de establecer deberes positivos en aras de bienes personales o comunitarios, y su lógica conlleva la diferenciación entre la justicia y lo bueno, de modo que de la primera se ocupa la*

Repositorio Institucional

Así, la fidelidad de cada ciudadano al cauce procedimental demarcado por los principios políticos de justicia que animan el contrato social, conduce espontáneamente a resultados sociales equitativos; base de fundamentación de la postulada *primacía política* de lo justo formal o procedimental, o bien, de lo *correcto*, sobre las ideas regulativas substanciales de bien público, tales como las teorías del bien común y de la utilidad del mayor número[582].

En el contexto indicado, las relaciones conmutativa, distributiva y legal de la justicia, desarrolladas por el realismo jurídico clásico a fin de graficar los modos equitativos de relación de los individuos entre sí y entre ellos y el Estado, sólo pueden tener significación práctica en la conformación del sistema jurídico en la medida en que se acepte el *criterio ontológico de bien* que las inspira[583], rechazándose otros criterios competitivos de validez tales como los que resultan de las teorías sociológicas y jurídicas -Ross y Kelsen/Hart, entre otros-, o bien, el criterio moral deontológico que resulta de la adopción de la teoría de la justicia como equidad[584].

---

política y de lo segundo la ética, y así es posible universalizar a la justicia mientras que el bien queda privatizado. Fiel al kantismo, la racionalidad práctica liberal es inescindiblemente deontológica y se resiste a asumirla en términos teleológicos. La justicia es neutralidad, procedimiento, estructura y forma, pero no se atreve, o a lo sumo lo hará tímidamente, a incluir o promover bienes sustanciales", prólogo a la obra *Bien Común y Derecho Constitucional–, El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político,* Alfonso SANTIAGO (h), Ábaco, Bs. As., 2002, ps. 10/11.

582 Para confrontar una tesis contraria véase Alfonso SANTIAGO, *Bien Común y Derecho Constitucional –El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político-*, cit., ps. 235/238.

583 Cfr. Jhon FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2000, traducción y estudio preliminar de Cristóbal ORREGO S., p. 196. En la tesis finnisiana puede observarse la mentada influencia de la concepción del bien sobre la teoría de justicia.

584 Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 58.

Repositorio Institucional

No obstante, la ventaja comparativa que presenta la teoría rawlsiana de validez radica en su carácter político y formal, hecho que le otorga aptitud para lograr el consenso de los otros criterios validatorios –*an overlapping consensus*- en el diseño de las normas que integran el sistema jurídico.

El sistema jurídico, fundado sobre los principios de justicia adoptados bajo un velo de ignorancia, es conformado en tres etapas:

la *etapa constitucional*, en la que se procura asegurar, formal y materialmente, las libertades del primer principio de justicia;

la *etapa legislativa*, en la cual se intenta afianzar el segundo principio de justicia mediante la sanción de leyes acordes a las normas fundamentales; y,

la *etapa de interpretación* de las reglas por parte de los jueces y de su aplicación por los administradores y los ciudadanos[585].

El esquema de construcción así diseñado revela tres cuestiones de importancia para el desarrollo posterior:

en primer lugar, la fundación del sistema jurídico sobre los principios de la justicia como equidad, cuya vigencia asegura la obediencia civil al esquema normativo[586];

en segundo lugar, la aceptación del dualismo constitucional por medio de la distinción entre normas iusfundamentales deriva-

---

[585] *La Justicia como equidad –una reformulación-*, cit., ps. 79/80. Según explica Rawls, en las tres etapas se van relajando progresivamente las limitaciones del conocimiento disponible, hasta llegar a la última etapa en la cual todos tienen acceso completo a todos los hechos.

[586] En ese orden de ideas, Rawls afirma que "*The justification of civil desobedience rests on the priority of justice and the equal liberties which it guarantees*", cfr. *Collected Papers*, cit., "*The justification of civil desobedience*", p. 187.

Repositorio Institucional

das del ejercicio del poder constituyente y normas emanadas de los poderes constituidos cuya inferioridad jerárquica deviene de la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo[587]; y,

por último, la vinculación argumentativa entre las dos primeras etapas y la etapa de la interpretación judicial, en la cual adquiere protagonismo la idea de *razón pública*.

Habiéndose intentado el esclarecimiento conceptual de la primera de las cuestiones planteadas; en los próximos dos acápites serán desarrolladas las cuestiones referidas en los apartados *b)* y *c)*, a fin de dar cuenta de la vacuidad de la afirmación de la tesis dominante en torno a la aplicación a la responsabilidad del Estado de un régimen exorbitante del derecho privado cuya interpretación debe considerar prioritariamente el interés público.

b.2. Estructura del sistema jurídico

Convenir una definición que describa los rasgos elementales del sistema jurídico sólo es posible en la medida en que se haya asumido previamente un criterio de validez determinado. Por tal razón, sobre la base de fundamentación moral deontológica imbricada en la teoría de la *justicia como equidad*, puede afirmarse que el sistema jurídico es un esquema normativo integrado por principios y reglas que disciernen los ámbitos deontológicos de lo permi-

---

[587] En este aspecto, de acuerdo a la opinión de Rawls, "*Que se cumplan o no los objetivos del segundo principio es algo mucho más difícil de determinar. En cierta medida, estos temas están siempre abiertos a diferencias razonables de opinión; dependen de la inferencia y el juicio en la evaluación de información social y económica compleja. Asimismo, cabe esperar mayor acuerdo sobre las esencias constitucionales que sobre los temas de justicia distributiva en el sentido más restringido*". De este modo, la relación jerárquica entre normas constitucionales e infraconstitucionales reconoce una fundamentación que excede largamente la *lógica Marshall*.

Repositorio Institucional

tido, lo prohibido y lo obligado y cuya coercitividad, siendo *reconocida* por los individuos en razón de su carácter institucionalizado, resulta de sus méritos validatorios que justifican el ejercicio apropiado del monopolio de la fuerza por parte del poder político, regulando las condiciones de actuación de los órganos estatuidos en la adjudicación y el cambio de las normas[588].

Del modo expuesto, el sistema jurídico es un esquema normativo compuesto por enunciados deónticos, percibidos por sus destinatarios como pautas obligatorias de permisión, deber u omisión[589], que operan -según la tesis del dualismo constitucional- en dos niveles: *a)* el nivel constitucional, en el cual se inscriben las normas iusfundamentales, es decir, aquellas que habiendo sido estatuidas directamente –por una referencia en el texto de la Constitución- o indirectamente –por un proceso judicial de inferencia lógica consolidado jurisprudencialmente- son susceptibles de una *fundamentación iusfundamental correcta*[590]; y, *b)* el nivel legislativo, cuyo contenido debe adecuarse a los criterios iusfundamentales de justificación[591].

---

[588] Tal como se aprecia, la coercitividad como nota típica del sistema normativo se funda en el ejercicio apropiado del poder político, y no sólo en una norma secundaria de adjudicación. Al respecto confrontar l*a* definición provisional de sistema jurídico expuesta por Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2° ed. ampliada y revisada, 9° reimpresión, Astrea, Bs.As., 1998, ps. 112/113.

[589] Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 55 y p. 83. Una conceptualización exhaustiva de los contenidos normativos del sistema jurídico puede leerse en Manuel ATIENZA, *El sentido del derecho*, Ariel-Derecho, España, 2001, ps. 76/77.

[590] Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 73. A mayor detalle, la distinción entre normas directa e indirectamente estatuidas parece referir a la diferenciación kelseniana entre normas jurídicas primarias y secundarias.

[591] La definición del sistema jurídico como sistema normativo reconoce las fuentes deliberadas –legislación, jurisprudencia, contratos- y espontánea de ge-

Repositorio Institucional

Siguiendo a Alexy, es dable afirmar que estructuralmente las normas, en ambos niveles, asumen la forma de principios o de reglas y que la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa pues, mientras los principios constituyen *mandatos de optimización*, las reglas importan *determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*[592].

Si bien Alexy parece afirmar que su concepción acerca de los principios jurídicos difiere sólo conceptualmente de la de Dworkin[593], su construcción jurídica concibe a los principios como normas, despegándolos de su fundamento de validez[594] -al afirmar que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral[595]- e in-

---

neración de normas jurídicas –costumbre-, cfr. Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 148.

[592] *Idem*, p. 83 y ps. 86/87. El rechazo del modelo puro de principios obedece, en términos de Alexy, a que no toma en serio las regulaciones adoptadas en la ley fundamental –p. 130-; en tanto que el rechazo del modelo puro de reglas se funda en que fracasa al intentar brindar un marco justificatorio de las normas reglamentarias de los principios constitucionales al margen de toda ponderación, hecho que prueba la existencia de principios normativos –p. 119-. En otro orden de ideas, es dable advertir que la distinción entre principios y reglas es funcional a efectos de explicar el deber reparatorio en general y, en particular, temas arduos tales como el de la responsabilidad estatal por incumplimiento de deberes normativos genéricos. En el acápite relativo a "Sistema jurídico y Razón Práctica" del texto de ALEXY *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, España, segunda edición, febrero de 2004, Barcelona, en particular en la ps. 176/177, el autor comentado hace referencia al procedimiento discursivo y sus reglas, *cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y sus resultados*, como tercer elemento de un sistema jurídico inserto dentro de un esquema de constitucionalismo moderado.

[593] *Idem*, p. 87, nota Nº 27.

[594] *Idem*, ps. 58/59.

[595] *Idem*, p. 525. Según la expresión de ALEXY, "*Cuestiones de libertad e igualdad no son cuestiones de un ámbito parcial del derecho, sino que surgen en todos sus ámbitos*", *idem*, p. 505.

Repositorio Institucional

troduciendo la idea regulativa de la *ponderación* en los conflictos entre principios[596] -a efectos de determinarlos semántica y estructuralmente[597]-; mientras que Dworkin, en su afán de eliminar la discreción judicial, con el concepto de *policies* -como opuesto a *rules*- pretende definir un estándar justificatorio[598] que posibilite al juez Hércules encontrar *la única respuesta correcta* para un caso difícil en principios validatorios de contenido moral que exceden el plano meramente normativo[599].

De conformidad a la exposición antecedente, la fundamentalidad de las normas constitucionales asumidas como principios resulta una consecuencia *formal* de la adopción del sistema democrático constitucional -en contraposición al sistema democrático procedimental en el cual todo lo resuelto por una mayoría es ley[600]- cuya proyección hacia el resto del sistema jurídico constituye un límite al contenido de las normas infraconstitucionales[601].

---

[596] *Idem*, p. 118. Las razones que inducen a rechazar la inclusión de los valores dentro del sistema jurídico radican, principalmente, en que los valores operan en un plano axiológico y no deontológico, como ocurre en el caso de las normas jurídicas; *Idem*, p. 147.

[597] *Idem*, p. 525.

[598] Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., ps. 65/66 y 72.

[599] Cfr. Rodolfo L. VIGO (h), *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, p. 174. Es importante recordar que la tarea emprendida por Dworkin en la obra citada es la crítica del sistema jurídico normativo según la construcción positivista de Hart; cfr. *Los derechos en serio*, cit., p. 72. Del modo expuesto, el concepto dworkiniano de *policie* es similar al de norma constitucional programática como opuesto a norma constitucional operativa.

[600] Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, cit., ps. 196/197.

[601] Cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 503. Ver también, Robert ALEXY, *Derecho y Razón* Práctica, BÉFDP, México, 1998, p. 9.

Repositorio Institucional

En el sentido expuesto, los principios iusfundamentales –abrevando en la tradición constitucionalista[602]- expresan *derechos* en el sentido dworkiniano de la noción[603], es decir, triunfos frente a las decisiones de la mayoría que se proyectan en dos sentidos:

como *límites materiales* al contenido posible de la legislación, preservando las libertades fundamentales, y,

como *límites formales* a la actuación de los poderes públicos –también creados por normas iusfundamentales-, fijando las condiciones de competencia, procedimiento y contenido de sus decisiones[604].

Este último sentido en que se proyectan los principios constitucionales, describe el ámbito al cual usualmente se denomina -como referencia meramente didáctica- *derecho público*[605]; ámbito que, tal como puede apreciarse, no refleja ningún contenido substancial, específico o diferencial[606].

---

[602] Cfr. SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Argentina, 2003, p. 226. En opinión de Sartori, la democracia es un *"... mecanismo que genera una poliarquía abierta, cuya competición en el mercado electoral atribuye poder al pueblo y, específicamente, impone la respuesta de los elegidos frente a sus electores."*; *Idem*, p. 157.

[603] En términos de DWORKIN, *"La institución de los derechos... representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad... serán respetadas"*, *Los derechos en serio*, cit., p. 303.

[604] Cfr. Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 92. Así, tal esquema responde en la tipología de Max WEBER a la *dominación legal con administración burocrática*; ver Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2° edición en español, primera reimpresión argentina, 1992, ps. 173/180.

[605] Cfr. AFTALIÓN, VILANOVA, RAFFO, *Introducción al Derecho*, cit., p. 809.

[606] Una opinión contrastante con la expuesta puede leerse en, Julio R. COMADIRA, "El servicio público como título jurídico exorbitante", EDA, 2003, 587/603, artículo en el cual el autor pone de manifiesto que *"... el derecho admi-*

Repositorio Institucional

b.3. Interpretación del sistema jurídico:

Tal como se ha explicado, el objeto de la justicia como imparcialidad es la estructura básica de la sociedad, de modo tal que la adhesión de cada ciudadano al cauce procedimental demarcado por los principios políticos de justicia que animan el contrato social, conduce espontáneamente al logro de resultados sociales equitativos; premisa en la cual se funda la mentada *primacía política* de lo justo formal o procedimental, o bien, de lo *correcto*, sobre las ideas regulativas substanciales de bien público[607].

Así, la teoría de justicia aceptada como hipótesis de base del presente trabajo se distingue de la teoría realista clásica en que no involucra relaciones de alteridad que obliguen a los individuos a *favorecer y promover el bien común de sus propias comunidades* –de acuerdo a la expresión de Finnis-[608]; pues para la *justicia como equidad* no es el *fin* lo que *a priori* cuenta, sino el respeto de las reglas prefijadas como medios cuyo seguimiento fiel asegura el cumplimiento del objetivo[609].

---

nistrativo no puede ser entendido sino como un instrumento de preservación de prerrogativas estatales y de garantía de derechos individuales", sobre la base del interés público como eje teleológico del accionar administrativo.

[607] En torno a la cuestión expuesta explica Sartori que "*... en ética, los imperativos categóricos de Kant son formales en el sentido en que indican únicamente la forma de cualquier acción moral posible; y Kant los quería formales precisamente para permitir que fuese la libertad del agente moral –su autonomía- la que estableciera el contenido*"; *¿Qué es la democracia?*, cit., p. 266.

[608] Jhon Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., ps. 191 y 194. ATIENZA, en "El sentido del Derecho", cit., califica a Finnis de neoiusnaturalista y afirma que su concepción configura al derecho natural en un plano deontológico -ps. 304/305. A tal respecto es ilustrativo confrontar la noción finnisiana de bien común, p. 183.

[609] Esta idea de lo *justo procedimental* como políticamente superior en importancia a lo *justo substancial* queda contrastada con elocuencia en la expresión

Repositorio Institucional

En términos de razón práctica, la prioridad política de lo correcto sobre lo bueno se concreta en la regla del gobierno o imperio de la ley –*the rule of law*- como expresión que enfatiza la confianza en las decisiones mayoritarias como el camino epistémico más apto para discernir lo socialmente conveniente[610]; y, de modo consecuente, la sumisión de los ciudadanos a las normas jurídicas que emanan de su ejercicio a través del *proceso democrático*, como puente político regimentado que vincula el discurso moral informal con el sistema jurídico[611].

---

atribuida a Camus según la cual, *en política son los medios los que justifican el fin*; cfr. Fernando SAVATER, *El valor de elegir*, Ariel, Bs. As., 2003, p. 152.

[610] Circunstancia que pone de manifiesto la dimensión cooperativa del derecho; pues, como explica Nino, el reconocimiento de la autoridad de las normas jurídicas, fruto de la aceptación de su méritos validatorios, se adiciona a la coacción que las caracteriza como nota tipificante; Cfr. Carlos S. NINO, *Derecho, Moral y Política*, Ariel-Derecho, Barcelona, 1994, ps. 157/158.

[611] Cfr. Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*; Gedisa, Barcelona, 1997, p. 166. Véase también, Oscar A. CUADROS, "Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino", El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, miércoles 12 de marzo de 2003, ps. 9/14, particularmente p. 12. Expresa Alexy con relación al tema en debate, *"La cuestión acerca de la racionalidad de la fundamentación jurídica conduce... a la cuestión acerca de la fundamentabilidad racional de los juicios prácticos generales o de los juicios morales. La discusión de esta cuestión ha estado afectada durante largo tiempo por una contraposición infructuosa entre dos posiciones básicas presentadas siempre bajo nuevas variaciones: las posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas, por una parte, y las objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionales, por otra. Sin embargo, no existe ningún motivo para esta actitud todo-o-nada. La discusión ética actual, influenciada metodológicamente sobre todo por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y por lo que respecta a su contenido, orientada fuertemente por las ideas de Kant, ha mostrado que ciertamente no son posibles teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada cuestión moral pero, que si son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o*

Repositorio Institucional

De ese modo, no son ciertos valores perfeccionistas, ni el bien común, ni el interés público, ni la utilidad del mayor número, ni algún otro criterio substancial de bien el que define el parámetro de interpretación de las reglas jurídicas ante los conflictos que suscita la determinación de los materiales jurídicos relevantes –actos lingüísticos, textos y prácticas- para la solución del caso; sino que, elegida una ruta de interpretación histórica o contextual, la superación de las indeterminaciones sintácticas, semánticas y pragmáticas en el uso del lenguaje y la solución al problema de las lagunas, contradicciones y redundancias dentro del sistema jurídico[612], es lograda –en un sistema jurídico de estructura dualista- mediante el *procedimiento judicial* de ponderación entre principios iusfundamentales; el test de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales; y, las reglas de hermenéutica jurídica[613].

La ponderación, es el modo de solución de las colisiones entre principios, pues tales colisiones se resuelven en función del peso de cada principio en el caso concreto, siendo esto un corolario de su carácter de *mandatos de optimización*[614].

Por su parte, el control judicial de constitucionalidad –como consecuencia necesaria de la práctica democrática constitucional dualista-, es un mecanismo que a partir del principio de la supremacía constitucional (fundada en el reconocimiento de derechos y

condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional", Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., p. 530.

612 Cfr. CUADROS, "Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino", cit., p. 12.

613 Entre ellas, las conocidas reglas *ley superior, ley posterior y ley especial*.

614 Cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., ps. 89/90 y 94/95. Una teoría alternativa respecto a la solución de los conflictos entre derechos constitucionales es expuesta por Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales –Una alternativa a los conflictos de derechos-*, La Ley, Bs. As., 2000.

Repositorio Institucional

la estructura del razonamiento práctico justificatorio desarrollado por los jueces[615]), resuelve los problemas de validez de las normas infraconstitucionales.

Ahora bien, dentro del contexto de la democracia deliberativa en el cual las decisiones políticas son adoptadas conforme a la regla de la mayoría, es indispensable que el ejercicio de la *judicial review*, que implica –como afirma Nino[616]- un elitismo epistémico frente a las decisiones mayoritarias, sea enmarcado dentro de los límites de argumentación de la razón pública a efectos de que sirva al resguardo de la autonomía individual, el proceso democrático y la lógica de precedentes[617]; como medio para el logro de fundamentaciones adecuadas que no vacíen de contenido los textos normativos.

En tal sentido, señala Rawls que *"[U]una Suprema Corte encaja dentro de esta idea de la democracia constitucional dualista como uno de los recursos institucionales para proteger a la ley mas alta"*. En el ejercicio de tal tarea, *"[L] los magistrados de la Suprema Corte no pueden... invocar su propia moral personal, ni los ideales y virtudes de la moralidad en general", pues esos valores son ajenos al caso constitucional, "... tampoco sus puntos de vista religiosos o filosóficos ni los de otras personas. Tampoco pueden citar irrestrictamente los valores políticos. En cambio, deben recurrir*

---

615 Cfr. CUADROS, "Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino", cit., p. 13.

616 A tal respecto, el profesor Nino ha manifestado que la *judicial review* junto al *stare decisis*, la dogmática jurídica y el *common law* constituyen elitismos epistémicos cuyo objeto es acotar la condición raigalmente política del derecho, *idem*, p. 11.

617 Cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 537, en donde se expresa: *"... si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo... quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación"*.

Repositorio Institucional

a los valores políticos que en su opinión pertenecen a la comprensión más razonable de la concepción pública de la justicia, y a sus valores políticos de justicia y de razón pública. Éstos son los valores en los que creen de buena fe, como lo exige el deber de civilidad, y que se espera que suscriban todos los ciudadanos en tanto que personas razonables y racionales"[618].

3) CONCLUSIÓN: COROLARIOS DE LAS BASES ADOPTADAS

Según puede inferirse de lo expuesto, de acuerdo al fundamento del sistema jurídico asumido como hipótesis de base de este trabajo no resulta posible distinguir entre relaciones de justicia de tipo conmutativo, distributivo y/o legal; pues la teoría de la justicia como equidad es aplicable a la estructura básica de la sociedad y no a las relaciones de alteridad.

Tal premisa conduce a afirmar el carácter didáctico o meramente descriptivo de la distinción entre derecho público y derecho privado, desacreditando –en lo que atañe puntualmente a este trabajo- la posibilidad de irradiar la responsabilidad extracontractual del Estado del ámbito normativo civil a partir de su subsunción en un marco normativo de derecho público –administrativo en la especie- *exorbitante del derecho privado*[619]; pues tal afirmación

---

[618] *Liberalismo Político*, cit., ps. 224/225. En igual sentido, ha afirmado la C.S.J.N., con cita de Cardozo, que *los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta*, agregando que la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el artículo 19 de la Constitución Nacional, Fallos 308:1160, en particular considerando Nº 8.

[619] Lo expuesto avala la definición del ámbito pedagógico del derecho administrativo a partir de la presencia matizatoria del Estado en las relaciones jurídicas. En tal sentido, fuera del núcleo definitorio material constituido por la organización, el procedimiento y el acto administrativo; el resto del contenido di-

Repositorio Institucional

sólo puede fundarse en una teoría de justicia que permita categorizar la solución jurídica de cada caso –pública o privada- a partir de una distinción substancial *a priori* entre relaciones jurídicas de tipo conmutativo, distributivo o legal; afirmación que sólo adquiriría sentido en un contexto de fundamentación diverso al defendido[620].

Así, el sistema jurídico -estructurado sobre la base de normas que operan como principios o como reglas- es dable de ser interpretado conforme a un criterio que prioriza políticamente lo razonable sobre lo verdadero, circunstancia que permite afirmar, con particular referencia al objeto de este trabajo, que el *bien común*

---

dáctico de la disciplina importa el estudio de los rasgos distorsivos que la presencia del Estado otorga a los contratos, el régimen de propiedad, la responsabilidad por daños y el proceso judicial. No obstante la posición de análisis jurídico asumida, la defensa de su razonabilidad no depende de la descalificación de las teorías dominantes; sólo intenta demostrar una vía de interpretación distinta a la seguida con habitualidad, sin perjuicio de que uno de sus objetivos consista en lograr adhesión al paradigma propuesto. No se trata de dividir las aguas entre estatistas autoritarios y liberales progresistas, pues tal posición conduce inevitablemente a un reduccionismo estéril, v. gr. la tesis sustentada por Inés D´ARGENIO, "Un enfoque *erróneo* en la concepción del derecho administrativo –énfasis agregado-", R.D.A., Lexis-Nexis Depalma, N° 48, 2004, ps. 309/335.

[620] En rigor, también es dable cuestionar la posibilidad de calificar a una relación jurídica como de derecho público o privado a partir de la distinción clásica entre justicia distributiva y justicia conmutativa, como bien explica el profesor Finnis cuando alude a la *justicia conmutativa* en el derecho de daños anglosajón contemporáneo; cfr. *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., ps. 208/209. No obstante, el *arrêt* Blanco incurre en tal asociación al afirmar que no son aplicables a la responsabilidad del Estado las reglas que rigen las relaciones jurídicas entre particulares. En sentido conteste con esta última visión, puede leerse el artículo de Andre HAURIOU, "La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado", L.L., t. 4, 1936, Sección doctrina, ps. 1/5. Véase también José L. ABAD HERNANDO, *Estudios de Derecho Administrativo*, segunda edición, Estudio I: El problema de la influencia del derecho civil en su génesis, ps. 27/101, en particular, ps. 100/101, Ciudad Argentina, Bs. As., 1999.

Repositorio Institucional

no configura un estándar de interpretación que avale la subsunción de la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado en un régimen jurídico distinto al civil[621].

[621] De modo aparentemente contradictorio con las ideas vertidas, la remisión al derecho administrativo indicada en el artículo 2611 del código civil para la reglamentación de las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, podría constituir una categorización del tipo substancial descrito, pues, como lo aclara Vélez en la nota pertinente, esas restricciones no deben ser civilmente legisladas porque no crean relaciones entre particulares (véase también lo dispuesto en los artículos 1502 y 2341 del C.C. y en la nota al artículo 31 del mismo texto). Sin embargo, tal planteo sólo tiene un fin demarcatorio de contenidos legislativos, sin brindar un parámetro para afirmar que ese régimen implique la existencia de un marco de soluciones jurídicas esencialmente distinto al civil en mérito a fundarse en un tipo diferente de relación de justicia. Por otra parte, aunque se sostuviera que en el caso de tales limitaciones, el interés público autoriza a plantear soluciones jurídicas distintas a las que el código civil prevé para las limitaciones impuestas en interés privado, tal sentencia no resultaría predicable de la responsabilidad aquiliana estatal, pues el ámbito de los daños se define normativamente desde el perfil de la víctima y no del victimario, con lo cual no podría afirmarse en tal caso que el interés público demanda soluciones distintas según la condición del dañador. A mayor detalle, la regulación de la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos privados *o estatales* por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, por parte del artículo 1117 del código civil, podría ser asumida como una pauta hermenéutica que acoge una interpretación contraria a la inferible del artículo 2611 del mismo texto legal; cfr. al respecto: Ernesto N. BUSTELO, "Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio", AA.VV. *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Buenos Aires, 2005. Para una fundamentación contrastante con las ideas antes vertidas acúdase al voto de la Dra. Highton de Nolasco en la citada causa "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional s/ juicio de conocimiento".

Repositorio Institucional

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PERSONALIDAD JURÍDICA

1) INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA

Habiéndose presentado a la teoría de la *justicia como equidad* como fundamento del sistema jurídico de base constitucional dualista, y propuesto la interpretación de sus normas de acuerdo a la regla que señala la prioridad política de lo correcto sobre las ideas de bien[622]; es el momento de probar argumentativamente la razonabilidad de las premisas empíricas que servirán de presupuestos a los contenidos normativos del próximo acápite[623].

Por ello, el presente capítulo propone una perspectiva distinta de análisis dogmático, introduciendo un nuevo paradigma argumental, la *teoría de la pertinencia normativa*, que intenta discernir respuestas eficaces en el terreno de la práctica jurídica a la

[622] Retórica que ha permitido postular bases de justificación alternativas a las de la tesis dominante.

[623] Del modo indicado, este capítulo constituye una vía de tránsito desde el modelo analítico elegido hacia presupuestos normativos coherentes con tal modelo.

Repositorio Institucional

luz de los *parámetros trazados por la unidad conceptual del principio que prohíbe dañar a otros, su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y la condición privada de la víctima, como ejes de todo el deber reparatorio.*

Del modo expuesto, en este tramo de la obra serán estudiadas las nociones de responsabilidad y personalidad jurídica, a fin de justificar adecuadamente la pertinencia aplicativa de la legislación civil en materia de daños a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Desarrolladas las cuestiones antecedentes se estará en condiciones de analizar, en el capítulo siguiente, la dimensión *dogmática-normativa* de la tesis propuesta, por medio de la crítica de la praxis jurisprudencial en torno a los presupuestos de la responsabilidad estatal.

2) RESPONSABILIDAD Y PERSONALIDAD JURÍDICA:

a. Responsabilidad jurídica:

a.1. Responsabilidad y antijuridicidad

No obstante la vaguedad de la palabra *responsabilidad*, a los fines de este trabajo es dable afirmar que *una persona es jurídicamente responsable cuando es susceptible de ser sancionada, independientemente de que haya cometido o no un acto antijurídico*[624].

[624] Cfr. Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho,* Eudeba, Bs. As., 4° edición, 1999, p. 77 –Edición de la Baconnière, Neuchatel, Suisse, título de la edición francesa: *Théorie pure du droit, Introduction a la science du droit.* H.L.A. HART,

Repositorio Institucional

Tal afirmación implica que, a pesar de que la comisión de un acto antijurídico es, al menos en principio, un presupuesto de la responsabilidad jurídica; esta comprende no sólo los casos en que la obligación de responder deviene de un acto antijurídico propio sino también, de modo vicarial o indirecto, en aquellos casos en que la conexión entre el acto antijurídico y quien debe responder indemnizatoriamente por éste, se da merced a la acción de un tercero vinculado normativamente con el responsable.

En el sentido expuesto, la expresión *acto antijurídico o ilícito* traduce una vinculación entre una conducta contraria a una norma jurídica y una sanción en ella establecida, que se dirige contra el autor del delito/cuasidelito o contra un *allegado* suyo, según la clásica definición de Kelsen[625]; hipótesis a la cual debe adicionarse el caso de aquellos daños producidos por cosas de propiedad del responsable.

Ahora bien, de modo coherente con la noción de sistema jurídico asumida como hipótesis de trabajo -y en sentido diverso al desarrollo kelseniano-, referir a una *conducta o hecho contrario a una norma jurídica* importa reconocer la existencia de una trasgresión a una pauta normativa que no necesariamente debe estar contenida en una regla sino que puede también estar estipulada como un principio jurídico, pues los principios jurídicos -que por definición son *mandatos de optimización*- resultan estructuralmentemente idóneos a fin de albergar expresa o implícitamente *normas directamente prohibitivas*[626].

El Concepto de Derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 155, traducción de la obra original de Hart *The Concept of Law* –Oxford 1961- por Genaro Carrió. Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 187.

[625] *Idem*, p. 177. Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 74.

[626] Este razonamiento permite superar, por una parte, las carencias del sistema kelseniano en el cual no tienen cabida las *normas directamente prohibiti-*

Repositorio Institucional

Con particular referencia a la responsabilidad jurídica, la C.S.J.N. ha afirmado en el precedente *Santa Coloma* que el principio *alterum non laedere* reconoce raigambre constitucional, pues el *derecho a no ser dañado* -y *a ser reparado* en el caso de que el daño se produzca- deriva del principio contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional al momento en que somete a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que perjudican a terceros[627]. En igual sentido, en el precedente "Motor Once S.A.", el Alto Tribunal, haciendo suyo el dictamen de la procuradora fiscal, consideró que el principio constitucional que tutela la propiedad –art. 17-, fundamenta el derecho a la reparación[628].

Sin perjuicio de la posibilidad de apelar a la existencia de otros principios constitucionales que prohíben dañar a terceros[629],

---

vas de ciertos actos; y, por otra parte, la propuesta de Nino respecto a considerar a tales normas como presupuestas por los legisladores al dictar las normas que disponen sanciones para ciertas conductas. Cfr. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 184.

[627] Fallos 308:1160, "Luis Federico Santa Coloma y otros c/ E.F.A.", en particular considerando 7°; véase también: Leonardi De Herbón, Hebe Mabel; *La regla naeminem laedere en el derecho constitucional*, en AA.VV. La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg-, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 92. Sagüés, Néstor Pedro; *Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación*, E.D. lunes 2 de junio de 2003, ps. 1/3. En igual sentido, Aída KEMMELMAJER de CARLUCCI, "El Derecho de Daños en el marco del Derecho Constitucional", AA.VV., *Las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, en honor a J.B. Alberdi*, RAP, año XXVI-309, ps. 178/179; Ricardo LORENZETTI, "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", L.L. 2003-C, ps. 1184/1198.

[628] Fallos 310:943. Particularmente en el dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte por mayoría hace suyo, *passim*. Véase, María G. REIRIZ, "Fundamentos Constitucionales de la Responsabilidad del Estado", AA.VV., *Las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, en honor a J. B. Alberdi*, RAP, año XXVI-309, ps. 245/255.

[629] Por ejemplo, los derechos implícitos del artículo 33 de la C.N.

Repositorio Institucional

la tutela que la Constitución dispensa a la vida y a la propiedad -de acuerdo a la jurisprudencia del Alto Tribunal- resulta comprensiva de todos los daños potencialmente ocasionables a las personas (patrimoniales y extrapatrimoniales), en razón que, mientras la tutela de la vida importa como corolarios lógicos la protección de la dignidad, la integridad y demás aspectos vinculados con el desarrollo de la personalidad; la protección de la propiedad incluye el resto de los intereses apreciables susceptibles de ser dañados por terceros -al menos en los términos de definición que la Corte emplea cuando alude al derecho de propiedad[630]-. Ésta es, por otra parte, la regla que emerge del artículo 1068 del Código Civil.

La conclusión que resulta del desarrollo precedente es que la noción de responsabilidad jurídica está atada a la condición que medie en el caso un *obrar ilícito dañoso*[631] que al perjudicar la vida o a la propiedad de otro transgredirá principios iusfundamentales que prohíben tal conducta[632].

Así, el anclaje de la regla *naeminem laedere* en el principio constitucional contenido en el artículo 19 permite acordar la condi-

---

[630] Precedente "Bourdie", Fallos 145:307.

[631] Dentro de tal contexto puede ser inscripta la afirmación de Bueres respecto a que *la antijuridicidad pertenece a la conducta y no al daño*, remitiendo a la lectura del artículo 1066 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados (1993), texto que expresa: *Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado.* Cfr. Alberto J. BUERES, *Derecho de daños*, hammurabi, Bs. As., 2001, p. 479. Véase también su comentario al artículo 1066 del Código Civil en la obra *Código Civil y normas complementarias; análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3 A, Alberto BUERES –dirección-, Elena I. HIGHTON –coordinación, *passim*.

[632] La cuestión de las conductas autorreferentes y la protección o prohibición constitucional de dañarse a sí mismo y a las posesiones propias excede el desarrollo propuesto para este trabajo.

Repositorio Institucional

ción de *mala prohibita* a todo acto que causa un daño a otro; o bien, dicho de otro modo, transforma en un principio normativo la regla del artículo 1066 del C.C., positivizando el precepto que manda no dañar a otro en razón del carácter *mala in se* de tal conducta, de modo conteste con la atipicidad característica de los ilícitos civiles[633].

a.2. Responsabilidad y punibilidad

Tal como se ha expresado, *responsable* es quien debe resarcir las consecuencias de un *obrar ilícito dañoso* propio o de otro por el cual está obligado normativamente, o de los daños causados por cosas de su propiedad; noción que recepta la idea del *ilícito punible* reflejada en la regla contenida en el artículo 1067 del C.C., a tenor de la cual el obrar antijurídico no genera responsabilidad si no causa daño.

En el sentido expuesto, la idea de *responsabilidad* implica, al menos en una primera aproximación, reconocer la vigencia de un derecho -titularizado por el sujeto dañado-, a obtener del responsable una reparación del perjuicio mediante el ejercicio de una acción procesal[634].

Presupuestos necesarios para el progreso de la acción de daños serán la existencia de una relación causal adecuada entre el daño y su hecho u omisión generadora, como así también su conse-

[633] Cfr. Carlos ECHEVESTI, "El lenguaje y la ciencia jurídica del daño", en la obra colectiva *La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 79. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 174.

[634] Derechos subjetivos comprendidos como acciones procesales o derechos a demandar el resarcimiento de los daños. Cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 179. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 205. DWORKIN, *Los Derechos en serio*, cit., p. 100.

Repositorio Institucional

cuente atribución al responsable –directo o vicarial- mediante un factor de imputación legalmente receptado[635].

No obstante, la acreditación puntual de los presupuestos de la acción de daños no implica *per se* que sea dable obligar judicialmente a su causante a reparar, en todos los casos, el perjuicio ocasionado, pues existen circunstancias –consentimiento del damnificado, legítima defensa, estado de necesidad, obediencia debida, etc.- en las cuales aun mediando la comisión de actos antijurídicos dañosos no es posible sancionar a sus autores.

Ahora bien, que el ilícito dañoso no sea punible no significa necesariamente que el obrar dañoso esté justificado, es decir, que pierda su condición de obrar ilícito. En este sentido, es dable considerar que en diversas hipótesis de actuaciones previstas normativamente como no punibles, el daño no resulta resarcible sólo en consideración a las circunstancias en las cuales obró el dañador, circunstancias que lo excusan de reparar el perjuicio causado sin que esto implique aceptar la licitud de su actuación.

En otras palabras, el sistema jurídico no otorga al causante del daño –en los casos bajo examen- una *autorización* para obrar ilícitamente ni un *permiso* para causar daños en una circunstancia concreta, sino que lo exime del deber de reparar las consecuencias de su obrar ilícito dañoso en mérito a las circunstancias en las que ha obrado[636].

---

[635] No sólo los factores subjetivos mencionados en el artículo 1067 del C.C. –culpa y dolo-, sino también los factores objetivos receptados en otros artículos del código, tales como el riesgo creado, la equidad, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos, etc.

[636] Esto es así en la medida en que se acepte que lo antijurídico es causar daño a otro, no el daño en sí ni la sola actividad orientada hacia la causación del perjuicio; *lo antijurídico es la conducta o el hecho que tiene por resultado la causación de un perjuicio.*

Repositorio Institucional

Del modo expuesto, si bien es factible aceptar la distinción entre *excusa* y *justificación*, asumiendo que la conducta justificada, a diferencia del daño *excusado* de sanción, es en principio lícita, pues el sistema jurídico no tendría intención de impedirla –v. gr. *matar en legítima defensa propia*-; resulta difícil de reconocer, en su condición de excepción a un principio jurídico[637], como una conducta que pueda ser alentada dada su hipotética licitud[638].

Desde la doctrina civil, la posición clásica ha sido expuesta por Orgaz a cuyo juicio la ilicitud deriva de la disconformidad del acto con el derecho objetivo considerado en su totalidad, razón por la cual un acto contrario a una determinada norma jurídica puede estar, sin embargo, justificado por otra norma jurídica y no resultar, por tal causa, antijurídico[639]. En igual sentido, se ha expresado

---

[637] En el caso, el que ordena *no matar* como expresión singular del principio que prohíbe causar daño a otro.

[638] Cfr. Genaro R. CARRIO, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, cuarta edición corregida y aumentada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, p. 266. Piénsese, por ejemplo, en el caso del médico diplomado que practica un aborto consentido a fin de evitar, empleando el único medio que juzga eficaz, un peligro para la vida de la madre –artículo 86, inciso 1º, del código penal argentino-, ¿resulta su actuación *justificada* o *excusable* de sanción?, ¿puede decirse que se está en tal caso ante una conducta que el sistema jurídico no tiene intención de prohibir?; parece claro que la respuesta correcta es de ardua obtención, pues en gran medida depende de la forma en que se asuma la estructura del sistema jurídico.

[639] Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible (Actos ilícitos)*, 2° edición revisada y actualizada, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1960, p. 17, en particular, nota a pié de página Nº 1. Si bien Orgaz ha afirmado, en la página 21 de su citada obra, "*También la ilicitud de un acto es independiente de las circunstancias concernientes a los sujetos que realizan la acción; así, el acto contrario al derecho es siempre y por esto sólo ilícito; aunque haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que haya obrado sin culpabilidad lo que no habrá en estos casos es punibilidad para el agente:... Pero la aplicación de la pena o la obligación de resarcir no son elementos de la ilicitud o antijuridicidad, sino solamente dos de las eventuales consecuencias que puede acarrear el acto ilícito*" –énfasis agregado-; ha expresado también que "*En principio, toda acción u omisión que causa un daño a otro, en su*

Repositorio Institucional

desde el perfil de la dogmática penal que "*... la antinormatividad (tipicidad) no pasa de ser un indicio de antijuridicidad puesto que sólo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la acción. Toda vez que los preceptos permisivos capaces de neutralizar el indicio de prohibición de la antinormatividad (causas de justificación o de licitud) no proceden sólo del campo penal sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico, la antijuridicidad es una característica del delito que no es exclusivamente penal sino que está dada por la totalidad del orden jurídico*"[640].

Sin embargo, desde el perfil de la tesis que estima de ardua aceptación la posibilidad de justificación, por medio de reglas jurídicas, de conductas concebidas *a priori* como ilícitas desde el perfil

---

persona o bienes, es contraria a derecho, esto es, ilícita (art. 1109). Por excepción, y atendiendo a circunstancias especiales, la ley justifica aquella acción u omisión y la considera, en consecuencia, lícita", La ilicitud (extracontractual), Marcos Lerner editora, Córdoba, 1° edición, 1973, 1° reimpresión 1974, p. 47. Véase también, Luis MOISSET De ESPANÉS, "El acto ilícito y la Responsabilidad Civil", en la obra colectiva *La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg,* Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 97.

[640] Eugenio R. ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General,* EDIAR, Bs. As., 2003, p. 591. En igual sentido se expide Luis C. CABRAL, en su obra *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos,* segunda edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., reimpresión, 1997, ps. 107/108, expresando *"La justificación es la contrapartida de la antijuridicidad, su opuesto. Una acción justificada nunca puede ser considerada contraria al derecho, precisamente porque su esencia consiste en ser conforme a el".* Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal,* t. II, parte general, 2º edición, 4º reimpresión, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p. 87, expresa *"La acción que reúne objetivamente todos los requisitos de una causa de justificación está de acuerdo con el derecho. Y siendo lo antijurídico uno solo, la acción es lícita para todo el ordenamiento legal. Por tanto, el acto no acarrea consecuencias penales de ninguna naturaleza, ni puede haber daño resarcible".*

Repositorio Institucional

evaluatorio de los principios normativos de jerarquía constitucional[641], pueden proponerse los siguientes argumentos:

En primer lugar, el código penal, sector normativo de aplicación al caso junto al estatuto civil[642], refiere en su artículo 34 que ciertas personas que *a priori* han incurrido en acciones típicamente antijurídicas *"no son punibles"*, sin formular un juicio de juridicidad de la acción delictiva[643], limitándose a afirmar que ciertos sujetos, dadas las condiciones personales –falta de discernimiento- o coyunturales –defensa propia o de terceros, estado de necesidad, etc.- en que actuaron, no son punibles, es decir, no son susceptibles de ser sancionados[644].

---

[641] Distinto es el caso, tal como se verá más adelante, de la justificación otorgada por un principio constitucional.

[642] En particular, el artículo 1071 del C.C. reitera la regla contenida en el art. 34 inc. 4° del C.P. al prescribir que *"el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto*. Véase también BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1984, T. 5, p. 6, comentario al artículo 1066 a cargo de la Dra. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, § 10.

[643] Parece claro que, sin perjuicio de que el sujeto describe en su acción la conducta prevista en el tipo, su obrar no es "culpable" –al menos en casos tales como el de la legítima defensa-, evento que impide imputarle el delito. No obstante, que el obrar sea inculpable no parece afectar su ilicitud *a priori*, es decir, independiente de las circunstancias en las que actuó.

[644] No obstante, es claro que esta premisa podría ser atacada desde el sector de la doctrina penal que distingue entre causas de justificación y causas de inimputabilidad, afirmando que el artículo 34 del código penal contiene ambos tipos de causas, pese a referir literalmente a quienes "no son punibles". Así, por ejemplo, Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, TEA, 5º eidición actualizada por Guillermo J. Fierro, Bs. As., 1988, p. 409, afirma *"El C.P. contiene las causas de justificación entre otras de inimputabilidad, en el artículo 34, encabezado por el enunciado genérico "No son punibles…". Esta expresión no puede ser valorada como una manifestación doctrinaria del legislador, en el sentido de que las causas*

Repositorio Institucional

En segundo término, desde el perfil de análisis de la definición de acto ilícito asumida, el efecto operativo de una *excusa* consistiría en desvincular a la acción antijurídica de la sanción para ella prevista en la norma; sin necesidad de justificar la conducta dañosa a fin de tornarla lícita, pues la ilicitud *a priori* del acto no constituye un extremo discutido[645].

Tercero, según se ha expuesto, el principio normativo de clausura contenido en el artículo 19 de la C.N. incluye dentro del *ámbito deontológico de lo prohibido* a las acciones de los hombres que dañan a terceros; entonces, afirmar la vigencia de una *autorización o permiso normativo* para causar un daño mediando ciertas circunstancias justificatorias del acto, requeriría de la existencia de otro principio normativo de similar jerarquía que contuviera la

---

de justificación sean dogmáticamente meras causas de impunidad pero que dejan subsistente la ilicitud intrínseca del acto. Esta pedestre interpretación literal llevaría a afirmar que el cumplimiento de la ley y la actuación del derecho son fundamentalmente injustos, aunque impunes, ya que están enumeradas entre las causas de impunidad". Para el autor citado, "*En un empeño por distribuir de modo sistemático esas distintas causas de justificación (cumplimiento de la ley, ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, legítima defensa y estado de necesidad) veríamos que, en el fondo, las fuentes de jutificación son dos: la ley y la necesidad*", *idem*, p. 410.

[645] En torno a esta cuestión, en su citada obra *La ilicitud*, Orgaz expresa que dentro del esquema lógico-formal de principio y excepción, no debe entenderse que "*… una acción u omisión, en sí ilícita, se convierta en lícita por virtud de la causa de justificación. No hay conversión alguna a este respecto, y lo exacto es afirmar que los actos lícitos y los ilícitos lo son desde el comienzo, sin que los unos deriven de los otros. Ambos constituyen categorías igualmente principales y, por tanto, independientes*", p. 48. Una posición diversa es la manifestada por Roberto H. BREBBIA, "Responsabilidad civil e ilicitud", E.D. (1980) ps. 903/906, autor que afirma "*Las causas de exclusión de la ilicitud... hacen cesar también la obligación de resarcir los daños causados*".

Repositorio Institucional

autorización o el permiso[646], cuyo mandato debería ser derogatorio del mandato a tenor del cual está prohibido dañar[647].

Por último, ningún óbice lógico ni pragmático se opone a la aceptación del argumento jurídico de base constitucional según el cual: "*si Ud. causa un daño a otro obra de modo antijurídico pues transgrede un principio normativo y por tal razón será sancionado, a menos que una regla jurídica razonable lo exima del deber de reparar los daños que ha causado, en consideración de las circunstancias en las cuales Ud. causó ese daño*"[648]; a *contrario sensu* la edificación de un razonamiento según el modelo clásico importaría afirmar: "*aun cuando Ud. haya causado daños a terceros, trasgrediendo el principio constitucional que le ordena no hacerlo, es posible que su conducta no sea antijurídica, pues puede ocurrir que una regla justifique su acción*", razonamiento que colisionaría con el principio del artículo 19 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo afirmado, es posible pensar en las dificultades semánticas que la cuestión traída a debate acarrea, complejidad que resulta visible en las siguientes palabras de Núñez: "*La cesación de la prevalencia del Derecho que constituye el objeto atacado por el hecho típico, se explica … en virtud del principio de la regla y de la excepción: el hecho descripto por la figura delictiva, punible por regla, se ejecuta en determinadas circunstancias que "causan" u originan su justificación y, por esto, su impunidad.*

---

[646] NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., ps. 66/67.

[647] Sin embargo, podría sostenerse, en sentido contrario, que la defensa de la propia vida está implícitamente reconocida en otros principios constitucionales.

[648] En realidad, en relación con la existencia de una regla jurídica eximitoria es dable compartir el argumento de Orgaz en función del cual las causas de justificación –o razones de no punibilidad- no requieren ser expresas, pues importan un retorno al principio de libertad rector del sistema jurídico –arg. art. 19 C.N.-, cit., ps. 49/50.

Repositorio Institucional

Esas circunstancias particulares que transforman el hecho jurídicamente perjudicial por ofender un interés prevaleciente, en un hecho jurídicamente beneficioso, porque a costa de daño que ocasiona se resguarda otro interés más valioso que el de evitar ese daño, se denominan en doctrina causas de justificación"[649].

a.3. Responsabilidad y licitud: planteo

Según el desarrollo argumental antecedente, en las relaciones entre la responsabilidad jurídica y la antijuridicidad es posible distinguir tres hipótesis:

conducta antijurídica que no causa daños y, por tal razón, no genera responsabilidad –obrar ilícito no punible[650]-;

conducta o hecho antijurídico que daña a terceros obligando al responsable a reparar –obrar o hecho ilícito punible-; y,

conducta antijurídica que daña a terceros en circunstancias que eximen al responsable del deber de responder –obrar ilícito de autor no punible-, o que justifican su acción –obrar lícito, por ende, no punible-.

En la misma línea de análisis, las preguntas cuyas respuestas demanda este numeral son:

en primer lugar, si es posible concebir jurídicamente la existencia de conductas lícitas, es decir, conformes a derecho, genera-

[649] Ricardo C. NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, t. 1º, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959, p. 308.

[650] La posibilidad de concebir la existencia de *actos ilícitos no punibles* es la razón por la cual en algunas ocasiones se considera a la antijuridicidad como un elemento independiente del daño, a efectos de tener por configurada la obligación que nace de delitos y cuasidelitos –toda vez que haya relación causal adecuada e imputación a su autor-. Así, v. gr. la actuación *ultra vires* del mandatario siendo antijurídica puede no causar daños al mandante.

Repositorio Institucional

doras del deber de reparar –obrar lícito generador de responsabilidad-; y,

en segundo término, en caso de que la primera pregunta obtenga una respuesta positiva, cuál es la extensión que debe acordarse a la reparación en estos casos, o bien, expuesto de otro modo, si existe un deber jurídico que impone soportar parte del daño causado por el obrar lícito del agente –criterio de limitación del estándar de reparación integral que emana del artículo 1069 del código civil (también del artículo 1638 del mismo texto)-.

En torno a las cuestiones bajo análisis, parece claro que en el caso del obrar lícito dañoso, el resarcimiento a cargo del causante del daño no operaría a modo de sanción sino como una mera indemnización, pues no habría en el caso un acto ilícito que sirviera de antecedente de la sanción[651].

Por tal argumento, lo debatido en el caso de los llamados *actos lícitos dañosos* no es el *derecho a la reparación* titularizado por el sujeto dañado, sino el fundamento y el alcance del *deber de responder* cuando no media, al menos *a priori*, una infracción al sistema jurídico.

En tal sentido, si bien es dable encontrar referencias a *actos lícitos dañosos* provocados por civiles[652], los perfiles que el tema

[651] La afirmación guarda alguna conexión con la llamada *teoría de la indemnización de derecho público*, aunque en otro contexto sistemático de fundamento e interpretación; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, séptima edición, 2000, p. 360.

[652] Ver, ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 18, nota a pié de página Nº 2, con referencia al artículo 2553 del C.C., "búsqueda de un tesoro *propio* en predio ajeno". Cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 1066 a cargo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, § 17, ps. 22/23, texto en el cual se cita, entre otros ejemplos, la entrada forzosa en predio ajeno para construir o reparar un muro o realizar otra obra (art. 2627 C.C.), reparando los perjuicios

Repositorio Institucional

adquiere en el caso de la actuación del Estado son trascendentes desde un punto de vista social y están directamente vinculados con la tesis de este trabajo, razón por la cual serán enfocados centralmente. Además, sólo con relación a los daños producidos por el Estado a consecuencia de actos "*lícitos*" se suscita la cuestión de la extensión de la indemnización, pues, al menos en principio, en los casos civiles de responsabilidad por *acto lícito* no podría mediar un apartamiento del estándar de reparación integral tratándose de reglas contenidas en una misma ley.

a.3.1. Deber de soportar ciertos daños

No obstante lo expuesto, con carácter previo al desarrollo del problema del obrar estatal "*lícito*" dañoso, a fin de amojonar correctamente la cuestión debatida es necesario deslindarla del tema relativo al deber que compete a todos los ciudadanos de soportar los daños generales que son consecuencia de la vida en sociedad -*cargas requeridas por la solidaridad social*, en el lenguaje del Tribunal Cimero[653]–, o bien, *exigencias de la compatibilización del albedrío personal con la libertad de todos según una ley universal*, desde un perfil kantiano de análisis iusfilosófico[654].

Ese deber jurídico de tolerar ciertos daños -tales como el pagar impuestos, la pérdida de ventajas, placeres o comodidades[655];

causados al propietario del fundo. En igual sentido véase Eduardo ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., ps. 14/21.

[653] En el considerando 8° del citado precedente "*Santa Coloma*", la C.S.J.N. expresó, a modo de *obiter*, que: "... no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social".

[654] Cfr. Eusebi COLOMER, *El Pensamiento Alemán de Kant a Heidegger*, I, La Filosofía Trascendental: Kant; Herder, Barcelona, 1993, p. 285.

[655] Código civil, artículo 2620.

Repositorio Institucional

soportar molestias que no superen estándares corrientes; asumir riesgos generales, empresarios o propios de la actividad desarrollada[656]; o bien, *restricciones* entendidas como limitaciones públicas al ejercicio del derecho de propiedad privada[657]- no se vincula con el problema de la definición del *acto lícito dañoso* -sin perjuicio de que ciertos precedentes lo aludan como presupuesto negativo de procedencia de la acción reparatoria en tales casos- sino con la razón misma del derecho como sistema jurídico, pues es sentencia conocida que los derechos se ejercen conforme las leyes que los reglamentan – art. 14 C.N.- bajo la condición de razonabilidad de las mismas –art. 28 C.N.-.

De modo tal que el ejercicio de los derechos constitucionales inherentes a la vida, la libertad y la propiedad, tutelados por principios normativos de jerarquía constitucional, puede requerir su ponderación en un caso particular con otros principios normativos de similar condición tales como los que protegen la seguridad pública –caso del deber de armarse en defensa de la patria-, los deberes políticos –v. gr. presidir una mesa de votantes en un comicio- y la igualdad; o bien, el ejercicio socialmente funcional de la propie-

---

656 Cfr. Jorge I. MURATORIO, "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, ps. 86/88; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. X, cit., ps. 274/277. Cabe recordar que, según sentenció la C.S.J.N. en el viejo precedente "Establecimientos Americanos Graty S.A." (1938), Fallos 180:107, el ejercicio de un poder legal por el Estado, como el de crear impuestos o modificar los existentes, puede producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, pero esta circunstancia no es obstáculo para su legitimidad. Cfr. Julio R. COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2005, p. 1120.

657 No es este el caso de las *servidumbres*, cuyo establecimiento importa el ejercicio de un derecho real definido y el derecho indemnizatorio a favor del titular del dominio desmembrado.

Repositorio Institucional

dad privada –como ocurre en el caso de las restricciones impuestas a la propiedad en favor de intereses sociales relevantes-[658].

a.3.2. Supuestos examinados

Por lo tanto, el examen de los puntos en debate queda circunscrito a los supuestos de daños causados por el Estado en actuaciones *a priori* consideradas conformes a derecho, tales como: *a)* el daño expropiatorio; *b)* el que resulta para el ciudadano como consecuencia de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de un acto administrativo o, en su caso, de un contrato celebrado con el Estado-; *c)* el perjuicio particular derivable del cambio de una política económica o fiscal –lesión al crédito o a contratos previamente perfeccionados-; *d)* los daños que puede causar a particulares la construcción de una obra pública –autopistas o planes de escurrimiento de aguas-; o bien, *e)* la ejecución de planes urbanísticos –v. gr. declaración de zona residencial o zona industrial, monumento histórico, o cerramiento peatonal de un sector de la ciudad con el consiguiente perjuicio para los propietarios de cocheras, etc.-[659].

---

[658] Las cuales no resultan indemnizables salvo que graven *especialmente* el patrimonio de un individuo, como puede ser el caso de la transformación de una calle en senda peatonal con el consiguiente perjuicio particular del propietario de un edificio destinado a cochera radicado en esa zona. Parece claro que en tal caso, la situación de ese propietario es más atendible que la de un vecino al cual la senda peatonal le impide estacionar su automóvil frente a su vivienda –privación de una ventaja general-. Un dato interesante resulta de la confrontación del índice de la obra de BULLRICH *Nociones de Derecho Administrativo*, cit., conforme al cual el tema de la responsabilidad del Estado y el contencioso administrativo, tratados de modo conjunto, precede al capítulo de Obras Públicas, Expropiación y Poder de Policía.

[659] MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, T.1 –parte general-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 93.

Repositorio Institucional

a.4. Responsabilidad y licitud: tesis

De modo coherente con el desarrollo antecedente, se ha postulado en este trabajo que aceptar la existencia de actos dañosos obrados de conformidad al sistema jurídico demanda la vigencia de un principio normativo de nivel constitucional –de igual jerarquía al que prohíbe causar daños a terceros- que autorice o justifique la acción que provoca el daño.

La tesis expuesta requiere para su aplicación una labor de ponderación entre principios constitucionales, a la luz de las circunstancias del caso particular, diferenciándose así de la argumentación según la cual le asiste al Estado una competencia general para sacrificar derechos patrimoniales por causas de bien común[660].

A mayor detalle, la distinción es consecuente con el criterio de interpretación del sistema jurídico adoptado como hipótesis de desarrollo de este trabajo, de conformidad al cual existe una prevalencia política de lo justo formal frente a lo justo substancial[661].

---

[660] Julio R. COMADIRA, *La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima –Principio de Juridicidad y Responsabilidad del Estado-*, E.D., Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., 31 de octubre de 2002, p. 2. Pedro J. J. COVIELLO, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, E.D. Serie Especial de Derecho Administrativo, martes 29 de agosto de 2000, ps. 1/6. Véase también Ernesto BUSTELO, "Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?", en AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XI, Dike, Bs. As., 2005, ps. 385/391.

[661] Según la cita de Rawls glosada *ut supra*, las libertades básicas, "*[T]tienen un peso específico absoluto respecto a las razones del bien público y a los valores perfeccionistas*"; hecho que en la práctica implica que "*... una libertad básica puede limitarse o negarse únicamente a favor de una o más libertades básicas diferentes, y nunca... por razones de bien público o de valores perfeccionistas*".

Repositorio Institucional

a.4.1. Caso de la expropiación

El caso paradigmático de daño justificado es la expropiación por causa de utilidad pública declarada por ley, que constituye una autorización constitucionalmente otorgada al Estado como sujeto expropiante –o bien, al sujeto activo derivado[662]- para asirse de la propiedad privada, previa indemnización[663].

Ahora bien, asumir la justificación constitucional del daño expropiatorio no necesariamente significa admitir la validez irrestricta del criterio indemnizatorio acotado al valor objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, excluyéndose expresamente al lucro cesante –artículo 10 de la ley Nº 21.499-; este es un parámetro de resarcimiento establecido por vía legal formal cuya razonabilidad deberá confrontarse en cada caso[664].

Expuesto de otro modo, aceptar como un *a priori* razonable la limitación indemnizatoria resultante del daño expropiatorio, supuesta la calificación legal de utilidad pública, no importa renunciar a la visualización del caso particular que puede requerir de

---

[662] Cfr. Jorge L. MAIORANO, *La expropiación en la ley 21.499*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1978, ps. 35/36.

[663] Si bien técnicamente no cabría hablar de indemnización en los casos de licitud (a menos que se asuma a la indemnización como un instituto diverso a una sanción), la Constitución refiere expresamente a la indemnización como criterio de compatibilización elemental entre la potestad estatal expropiatoria y el derecho de propiedad privada.

[664] La posición expuesta guarda vinculación con la noción extensiva del concepto "valor objetivo del bien" empleada por la ley de expropiaciones, conforme lo expone CASSAGNE en su *Derecho Administrativo*, octava edición, 2006, ps. 621/625. Véase también, Juan A. CASAS y Horacio J. ROMERO VILLANUEVA, *Expropiación, Ley 21.499, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Bs. As., 2005, p. 51.

Repositorio Institucional

una solución que puntualmente demande el resarcimiento del lucro cesante[665].

a.4.2. Extrapolación de sus principios

El supuesto del daño expropiatorio, que involucra el ejercicio solemne de una potestad estatal encaminada directamente al acto de despojo[666] -cuya operatividad depende del cumplimiento de extremos constitucionalmente requeridos-, no es pasible de ser ex-

[665] Supóngase el caso de una pequeña fábrica de fideos que funciona en un inmueble centenario construido mucho antes de la traza urbana contemporánea y que, por tal razón, ha quedado ubicado en un lugar por el cual debería pasar una calle. Imagínese también que la rentabilidad comprobada de la fábrica de fideos sólo cubre el salario de los cinco empleados que en ella trabajan, más los gastos fijos y un mínimo beneficio del propietario. Qué ocurriría si el inmueble que, por su vejez carece de valor venal significativo (sobre todo por ser de adobe en una zona sísmica) es afectado a expropiación, fijándose el pago indemnizatorio con arreglo a los parámetros del art. 10 de la ley N° 21.499. Muy probablemente el propietario caería en ruina pues tal indemnización, que por definición excluye el *valor empresa en marcha*, le impediría sostener la fábrica durante el tiempo que demande su reinstalación, la cual, a su vez, le irrogaría nuevos y mayores costos; ¿sería razonable en este caso acotar la indemnización al daño emergente?.

[666] Tal como lo exponen García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 375. Véase también, Alberto B. Bianchi, *Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo*, E.D. t.111, p. 550, quien al respecto expresa "*La expropiación es un instituto de rango constitucional cuya determinación y perfeccionamiento exigen la necesidad de la intervención de los tres poderes del Estado ... La rescisión contractual, por el contrario, es tan sólo dispuesta por la Administración ... y no necesariamente está enderezada a ... la utilidad pública*". En igual sentido, véase Rodolfo C. Barra, *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, E.D. 122-859, en particular, ps. 867/873.

Repositorio Institucional

trapolado sin más a los otros casos sindicados como de responsabilidad estatal por actos *"lícitos"*[667].

Tal afirmación -en contra de la cual se elevan autorizadas voces que pregonan la llamada *fuerza expansiva de los principios expropiatorios* a la cuestión de los actos estatales *"lícitos"* que causan daños y que recibiera acogida jurisprudencial de parte de la C.S.J.N. en los casos "Laplacette", "Cantón", "Motor Once" y "Petruccelli"[668] y en el voto de la jueza Highton de Nolasco en el caso "El Jacarandá c. Estado Nacional"[669]-, resulta avalada por las reflexiones vertidas por los jueces Belluscio y Petracchi en el voto de mayoría del precedente "Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. v. Provincia de Buenos Aires", quienes descalifican la aplicación analógica de la norma en cuestión a la materia en examen, en razón

---

[667] Recuerda Pablo E. PERRINO en su artículo "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público (El reconocimiento del lucro cesante moderado)", que en el caso de la expropiación, según lo resolviera el Tribunal Cimero en el precedente "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/ expropiación" (1995), Fallos 318:445, no es válido el pago de la indemnización con bonos de consolidación. Este parámetro permite atisbar el alto estándar protectorio que la institución expropiatoria reconoce dentro del marco constitucional, *Cuestiones sobre Contratos* Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2007, ps. 353/369.

[668] "Laplacette, Juan c/ Bs. As. Prov. de", (1943) Fallos 195:66; "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ordinario" (1979) Fallos 301:403, en particular, considerando 8°; "Motor Once S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires" (1989), L.L. 1989-D-24, especialmente, dictamen de la procuradora fiscal seguido por el Alto Tribunal; "Petruccelli, Fidel c/ Municipalidad de la ciudad de Bs. As.", (1989) Fallos 312:956. Cfr. Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo –Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*- 2° edición actualizada y ampliada, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2003, Cap. XV, en particular, p. 406; MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., sexta edición actualizada, T. IV, p. 134.

[669] Previamente citado.

Repositorio Institucional

de la ausencia de ley formal en el caso del obrar estatal lícito dañoso, y del carácter excepcional de la restricción indemnizatoria en el caso de la expropiación frente a la regla general que ordena la reparación integral[670].

a.4.3. Sobre la "licitud" del acto dañoso

Profundizando el análisis, en las restantes hipótesis resulta de dudosa pertinencia la calificación de *daños provocados a consecuencia del ejercicio de una actividad lícita*, pues, tal como se ha afirmado, lo *antijurídico punible*, al menos desde una perspectiva civil[671], es causar daño a otro sin que medie en el caso una eximente de sanción; no es el daño en sí ni la actividad que culmina en la producción del perjuicio, el *obrar antijurídico pasible de sanción es la conducta* –de acción u omisión- *o el hecho que tiene por resultado provocar un perjuicio, con independencia de la voluntad del responsable*[672]. Es por ello que, según puede verificarse en los casos de los ejemplos usualmente referidos como daños derivados de ac-

[670] Fallos 312:2266 (1989), en particular, considerando 14.

[671] Argumento del artículo 1067 C.C. Sin embargo, cuando se ejerce la potestad punitiva del Estado, tanto la penal como la administrativo-sancionatoria, es dable considerar antijurídicas algunas actividades en sí mismas, con independencia del resultado dañoso que puedan producir o no; v. gr. exceder el límite de velocidad en ruta o traspasar un semáforo en luz roja, son actividades que responsabilizan al infractor haciéndolo pasible de sanciones con independencia de si su conducta ha causado daño o no. Otro ejemplo es el de la punición de la tentativa en materia penal.

[672] La objetividad del ilícito ha sido puesta de relieve por ORGAZ en su citada obra, cfr. p. 21. Una posición diversa a la postulada puede ser confrontada en la obra de Pedro J. J. COVIELLO, *La Protección de la Confianza del Administrado –Derecho Argentino y Derecho Comparado-*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, p. 462, en la cual, al definirse la *protección de la confianza legítima* se califica de *antijurídico* al daño, aceptando, al mismo tiempo, que su acto productor puede ser válido o inválido.

Repositorio Institucional

tos estatales *lícitos*, mediando la producción de daños a particulares no puede argüirse, a diferencia del caso de la expropiación, la existencia de un principio constitucional -ni siquiera de una regla legal[673]- que justifique ese obrar.

Así, a falta de un principio constitucional permisivo o autorizante, se han postulado como *fundamentos del deber de responder* -sobre la base argumental de la gestión en pos del logro del bien común que se asigna al Estado-, cuando no el bien común en sí mismo[674], el retorno a *la noción jurídica* clásica *de restitución*[675]; la solidaridad humana[676]; cuestiones de estricta justicia[677]; los principios del Estado de Derecho[678]; la preservación de la confianza legítima[679] –con particular referencia a los casos de responsabilida-

---

[673] Téngase presente que el artículo 18 de la LPA prevé el pago de una indemnización.

[674] ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 87.

[675] Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*; Tomo II, El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 250. En el sentido expuesto, expresa el autor citado que *"La obligación de reparar... nace no de una falta, ya que si ésta no existe, igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario reestablecer. Nace del daño, perjuicio que comporta una injusticia* [que] *debe ser reparada, puesto que ella es la perturbación del orden indispensable para la convivencia en sociedad"*.

[676] Pedro ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Assandri, Córdoba, 1946.

[677] Félix SARRÍA, *Derecho Administrativo*, 4° edición, Peuser, Córdoba, 1950.

[678] MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 724.

[679] COVIELLO, *La Protección de la Confianza del Administrado –Derecho Argentino y Derecho Comparado-*, cit., ps. 460/462, texto en el cual el autor esboza un concepto tentativo de confianza legítima en los siguientes términos, *"La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas,*

Repositorio Institucional

des derivadas de actos legislativos tales como modificaciones político-económicas o fiscales por normas de alcance general-; el resguardo de la igualdad ante la ley[680]; la aludida teoría de la indemnización; y, la teoría de la lesión antijurídica y resarcible[681].

A diferencia de las opiniones antes referidas, de conformidad a la tesis defendida –marginando del debate el caso de la expropiación- *el fundamento de la reparación de los daños causados en las situaciones erróneamente rotuladas como derivadas de la actividad "lícita" del Estado, es la trasgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que permite calificar como antijurí-*

---

declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y, en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización". Véase también, COVIELLO, *La confianza legítima*, E.D. t.177, ps. 895/922. Si bien es cierto que el autor aclara en su texto que la protección de la confianza legítima no puede justificar *por sí sola* la responsabilidad de Estado –p. 444-, al mismo tiempo afirma el rol determinativo de la posición subjetiva del particular que tal institución aporta, razón por la cual su invocación, aneja a los otros extremos de configuración de la responsabilidad estatal, es circunstancialmente posible y útil. Desde una perspectiva de análisis económico-jurídica, en términos similares a los expuestos por Coviello, véase, Celia WEINGARTEN, *La responsabilidad del Estado por la ruptura de la confiabilidad de las políticas económicas*, Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, ps. 285/294.

[680] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, séptima edición, Bs. As., 2002, T. I, p. 489.

[681] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 378.

Repositorio Institucional

dicas a tales actividades, al menos desde el perfil del sujeto dañado, perspectiva fundamental de análisis en la reparación de perjuicios[682].

a.5. Responsabilidad y licitud: aplicaciones

a.5.1. Revocación por razones de mérito

Dentro del marco conceptual señalado, la potestad revocatoria –artículo 18 *in fine* LPA-, importa una atribución de competencia al *poder ejecutivo* del Estado a fin de autorizarlo a revocar sus actos administrativos, con fundamento en las razones legalmente indicadas, sin necesidad de requerir venia judicial previa. De hecho, cuando se discute la posibilidad de revocar por razones de oportunidad, mérito o conveniencia un contrato celebrado por el Estado[683], el fondo del debate radica en discernir si el *poder ejecutivo* ostenta o no esa competencia en razón del alcance aplicativo de la LPA a los contratos administrativos[684], sin perjuicio de su

[682] En tal orden de ideas, visualizar el fenómeno reparatorio desde el perfil de la víctima es prioritario, aun cuando tal esquema de análisis no importe la exclusión absoluta de la condición del dañador; tal como surge de las reglas contenidas en los artículos 1069, 2 ° párrafo, y 1638 del C.C. A similar conclusión arriba Roberto H. BREBBIA en su artículo *Responsabilidad civil e ilicitud*, E.D. 88 (1980), p. 903/906, poniendo de manifiesto que *"El sistema de la responsabilidad civil persigue como principal propósito reparar el daño causado a la víctima"*.

[683] Algo similar ocurre cuando se revoca por las mencionadas razones un llamado a licitación; véase al respecto, Laura M. MONTI, "Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia", en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, ps. 346/358.

[684] En el caso de aplicación a los contratos administrativos, CASSAGNE propone denominarla *"rescisión unilateral sin culpa y por razones ajenas al contratista"*, cfr. *Contratos Administrativos*, 2º edición –con la colaboración de Estela Sacristán, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 155.

Repositorio Institucional

previsión actual en el artículo 12, inc. b), párrafo 2º del reglamento de contrataciones de la Administración Pública Nacional, contenido en el decreto delegado 1023/01[685].

Ahora bien, de conformidad a la tesis defendida, sin perjuicio de la licitud general del obrar revocatorio, la producción tangencial de un perjuicio singular en la esfera de protección patrimonial del sujeto revocado no puede ser definida como la consecuencia de un *obrar lícito* dañoso, pues al revocar el acto o contrato por razones de mérito, el Estado lesiona el derecho de propiedad del particular, trasgrediendo el principio constitucional que manda *no dañar a*

[685] Cfr. Héctor A. MAIRAL, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, E.D. Administrativo, 18 de septiembre de 1998, p. 11; Juan C. CASSAGNE, *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*, E.D. Administrativo, 23 de noviembre de 1998, p. 4; Héctor A. MAIRAL, "El aporte de la crítica a la evolución del derecho", E.D. Administrativo, 22 de diciembre de 1998, ps. 1/3 *passim*; Jorge SARMIENTO GARCÍA, "Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al "Contrato Administrativo", p. 9; Juan C. CASSAGNE, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo", E.D. Administrativo, 23 de marzo de 1999, ps. 1/6, *passim*; Rodolfo C. BARRA, *La sustantividad del contrato administrativo*, E.D. Administrativo, 23 de abril de 1999, ps. 1/7, *passim*; Alberto B. BIANCHI, "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)", E.D., Administrativo, suplementos del 28 de octubre –ps. 1/16- y del 26 de noviembre de 1999, en particular este último, p. 9.; Héctor A. MAIRAL, "La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano"; E.D. Administrativo, 30 de noviembre de 2000, ps. 1/7; Juan C. CASSAGNE, "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino", E.D. Administrativo, 30 de agosto de 2001, ps. 1/9; Ricardo RAMÍREZ CALVO, "Los poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el Derecho Público Argentino –Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense-", E.D. Constitucional, suplemento del 22 de octubre de 2002 ps. 1/3, y del 22 de noviembre de 2002, ps 2/6.

Repositorio Institucional

otro, circunstancia de la cual resulta su condición de antijuridicidad[686].

Por tal razón, la norma expresamente aclara que el ejercicio de esa competencia queda sujeta a la condición que se indemnice *los perjuicios que causare a los administrados*, aun cuando, en uso de un criterio inadecuado, se restrinja la reparación al daño emergente[687].

---

[686] La situación prevista en el artículo 18 *in fine* de la LPA no es centralmente distinta en sus efectos, al menos en principio, a la regulada en el C.C. con relación a los efectos de las obligaciones respecto del acreedor –arg. art. 505 C.C.-. Para confrontar la tesis con una perspectiva antagónica, véase, Tomás HUTCHINSON, "La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., *Contratos Administrativos*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, ps. 535/553, en particular, p. 544.

[687] De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N° 25.344 de emergencia financiera, sancionada en el mes de noviembre de 2000, *"Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional ... la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos"*. Esta regla permite inferir dos cuestiones, en primer lugar, declara la aplicación de la LPA a los contratos administrativos -al menos el título de la LPA en el cual está contenida la regla revocatoria-; en segundo lugar, sienta una premisa de tarifación del resarcimiento abiertamente contradictoria con las reglas civiles de reparación integral. Es dable señalar también, que el decreto delegado Nº 1023/01, dispuso, valiéndose de un medio violatorio del paralelismo de formas, una modificación a la regla de aplicación *analógica* de las normas del título III de la LPA a los contratos administrativos, ordenando su aplicación *directa*. A favor de la indemnización integral conforme a pautas equitativas confróntese Máximo Fonrouge, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., *Contratos Administrativos*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p 557. No obstante la actualidad del análisis legal precedente, no conviene soslayar que la C.S.J.N. ha expresado en el considerando 9° del citado precedente "El Jacarandá c. Estado Nacional" que *"... la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con*

Repositorio Institucional

Entiéndase bien que la interdicción del *daño a otro* como postulado constitucional de ilicitud importa, *en materia civil y en supuestos de daños patrimoniales imputados de modo indirecto según un factor objetivo de atribución*[688], el deber de reparar el perjuicio que se le ha causado, *no la imposibilidad fáctica de dañarlo*, pues esa potestad de sacrificio particular de un derecho patrimonial puede estar discernida válidamente a favor de un sujeto dado por una *regla legal razonable*[689], tal como ocurre con la norma analizada, cuya aplicación al caso depende de la *ponderación* de las circunstancias involucradas en los conceptos jurídicos, *a priori* indeterminados, *oportunidad, mérito y conveniencia*[690].

Entonces, decir que el funcionario, al revocar un contrato por razones de conveniencia, obra de modo lícito porque lo hace *intra vires*, a la par de afirmar que el Estado, que en el mismo acto sacrifica un derecho de propiedad, obra ilícitamente y por tal razón debe indemnizar, no es una contradicción en términos, pues el juicio de antijuridicidad de la acción estatal dañosa es un *a priori* contenido en la norma jurídica que lo obliga a indemnizar, evento

---

exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos, 306:1409, consids. 4° y 5°; 316:1335, consid. 20)".

[688] Pues otra cosa podrá postularse en el marco de la imputabilidad penal, o bien, en el caso de los daños civiles extrapatrimoniales o patrimoniales imputables según un factor subjetivo de atribución.

[689] Se trata de un sacrificio dispuesto por la ley de modo razonable, es decir, de la ablación procedimentalmente justa de un derecho, prescindente, por tal razón de una justificación finalista.

[690] Así, la resolución anticipada de un contrato civil implica la violación de un pacto que es para las partes como la ley misma, cuya sanción para el incumplidor resulta en una indemnización tasada por la ley, dispuesta por las partes en el contrato a modo de cláusula penal, o bien, discernida por el juez.

Repositorio Institucional

que viene fundado en el carácter objetivo –riesgo y garantía- de su responsabilidad como persona jurídica[691].

Lo expuesto en el párrafo precedente importa aceptar que -parafraseando la antigua fórmula inglesa- *The King* can *do wrong*, es decir, el Estado puede obrar antijurídicamente al tiempo de ejercer por medio de un representante suyo –imputación indirecta- una competencia asignada por una regla legal razonable, en cuanto el ejercicio de esa potestad culmina en un daño que, por imperativo de la misma regla, debe ser resarcido.

En el sentido indicado, el criterio de antijuridicidad de la actuación que involucra la ablación del derecho individual de propiedad del sujeto revocado, resulta del principio constitucional que ordena no dañar a otro y que autoriza a responsabilizar a la persona jurídica Estado, dado el carácter vicarial y objetivo de su responsabilidad, pese a la imposibilidad de imputar esa misma responsabilidad al funcionario que decidió la revocación. Así, en estos casos, a efectos civiles patrimoniales, el daño consumado se resolverá en el deber, a cargo del Estado, de indemnizar al sujeto perjudicado.

Desde el otro ángulo de análisis posible, ratificar la posibilidad de existencia de licitud en el obrar estatal dañoso implica asumir la vigencia del principio cuya negación instó la evolución de la responsabilidad estatal, es decir, importa asumir que, como el Estado no puede dañar dada su condición de sujeción a la ley, sólo hay responsabilidad estatal en los casos en que es posible imputar a sus mandatarios responsabilidad directa y subjetiva.

---

691 En términos del artículo 1071 del código civil, el obrar del funcionario constituiría el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal *que no puede constituir como ilícito ningún acto*-.

Repositorio Institucional

Es por ello importante insistir en que, afirmada la condición objetiva e indirecta de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, es lógica y prácticamente posible aceptar que en ciertos casos puede mediar responsabilidad estatal sin que exista, paralelamente, responsabilidad del funcionario público actuante, y que en estos casos la atribución de daños a la persona jurídica radica en la sanción dispuesta, *a priori*, por la norma que valora la antijuridicidad objetiva de la acción estatal ablativa del derecho individual de propiedad.

De otro modo, si se ratifica la licitud del obrar estatal dañoso, dado que no podría admitirse en el caso la existencia de una *sanción* oponible a un actuar lícito pues el ejercicio regular de un derecho propio no es apto por sí mismo para generar una obligación en el sujeto actuante, debe apelarse a la violación al principio normativo que establece que las cargas públicas deben ser impuestas de modo equitativo a fin de justificar la indemnización correspondiente. Ahora bien, aceptar que ha mediado, en el caso concreto del sujeto revocado, una trasgresión a un principio constitucional, dificulta en grado extremo la calificación de *licitud* con que se connota al obrar estatal, circunstancia demostrativa de la viabilidad argumental del enfoque sostenido en esta obra[692].

Una alternativa final podría consistir en tratar al daño resultante de la revocación por razones de oportunidad como un daño expropiatorio y justificar de tal modo su licitud. No obstante, para aceptar tal razonamiento debería guardarse, por un lado, el

[692] Aunque expuesta en otros términos, esta parece ser la raíz del disenso del profesor Cassagne con la tesis de Soto Kloss, jurista éste último que acepta en estos casos la existencia de un daño que obliga al resarcimiento, en tanto que para Cassagne el deber de reparar surge de la alteración del principio de igualdad, pues el daño no importa el fundamento del deber reparatorio sino un presupuesto de la responsabilidad. Véase al respecto la octava edición de la obra *Derecho Administrativo* del profesor CASSAGNE, p. 540.

Repositorio Institucional

paralelismo con las formas expropiatorias, y por otro, sostenerse la recepción constitucional de tal potestad, circunstancias ausentes en el caso de la legislación federal[693].

a.5.2. Políticas arancelarias y fiscales

En otro de los casos sindicados, el del cambio normativo de políticas económicas o fiscales, sólo se genera daños resarcibles cuando media un perjuicio especial en el afectado –condición elemental del daño resarcible-, sin que pueda predicarse la misma conclusión cuando el perjuicio ostenta tal generalidad que es padecido por toda la sociedad o por un sector mayoritario de la misma, circunstancia en la cual puede mediar un deber jurídico de soportarlo[694].

Así, en el caso del daño particular, la licitud del cambio de la política económica no modifica la antijuridicidad de la conducta que culmina en la causación del perjuicio singular, pues de lo contrario, si no hubiera trasgresión al principio que ordena no dañar a otro, no cabría resarcimiento alguno.

---

693 Distinto parece el caso del *taking* del derecho norteamericano, receptado en la enmienda V, *in fine*, bajo los siguientes términos "*... nor shall private property be taken for public use, without just compensation*". Según lo señala Laurence Tribe –*American Constitucional law*, second edition, Foundation Press, 1988, Mineola, New York, p. 595- a tenor de una cita clásica de Holmes "*while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recongnized as a taking*".

694 No obstante, esta afirmación debe ser confrontada en cada situación con el objeto de definir en concreto el grado de generalidad del perjuicio. Así, las normas que introdujeron profundas modificaciones en la política cambiaria y financiera durante los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002 ostentaron un grado de generalidad que, al menos en principio, no resulta obstativo del deber reparatorio a cargo del Estado.

Repositorio Institucional

Del modo expuesto, no es la legítima confianza en el mantenimiento de una ley lo que funda en el supuesto del particular dañado su derecho a ser reparado, sino el daño especial que tal situación ha generado a su propiedad[695].

Es dable aclarar, una vez más, que la validez constitucional de la norma que contiene la modificación a la política fiscal o económica puede ser completamente indubitable, y que aun así, este evento no alteraría la conclusión relativa a la antijuridicidad del daño derivado de la aplicación particularmente gravosa de esa norma general a una situación individual, pues, como se ha dicho, *lo antijurídico relevante, desde un perfil civil de punibilidad, es la conducta o el hecho que tiene por resultado la causación de un perjuicio, con independencia de la voluntad del responsable.*

a.5.3. Obras públicas y proyectos urbanísticos

Por último, en el caso de obras públicas o proyectos urbanísticos deben distinguirse al menos tres situaciones:

en primer lugar, la ejecución de las obras o el desarrollo de los proyectos en sí mismos, actividades cuya licitud es evidente;

en segunda instancia las privaciones generales de ventajas, comodidades, o la circunstancia de tolerar molestias que no trasgredan estándares corrientes y que sean consecuencias indirectas de dichas obras o planes, respecto de las cuales media un deber ju-

[695] Es doctrina de la C.S.J.N. que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que la derogación de una ley común por otra posterior no afecta derecho alguno emanado de la Constitución Nacional - Fallos: 244:259; 267:247; 273:14; 307:134; 308:885; 310:1080; 313:1007; etc.-. Sin perjuicio de ello, es dable reconocer trascendencia a la teoría de la *confianza legítima* en la determinación del deber reparatorio a cargo del Estado.

Repositorio Institucional

rídico de soportarlas, en los términos y condiciones antes expuestos;

y, *en tercer término*, los daños y perjuicios particulares que, vinculados por medio de una relación causal adecuada, deriven de la ejecución de los mencionados proyectos públicos, que, en la misma línea de análisis adoptada para los casos anteriores, tornan ilícitas a tales actividades de acuerdo al daño singularmente padecido por la o las victimas, en franca violación a la regla *naeminem laedere*; perjuicio que resultará indemnizable sólo si el sujeto dañador no puede argüir compensación del daño con el lucro o beneficio resultante del hipotético mayor valor que el inmueble pudiera adquirir a consecuencia de la construcción de la obra o de la ejecución del plan urbanístico.

A mayor detalle, abonando la tesis propuesta, la solución arbitrada es coherente con lo dispuesto en los artículos 2618 –estándares relativos a la normal tolerancia entre vecinos- y 2620 del C.C.[696].

---

[696] El citado articulo regla *"Los trabajos y las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios"*. Cfr. el precedente "Juillerat, Milton E. C Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", en especial considerando 4°, con nota de Alberto BIANCHI, "¿Son indemnizables las restricciones administrativas al dominio?", E.D. t. 123, p. 269. En torno a la misma cuestión, Beltrán GAMBIER, "El urbanismo y el derecho de propiedad en un fallo de la Corte", E.D. t. 126, ps. 823/827; "La actividad urbanística, la disminución del valor de los inmuebles y la responsabilidad del Estado (comentario al fallo "Cordés", C.Nac.Civ, sala "D", 19/12/88, E.D., t. 133, ps. 669/673); y, "La responsabilidad estatal por causas vinculadas a emprendimientos urbanísticos (autopistas urbanas) y el artículo 2620 del C.C. en un fallo de la Corte", RAP N° 136, ps. 26 y ss., que constituye un comentario al caso "Beccan, Manuel de Jesus c/ M.C.B.A", del 9/5/89. En el mismo orden de ideas véase Alejandro USLENGHI, "Planificación urbana y responsabilidad estatal", AA.VV., *Derecho Administrativo –obra colectiva*

Repositorio Institucional

a.6. Conclusión

A modo de conclusión puede afirmarse que, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, en las restantes hipótesis tradicionalmente calificadas como de *daños derivados de actos lícitos*, existirá -toda vez que se den los extremos atinentes al daño particular, imputación al Estado y relación causal adecuada- un acto o hecho *antijurídico* como antecedente necesario para la aplicación de la sanción indemnizatoria, pues mediará una violación al principio *naeminem laedere* sin una paralela justificación anidada en otro principio constitucional[697].

En tal contexto, parece importante reparar en que la dificultad de aceptar la condición de antijuridicidad de la actividad dañosa presente en las hipótesis de revocación por mérito de actos o contratos, modificaciones a políticas económicas o fiscales y planes de urbanización y obras públicas, radica principalmente en un *óbi-*

---

en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff-, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 503. Daniel SORIA, "Responsabilidad Estatal en el marco de la actividad urbanística, consideraciones y apuntes jurisprudenciales", *La responsabilidad del Estado*, RAP, año XXVIII – 326, Bs.As., 2005, ps. 415/436.

[697] Desde el perfil de análisis asumido, la requisición y la ocupación temporánea no deben ser asimiladas a la expropiación a los efectos de su consideración como actos lícitos dañosos. Un detalle a considerar es que hablar de *daños derivados de actos lícitos*, entraña una concepción jurídica a tenor de la cual, sin hacer mérito de la condición del daño –respecto al cual no se arriesga calificación- es dable separar el acto o la actividad dañosa del daño causado; doctrina difícilmente compartible en razón de que, tal como se ha expuesto, lo antijurídico no es la sola actividad ni el sólo daño sino la actividad que tiene por resultado la causación de un daño, con independencia de la voluntad de su autor. MOSSET ITURRASPE, en la p. 265 del t. X de su obra *Derecho de Daños*, transcribe un párrafo del fallo "Petruccelli, F.P. y otro c/ Municipalidad de Buenos Aires" (L.L. 1990-A-469), en el cual la C.S.J.N. se manifiesta a favor de la regulación *iuspublicista* de la llamada responsabilidad lícita estatal, alegando la insuficiencia de las normas de derecho privado a tal fin.

Repositorio Institucional

ce de carácter lógico que induce a asociar antijuridicidad con atribución directa e imputación subjetiva a título de culpa o dolo, es decir, *a vincular la idea de ilicitud con la intención de dañar*, en términos próximos al artículo 1071 del C.C[698].

Desde esa perspectiva, si un funcionario causa un daño obrando dentro del marco de competencias que le han sido atribuidas por una *regla jurídica razonable*, de modo tal que el ejercicio de esa potestad genera *tangencialmente* el sacrificio de un derecho patrimonial de un individuo[699], no cabría calificar de antijurídica a su acción, aun cuando la indemnización debida sea indubitable, pues ese obrar no sería más que el predicado de una facultad previamente conferida a ese agente[700].

Sin embargo, tal perfil de análisis no debe marginar el carácter objetivo de las responsabilidades vicariales, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, ni la consideración de la sanción como corolario de la conducta ilícita dañosa, *hipótesis en las cuales el juicio de antijuridicidad es formulado a priori por la norma* –

---

[698] Según afirma Eduardo ZANNONI "*... mientras la responsabilidad civil se desenvolvió pacíficamente dentro de los parámetros de lo que hoy denominamos factores de imputación subjetivos (dolo o culpa) pudo, quizá, sostenerse que no es ilícito o antijurídico el obrar inculpable*", *El daño en la responsabilidad civil*, 2° edición, Astrea, Bs. As., 1987, p. 5.

[699] La razonabilidad de la pauta atributiva de competencia deberá ser casuísticamente analizada.

[700] Está claro que el funcionario no busca, premeditadamente, dañar a un sujeto determinado, sino ejercer una competencia a fin de satisfacer el interés público radicado en el cumplimiento de la ley -cuya validez se acepta- a fin de operar la función administrativa del Estado; de otro modo su obrar sería irrazonable y su actuar estaría viciado de desviación de poder.

Repositorio Institucional

principio o regla- que manda al responsable a indemnizar al perjudicado, con independencia de su intención[701].

Así, aunque el funcionario no sea responsable, el Estado sí lo será, indirecta y objetivamente, conforme al criterio esbozado en el párrafo anterior, pues como bien dice Zannoni: *"La actividad riesgosa que es en abstracto lícita –o no antijurídica- deviene antijurídica cuando su potencialidad dañosa se concreta en daño"*[702].

Por otra parte, resulta claro desde el perfil justificatorio elegido que la violación al principio constitucional que impone igual consideración respecto de las cargas públicas –argüido por la teoría dominante a fin de justificar la responsabilidad por el llamado "acto lícito estatal"-, importa también una lesión a un principio normativo que, en sí misma, impide connotar como lícita a tal actividad dañosa.

Corolario de tal sentencia será la reparación integral del daño causado por el Estado, sin exclusión *a priori* del lucro cesante[703] (tal como lo afirma la C.S.J.N. en el considerando 9° del precedente "El Jacarandá" antes citado), pues al ceder la hipótesis de justi-

---

[701] Repárese en que es por esta razón que tales responsabilidades son calificadas como objetivas, circunstancia que si bien parece ser una verdad de perogrullo, resulta ardua de advertir en los casos puntuales. Expuesto en otras palabras, en los casos analizados, pese a la ausencia de responsabilidad directa y subjetiva del agente que obró dentro del marco de su competencia, el Estado –responsable vicarial- debe responder –objetivamente- porque la actividad desplegada por el funcionario ha generado perjuicios a un individuo; de este modo queda preservada la relación lógica que la teoría del derecho presenta entre la actividad ilícita dañosa y la sanción jurídica como su reproche inevitable.

[702] Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, cit. p. 7.

[703] Cfr. Luis ANDORNO, "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", AA.VV., *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, cit., p. 100.

Repositorio Institucional

ficación de la limitación –calificación de licitud de la actividad dañosa- debe ceder también su principal consecuencia aplicativa[704].

No obstante, parece evidente que la afirmación antecedente no será compartida por aquellos autores en cuya opinión la cuestión indemnizatoria en los casos de la llamada responsabilidad es-

[704] Cfr. Elías P. GUASTAVINO, "Indemnización por actividad lesiva del Estado", E.D., t.118, p. 190. Lo afirmado no importa desconocer la variada y sinuosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Cimero respecto a tal cuestión; así, mientras en el precedente "Corporación Inversora Los Pinos S.A." (1975) la Corte, por mayoría, sostuvo que la revocación por razones de mérito de una habilitación daba derecho a su titular a reclamar sólo el daño emergente de tal situación –considerando 19°-, Fallos 293:617; regla confirmada en el antes citado precedente "Cantón", aunque esta vez con fundamento en la ley de expropiaciones; en el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad", E.D. 111-550, (1984) -con nota de: Alberto B. BIANCHI, "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado"- el Alto Tribunal extendió la indemnización por revocación de un contrato, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, al lucro cesante derivado de tal rescisión. El *holding* del decisorio precitado fue revisado en la causa "Motor Once S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires", L.L. 1989-D-24, con nota de Macarel (1989), en la cual el Supremo Tribunal, siguiendo el dictamen de la procuradora fiscal, resolvió nuevamente la aplicación de la ley de expropiaciones y con ello la limitación del resarcimiento al daño emergente (véase: Augusto M. MORELLO, "El derecho de daños en la Corte Suprema", en la obra colectiva *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, cit., p. 145). El fallo antes referido fue parcialmente revisado en el previamente citado precedente "Juncalán" (1990). Por último, en el citado caso "El Jacarandá c/ Estado Nacional", de julio de 20005, mientras la mayoría del tribunal se inclinó por la evaluación de la extensión de los daños según un criterio casuístico –considerando 9°-, en lo que constituiría un retorno a la doctrina "Sánchez Granel"; el voto de la jueza Highton de Nolasco refirió a la aplicación analógica de la ley de expropiaciones. Para completar el análisis, véase, Tomás HUTCHINSON, "La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", cit., p. 549 - precedentes de la C.S.J.N. "S.A. de Tranvías Anglo-argentina" (J.A. 1965-VI-372); "Livio Porta c/ Ferrocarriles Argentinos" (1973), Fallos 286:334; y, "Pensavalle" (L.L. 1977-B-220)-.

Repositorio Institucional

tatal por acto lícito se desenvuelve dentro del marco de las relaciones de *justicia distributiva* razón por la cual la división del resarcimiento del perjuicio entre los miembros de la comunidad no debe marginar la consideración del beneficio que conlleva la causación de ese daño particular -aun para el individuo dañado-, beneficio que devendría de la gestión estatal a favor del bien común[705].

Profundizando esta conclusión, tal como se advirtiera *ut supra*, la reparabilidad parcial del daño expropiatorio, concebido como única hipótesis de perjuicio constitucionalmente justificado, no debería ser admitida como un principio absoluto sino como una mera pauta indicativa de razonabilidad sujeta a evaluación particular[706].

---

[705] Cfr. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 21. Opinión compartida por GHERSI, "Responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos", J.A. supl. Del 8/10/86 (1986-IV); con la cual disiente Augusto M. MORELLO, "Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito", E.D., supl. Del 7/10/86. Una perspectiva interesante es la que aporta el profesor italiano Renato ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., t. II, al afirmar "*... siempre que en el ejercicio de un poder se produce la lesión de una determinada esfera jurídica de los ciudadanos, el ente público tiene un deber de reparación económica de la lesión. Reparación que se traduce en una indemnización en el caso del ejercicio legal del poder, mientras que se traduce en resarcimiento propiamente dicho en el caso de actuación ilegal, y es conveniente recordar que la anotada diferenciación terminológica implica una diversidad sustancial, por diferente y mayor extensión del resarcimiento frente a la indemnización*".

[706] Según lo expresa la clásica regla contenida en el artículo 2511 del código civil, a tenor de la cual, *se entiende por justa indemnización no sólo el pago del valor real de la cosa sino también el perjuicio directo proveniente de la privación de la propiedad*.

Repositorio Institucional

b. Personalidad jurídica

b.1. La personalidad jurídica

De acuerdo al desarrollo anterior, responsable es quien es susceptible de ser sancionado en razón de un acto antijurídico dañoso cometido por él –responsabilidad directa- o por una persona a la cual está vinculada jurídicamente –responsabilidad vicarial o indirecta-, o por perjuicios causados por cosas de su propiedad.

Dentro de tal contexto definitorio, corresponde analizar la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, para lo cual resulta necesario esbozar, con carácter previo, la noción de *persona jurídica* como término antagónico al de *persona física*.

En este orden de ideas, de conformidad a la tesis de Hart, la *persona jurídica* es una construcción lógica que sintetiza un conjunto de enunciados que describen la conducta de ciertos individuos relacionados por medio de normas jurídicas[707].

Este concepto, coherente con las principales tesis lingüísticas de la analítica inglesa, da cuenta del poder sintetizador de la personalidad jurídica como concepto jurídico básico -explicando su proficua utilización por parte de los operadores jurídicos-, cualidad definitoria que permite proyectar sus alcances más allá del acotado margen semántico acordado a la noción por las tesis realistas, negadoras y de la ficción[708].

---

[707] Cfr. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., ps. 231/235. Véase también Juan F. LINARES, *Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 1986, ps. 199/204.

[708] Para un análisis detallado de las distintas teorías en torno a la noción de personalidad jurídica confrontar Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, t. 1 -actualizado por Víctor N. ROMERO DEL PRADO-, TEA, Buenos Aires, 1950, Capítulo IX, en particular ps. 683/715.

Repositorio Institucional

Por otra parte, esta noción parece coherente con la articulada en el Código Civil, pues si bien Vélez siguió la teoría de la ficción elaborada por Savigny -con la consecuente polémica en torno a la responsabilidad de las personas corporativas[709]-, la redacción actual del artículo 43 del C.C. -en particular la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica por los daños que causaren quienes las dirijan o administren, sus dependientes o las cosas de su propiedad- permite inferir pautas de alineamiento de la norma con la tesis hartiana.

b.2. El Estado como persona jurídica

El carácter de persona jurídica que el Estado reviste constituye un dato de evidencia normativa; así, el artículo 33 del C.C. declara personas jurídicas de carácter público al Estado nacional, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas.

La calificación de *públicas* otorgada a las citadas personas jurídicas importa una novedad respecto del texto original –versión previa a la reforma introducida en el año 1968 por la ley Nº 17.711- a tenor del cual el Estado era connotado como persona jurídica de *carácter necesario*, es decir de existencia política indispensable[710].

En tal sentido, en la nota al artículo en análisis, Velez señala que "*... el Estado y las provincias son personas civiles, personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, o sobre sus derechos a la par de los particu-*

[709] *Idem*, p. 686 y ps. 748/764.

[710] *Idem*, p. 716.

Repositorio Institucional

lares"[711]; dato al cual puede adicionarse la circunstancia que, en términos de la redacción original del código civil, tanto las personas de existencia necesaria como las de existencia posible debían ser creadas *"... con un objeto conveniente al pueblo"*, hecho que da cuenta de la difusión del interés público en las actividades públicas y privadas -al menos desde la perspectiva del codificador-, y del carácter meramente descriptivo de la condición de *públicas* según la caracterización actual del cuerpo normativo glosado.

Bajo tal ropaje, es decir como persona jurídica, el Estado se vincula con los particulares trabando relaciones jurídicas de base legal –formal y material-; o por medio de actos administrativos y actos jurisdiccionales; o bien contractualmente; o, en su caso, extracontractualmente –por acción u omisión-, causándoles daños por medio del obrar *intra vires* de sus representantes –funcionarios- o de sus empleados, o con las cosas de su dominio[712].

Con particular referencia al tópico de los perjuicios, de singular relevancia para este trabajo, el *Estado persona jurídica* debe responder por los daños que cause en su obrar o en su omitir, en los términos de los artículos 42 y 43 del C.C.; pues la consideración del *Estado* como *entidad política* –argumento que fundado en su rol de agente del bien común justificaría la aplicación de un esta-

---

[711] Agrega el codificador, *"Y este derecho no es nuevo: era el derecho administrativo del Imperio Romano, que en mucha parte ha llegado hasta nosotros. En Roma, el fisco podía ser demandado ante los jueces ordinarios. Mil leyes sobre sus privilegios en los juicios, demuestran que el Estado era considerado como persona civil..."*.

[712] Desde el perfil de análisis de la tesis asumida, no es dable referir a una doble capacidad del Estado, es decir, a una capacidad para actuar dentro del campo del derecho público y otra para actuar en el terreno del derecho privado, pues es claro que tal distinción de campos ha sido asumida como meramente didáctica. En contra, Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T. 1, ed. 1965, ps. 364/365.

Repositorio Institucional

tuto particular- resulta, al menos en principio, intrascendente desde la perspectiva de la víctima que demanda la reparación de un daño[713]. Esto significa que la condición subjetiva del dañador resulta *a priori* indiferente desde el perfil objetivo de análisis del daño cuyo resarcimiento se pretende[714].

En la dirección conceptual señalada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado en el precedente "Gunther, Fernando R. v. Nación Argentina" (1986) que "*... la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio*

[713] La expresión "*al menos en principio*" refiere a que, siendo el Estado una persona jurídica cuya existencia es necesaria, tal condición no debería ser obviada al momento de graduarse judicialmente la extensión del resarcimiento en caso de una condena por daños. En igual sentido se expide Jorge MOSSET ITURRASPE, *La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo*, AA.VV., *La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 766. Esta proposición fue expresamente receptada por la C.S.J.N. en el precitado caso "Sánchez Granel", en el cual se hizo aplicación de la regla limitativa de responsabilidad contenida en el artículo 1638 del C.C. Es dable indicar también que de la lectura del varias veces citado caso "El Jacarandá" se infiere el arduo escrutinio al cual la Corte somete una indemnización que, en caso de que hubieren mediado las probanzas pertinentes, pudiera haber resultado integral, es decir, inclusiva del lucro cesante –considerando 9°-. Tal hecho permite mantener la confianza en la discreción judicial a fin de evitar el uso de un baremo de base legal formal.

[714] En igual sentido, GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., p. 375; MOSSET ITURRASPE, "La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo", cit., p 763/764.

Repositorio Institucional

general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el artículo 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa..."[715].

El *holding* de la regla jurisprudencial transcripta ha sido reiterado en el precedente "Aquino"[716], en el cual, revirtiendo un decisorio anterior[717], la Corte Suprema convalida la tesis a tenor de la cual el deber de responder obedece a un criterio de unidad conceptual que, fundado en la regla *naeminem laedere*, anida en el artículo 19 de la Constitución Nacional y cuyas grandes líneas son desarrolladas por el Código Civil como esquema de justicia, es decir, como ámbito normativo común a la materia de daños.

c. Responsabilidad de las personas jurídicas

c.1. Modo de imputación indirecto

De acuerdo a las ideas vertidas en este capítulo, *la responsabilidad de las personas jurídicas* -asumido su carácter de construcciones lógicas- *es indirecta*, en atención a que los daños que le sean imputables resultarán de actos, hechos u omisiones de sus repre-

[715] Fallos 308:1118, en particular, considerando Nº 14 del voto de mayoría. Véase también, Hebe M. LEONARDI de HERBÓN, "La regla naeminem laedere en el derecho constitucional", cit., p. 90.

[716] Causa A. 2652. XXXVIII. "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", del 21 de septiembre de 2004.

[717] "Gorosito c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios" (2002).

Repositorio Institucional

sentantes –directores o administradores- o de sus empleados –dependientes-, o bien, del riesgo o vicio de cosas de su propiedad[718].

Tal es la regla que emana del artículo 43 del Código Civil[719], texto conforme al cual: "*Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos""*[720].

En el caso del Estado, los daños causados por actos u omisiones de los funcionarios públicos, o por hechos u omisiones materiales de los empleados públicos, o por el riesgo o vicio de cosas de propiedad estatal, repercutirán indemnizatoriamente en cada uno de los individuos que integran la sociedad como substrato real de

---

[718] NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 188. En igual sentido véase, Henoch D. AGUIAR, *Hechos y Actos Jurídicos –en la doctrina y en la ley-*, T. III, Actos Ilícitos, Responsabilidad Civil, 2, TEA, Bs. As., 1950, N° 116, ps. 140/143. El carácter *indirecto* de la responsabilidad de la persona jurídica Estado refiere a que el autor material del daño –el agente público- no se confunde con el obligado al pago del resarcimiento, es decir, con quien debe responder –en este caso el Estado-; sin aludir al otro uso posible de la noción de *responsabilidad indirecta*, asociada a la necesidad de entablar una acción contra el autor personal del daño a fin de lograr la comparencia en juicio del *responsable*, como ocurre en los casos de *citación en garantía* del asegurador; cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, "Responsabilidad del Estado", AA.VV., cit., p. 64.

[719] Por remisión, el artículo 1720 de C.C. reafirma la regla para el caso de las sociedades.

[720] Del modo indicado, la calificación de la responsabilidad estatal como *responsabilidad vicarial* permite su correcta anidación normativa, pues, en caso contrario debe apelarse a normas que refieren a los funcionarios públicos –concebidos como órganos- y no a la persona jurídica. Véase, BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As. p. 485.

Repositorio Institucional

la construcción lógica, siendo estos los responsables vicariales de tales perjuicios, es decir, quienes deberán afrontar la sanción haciéndose cargo de la indemnización a favor de la víctima[721].

Con ponderable precisión, los juristas franceses Aubry *et* Rau han expresado al respecto que: "*L´État, représenté pars le divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents ou serviteurs, dans l´exercice de leurs fonctions ou de leur service*"[722].

Así, la idea de responsabilidad vicarial edificada sobre la noción de representación responde al canon del artículo 36 del C.C., texto que en su primera parte recepta la doctrina del *intra/ultra vires*, manifestando que: "*Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio*", doctrina que ha sido calificada por Wade como *principio central del derecho administrativo*[723].

---

[721] En un sentido diverso, aunque no antagónico con el expuesto, Renato ALESSI, pese a criticar la teoría del órgano, esquiva la apelación a la teoría de la representación manifestando que la imputación de los daños operados por el funcionario público al Estado es *directa* en razón de que la acción del funcionario *constituye ejercicio de aquel poder que deriva del ordenamiento estatal, en cuyo presupuesto y en vista de cuyos efectos se creó precisamente la personalidad estatal* –cfr. su libro *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, cit., p. 510-, fundando en tal aserto el carácter directo de la responsabilidad de la persona jurídica.

[722] AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Francais*, quatrième édition, tome quatrième, Paris, imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie., 1871, p. 759. En igual sentido, dentro del contexto doctrinario nacional ha expresado Salvat que "*Las personas jurídicas... incapaces de actuar por sí mismas, sólo pueden adquirir derechos o celebrar actos jurídicos por intermedio de sus representantes*", cit., p. 744.

[723] WADE & FORSYTH, *Administrative law*, cit., p. 35, autores que expresan, "*The simple proposition that a public authority may not act outside its powers (ul-*

Repositorio Institucional

Por esta razón, los actos obrados por los funcionarios públicos *en ejercicio o con ocasión* de sus funciones, es decir, dentro de los límites del mandato, hacen responsable al Estado por los daños que de los mismos pudieran derivar hacia terceros[724].

c.1.1. Teoría de la representación

Del modo expuesto, el desarrollo argumental antecedente demanda –por razones de coherencia lógica con la noción asumida en materia de personalidad jurídica- la adopción de la teoría de la representación y el consecuente rechazo de la teoría del órgano[725].

En tal sentido, si bien la teoría del órgano cuenta con relevantes avales tanto desde la doctrina administrativa[726] cuanto

tra vires) might fitly be called the central principle of administrative law". El artículo 37 del C.C., abonando la idea de la representación insita en el concepto de persona jurídica, estatuye "*Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato*".

[724] Resulta trascendente tener presente que la adopción de la teoría de la representación -circunstancia que permite calificar a la responsabilidad del Estado como indirecta o vicarial-, no importa asumir la teoría de la culpa *in vigilando*, pues en el caso, la responsabilidad de la persona jurídica –conforme la tesis aceptada aquí en torno a tal concepto- es siempre de carácter objetivo. En otras palabras, afirmar la idea de representación en modo alguno impone asociarla al expediente de la culpa en la elección del representante; se puede predicar *culpa in vigilando* de la actuación de un funcionario público o del director de una sociedad anónima pero no de la persona jurídica Estado o de la sociedad anónima en sí.

[725] Confróntese la severa crítica al organicismo extremo realizada por Carlos A. ECHEVESTI, en su artículo "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", AA.VV., *Responsabilidad de los funcionarios*, Hammurabi, Bs. As., 2003. ps. 43/126, en especial, ps. 74/94.

[726] V. gr. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, cit., ps. 491/492; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, 7° edición, Lexis Nexis, Bs. As., p. 250; BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2; Ábaco, Bs. As., 2004, p. 111 y ss.; ESCOLA, Compendio de Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As.,

Repositorio Institucional

desde la doctrina civil[727] y la jurisprudencia[728], aceptar que una persona jurídica es una construcción lógica que sintetiza un conjunto de enunciados que describen la conducta de ciertos individuos relacionados por medio de normas jurídicas, induce a aceptar que sus directores y administradores –funcionarios en el caso del Estado- revisten la condición de representantes suyos, obligando a la persona jurídica toda vez que actúen dentro de los límites del mandato, es decir, dentro del ámbito de sus competencias[729].

1984, V. 1, ps. 251/256; DIEZ –con la colaboración de HUTCHINSON-, *Manual de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 37.

[727] V. gr. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 491; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. III, El acto ilícito, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 473.

[728] Expresó el Tribunal Cimero en el precedente "Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de marzo de 2007, considerando 6, "*La responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, 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, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321: 1124)*".

[729] La crítica a tenor de la cual la imposibilidad de adoptar la teoría de la representación en la relación funcionario – Estado radica en la carencia de carácter imperativo del mandato a otorgar a ciertos funcionarios –v. gr. legisladores-, como así también, en la irrevocabilidad de ese mandato durante el periodo de su vigencia (cfr. Carlos F. BALBÍN, *Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad autónoma de Bs. As.*, cit. p. 261) parece excesivamente genérica. Por un lado, la estrictez con que se mira en el caso a la noción de mandato conspira contra la condición preclara de los legisladores como *representantes* del pueblo, pues vale afirmar que si de alguien puede predicarse la condición de *representatividad* es de los legisladores; por otra parte, no parece dable concebir a la irrevocabilidad

Repositorio Institucional

Un aspecto de consideración insoslayable en torno al punto en cuestión es que, si bien a los efectos de determinar el posible vicio de incompetencia que pueda afectar a un acto administrativo, es dable considerar la regla de la especialidad[730], en el caso de daños provocados por actos u omisiones de funcionarios públicos, una pauta normativa *clara y distinta* –referida en principio a los directores de sociedades comerciales aunque extensible a modo de estándar a los actos de los funcionarios públicos-, que autoriza imputar daños a la persona jurídica Estado, es la contenida en el artículo 58 de la LSC que al respecto establece que el administrador o representante de la sociedad obliga a ésta *por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social ... salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción a la representación plural*. A mayor detalle, el empleo de este *estándar de representación aparente* permite superar la vaguedad de la expresión *"o con ocasión de sus funciones"*, empleada por el artículo 43 del C.C. en su primera parte y criticada con acierto en doctrina[731].

---

de tal mandato como un principio absoluto, en tanto es posible que un legislador sea removido de su banca siempre que se cumpla con los imperativos constitucionales pertinentes. Así, la configuración *sui generis* de ciertos modos de representación pública no parece alterar fundamentalmente la idea de mandato que en ellos subyace.

730 Cfr. COMADIRA, *Derecho Administrativo –Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios-*, cit., p. 14.

731 BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As. ps. 485/486. El profesor GORDILLO, adhiriendo en líneas generales a la teoría del órgano, aunque con marcadas sutilezas argumentales, afirma que: "*... basta con establecer que la actuación del funcionario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado, y que por lo tanto su acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado: esto es así ... sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo*"; *Tratado de Derecho*

Repositorio Institucional

Por otra parte, el estándar de imputación esbozado resulta útil a efectos de superar el óbice para la atribución a las personas jurídicas de los daños obrados por sus representantes al margen de la voluntad negocial, es decir, en el campo de la ilicitud –cfr. C.C. arts. 1869 y 1870 1°-, a la vez que permite diluir la rigidez propia de la categorización estricta entre *directores* y *administradores*, a cuyo tenor el *administrador* puede ser un subordinado o dependiente carente de aptitud para imputar a la persona jurídica las consecuencias de su obrar aquiliano dañoso[732].

Administrativo, t. 1, parte general, Fundación de Derecho Administrativo, 4° edición, 1997, XII-5. Es que, tal como lo expresara el profesor italiano Renato ALESSI, "*... la imputación es admisible en tanto que la acción del funcionario aparezca formalmente como ejercicio de un poder estatal aunque el acto se dicte de forma ilegal o por un órgano incompetente, o, incluso, para una finalidad de interés puramente privado, mientras que, repito, formalmente aparezca como ejercicio de un poder del ente. Cuando, por el contrario, la acción del funcionario deje de aparecer formalmente como ejercicio de un poder estatal, cesa la posibilidad de imputar al Estado los efectos de la acción del funcionario, quedando sólo la mera imputación a la persona física del agente*", véase su libro *Instituciones de Derecho Administrativo*, t.II, cit., p. 510. El criterio adoptado permite rechazar la tesis que sostiene el carácter directo de la responsabilidad estatal por acto lícito, en tanto que indirecto cuando la actuación es ilícita; cfr. Elías P. GUASTAVINO, "Indemnización por actividad lesiva del Estado", E.D. t. 118, p. 190. Confróntese también la obra del profesor MAIRAL *Control Judicial de la Administración Pública*, volumen 1, Depalma, Bs. As., 1984, ps. 24/36, en la cual se describe la evolución de las doctrinas de la inmunidad soberana y de la responsabilidad personal del funcionario público por su actuación ilícita en el sistema norteamericano.

[732] Cfr. Atilio A. ALTERINI, Oscar A. AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones –civiles y comerciales-*, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 765. A mayor detalle, pretender que la atribución de la condición de *órganos* de la persona jurídica a sus directores permite superar la limitación civil relativa a la imposibilidad de imputación al mandante de los actos ilícitos obrados por el mandatario –tal como parece inferirse del texto citado- resulta inconsecuente con una noción claramente inteligible de la personalidad jurídica.

Repositorio Institucional

En sentido contrario, asumir la teoría del órgano implicaría enrolarse en una vertiente realista de conceptualización de la persona jurídica, que, fundada en las ideas de Gierke[733], visualiza a las personas corporativas como personas reales "... *formadas por seres humanos* organizados *para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción, que no es una simple suma de voluntades humanas, sino ... una voluntad nueva y superior, con voliciones propias, diversas de las particularidades de sus miembros y administradores, que son los órganos necesarios de esa voluntad colectiva, por medio de los cuales se manifiesta y realiza*"[734]; perspectiva antagónica no sólo con la idea de persona jurídica antes expuesta, sino también con la concepción rawlsiana de Estado desarrollada al comienzo de este capítulo, en mérito a la cual el Estado no es una comunidad ni una mera asociación.

---

[733] Mario Justo LÓPEZ, siguiendo una clasificación de Gettell, incluye la tesis de Gierke dentro de las teorías organicistas psíquicas, las cuales encuentran en los elementos existentes en la "comunidad política" una manifiesta similitud con los elementos automáticos y voluntarios de la psicología humana, *Introducción a los Estudios Políticos*, Depalma, Bs. As., 2° edición ampliada, 1992, V. 1, p. 205. Por otra parte, con referencia a la dicotomía órgano persona-órgano institución, el autor afirma en la citada obra -volumen II, p. 276-, que *"Para algunos la palabra órgano debe reservarse para este último (el órgano institución) y el primero debe ser simplemente considerado la persona titular del mismo. En la realidad concreta, sin embargo, el órgano individuo se presenta identificado de tal modo con el órgano institución que no es posible mantener permanentemente esa diferenciación terminológica"*.

[734] SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, t. 1, cit., p. 707. Desde la doctrina civil, MOSSET ITURRASPE se expide a favor de la teoría del órgano, Derecho de Daños, cit., T. X, ps. 157/160.

Repositorio Institucional

c.1.2. Distinción entre funcionarios y empleados

Una última cuestión a abordar en este acápite, íntimamente vinculada al problema de la representación, es la relativa a la distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos.

En tal sentido, asumida la teoría de la representación en detrimento de la teoría del órgano, ésta impone discernir entre funcionarios públicos –representantes de la persona jurídica Estado- cuya gestión puede provocar daños que deriven de actos (administrativos, legislativos y judiciales) u omisiones formales o materiales, y empleados públicos –dependientes de la persona jurídica Estado- cuyo obrar u omitir material –hechos- puede causar perjuicios a terceros[735].

Si bien esta distinción no modifica el criterio de imputación indirecta de los daños a la persona jurídica, pues éste se mantiene en ambos casos[736], hace aplicable el artículo 42 del C.C. en el caso de daños provocados por funcionarios públicos y el artículo 1113 del mismo cuerpo normativo en el caso de perjuicios causados por empleados públicos; de modo coherente con las enseñanzas de Bielsa, en cuya opinión *"... la diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una "delegatio", transmitida en principio por la ley ... [R]respecto del empleado sólo hay una vinculación interna, al paso*

[735] Cfr. BARRA, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", E.D. t. 112, p. 861, este autor acepta la teoría del órgano aunque circunscripta a los funcionarios que *hayan recibido atribución de competencia para emitir actos con efectos jurídicos sobre los administrados.*

[736] Esta premisa requiere de ciertas precisiones, pues en opinión de algunos autores que aceptan la diferenciación entre funcionarios y empleados públicos, al entender que los funcionarios son órganos del Estado en tanto que los empleados son dependientes de tal persona jurídica, afirman el carácter directo de la responsabilidad del Estado en el primer caso e indirecto en el segundo caso. Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. III, El acto ilícito, cit., p. 473.

Repositorio Institucional

que con el funcionario hay una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo ... [L]a distinción entre funcionarios y empleados tiene una base jurídica, y especialmente en la esfera administrativa, tan evidente, tan fundada y tan necesaria por su valor práctico que es realmente absurdo negarla"[737].

Dentro del mismo contexto discursivo, la posición asumida debe afrontar la critica del profesor Gordillo, a instancias de la cual, conceptualmente no es dable distinguir entre funcionarios y empleados públicos pues *no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar*, dando como ejemplo, entre otros, el caso del agente de policía que actuaría como funcionario al dar la orden de detención de un sospechoso o al detener el tránsito y como empleado al trasladar un convicto a tribunales o llevar un expediente a otra oficina; opinión que el autor glosado avala legalmente, poniendo de manifiesto que ni el código civil, en su art. 1112, ni el penal en el art. 77, ni la convención interamericana contra la corrupción –ley Nº 24.759, art. II.2, ni el régimen jurídico básico de la función pública, ni la Constitución Nacional, permiten distinguir normativamente entre funcionarios y empleados públicos[738].

En tal sentido, si bien es dable compartir la opinión del profesor citado respecto a que el criterio de diferenciación entre funcionarios y empleados no puede ser meramente jerárquico o salarial, como así también en lo relativo a que es posible concebir que un agente público obre en determinadas situaciones como funcionario y en otras como empleado; la discriminación conserva su valor práctico cuando se considera el diverso estándar de imputación

---

[737] BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, Librería y Editorial "El Ateneo", Bs. As., 1947, p. 77. En igual sentido se expide BARRA en "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", p. 861.

[738] GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, cit., XIII-1/7.

Repositorio Institucional

de los daños al Estado, según se trate de perjuicios causados por funcionarios públicos obrando *intra vires*, o por empleados públicos, caso en el cual el estándar del "daño causado en ejercicio o con ocasión de sus funciones" no resulta dependiente de un análisis previo de competencia sino de una evaluación fáctica[739]. Con igual criterio, resultan diferentes, en cada caso, las circunstancias eximentes de responsabilidad estatal[740] y el modo de prueba del perjuicio como carga del individuo actor.

c.2. Factor de atribución objetivo

Corolario lógico de la imputación indirecta de los daños a la persona jurídica es su atribución según un *factor objetivo*, es decir, bajo la consideración objetiva del perjuicio causado, con prescindencia de la intención dolosa o culposa de su autor[741]; criterio que se funda en el deber de garantía hacia las potenciales víctimas que la utilización de la forma asociativa apareja[742]. En palabras de Orgaz, "*los principios de la responsabilidad subjetiva, que exigen una voluntad y una culpa personales, han sido creados sólo en mira de la persona humana, que es la única dotada de subjetividad... las personas jurídicas, que carecen de toda subjetividad, no pueden ser tratadas sino "objetivamente"... [E]s, pues, inútil mencionar, a propósito de su responsabilidad, la voluntad y la culpa, conceptos que,*

---

[739] V. gr. casos en los cuales un ordenanza pierde un expediente; un empleado pone un sello equivocado cargando mal un expediente o ingresa erróneamente datos en una red de ordenadores ocasionándole cargas tributarias a una empresa; o bien, empleados públicos que, con ocasión de sus funciones, queman un campo con un bracero.

[740] Las eximentes respecto del obrar dañoso del dependiente serán las que resultan del artículo 1113 del código civil.

[741] NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 190.

[742] En los términos de esta tesis, el factor de atribución "garantía" comprende a la garantía por el "riesgo" creado.

Repositorio Institucional

respecto de ellas, carecen en absoluto de sentido. Se trataría, en suma, de responsabilidad objetiva... [Y] y hasta sería conveniente... para conservar la propiedad del lenguaje... no hablar siquiera de responsabilidad... [L] la noción de "garantía"... sería de mayor justeza en relación con las personas jurídicas"[743].

En el sentido indicado, puede sostenerse, razonablemente, que el factor de atribución "garantía" resulta del texto del artículo 43 del código civil, al momento en que sostiene que las personas jurídicas responden por los daños que causan, en circunstancias determinadas, sus representantes. De igual modo, la atribución por "riesgo" resulta de modo explícito del artículo 1113 del mismo texto legal, para los casos de daños causados por los dependientes y las cosas.

Del modo expuesto, *responsabilidad objetiva del Estado significa*, en términos prácticos, *que la sociedad garantiza la resarcibilidad de la víctima* en aquellos casos en que el daño le ha sido causado por un funcionario o empleado público o por cosas de propiedad estatal –siempre y cuando medie en el caso una relación causal adecuada que permita la atribución del perjuicio al obrar del agente mediando representación aparente[744]-, con fundamento

[743] Alfredo ORGAZ, *Estudios de Derecho Civil*, p. 46, citado por SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino,* Parte General, t. 1, cit., ps. 762/763. La responsabilidad objetiva del Estado enfatiza la tendencia vigente en el derecho de daños en función de la cual lo que se busca es un *responsable* del daño, más que un *culpable* del perjuicio. Confróntese al respecto la ampliación del fundamentos del Dr. Bueres, en el plenario "Ricci Carlos c/ MCBA", J.A. 1988-II, 347/361, en particular, p. 352.

[744] Es decir, daño provocado en ejercicio o con ocasión de sus funciones -en ambas situaciones-, interpretado de acuerdo al estándar de la representación aparente en el caso de los funcionarios públicos. Debe entenderse que esta afirmación no implica la socialización del riesgo, tal como pudo inferirse de la antigua teoría de León Duguit –cfr. ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del*

Repositorio Institucional

en que quien se vale de una organización para el logro de sus cometidos debe responsabilizarse por los riesgos que derivan de la gestión de la misma[745]; afirmación coherente con los postulados básicos del Estado de Derecho[746].

Estado, cit., p. 104-, sino un corolario de lógica consecuencia con la noción de personalidad jurídica.

[745] Cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 43, a cargo de Jorge E. LAVALLE COBO, t. 1, p. 217, "*La responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede ser objetiva y como tal inexcusable. El fundamento objetivo de su imputabilidad está en la teoría del riesgo: el que requiere la existencia de una organización para el cumplimiento de sus fines, debe cargar con los riesgos que ella implica*". Sosteniendo una opinión contraria, señala CASSAGNE que mientras el derecho civil mira fundamentalmente el interés de la víctima del daño, evolucionando hacia una responsabilidad objetiva basada en el riesgo, el derecho administrativo mira también a los intereses de la comunidad, los cuales deben ser armonizados con los de la víctima a fin de mantener el buen funcionamiento de los servicios que el Estado presta a los ciudadano. Resulta de vivo interés su reflexión en torno a que el derecho comercial describe un proceso inverso al civil, procurando por medio de sus institutos –sociedades anónimas, seguros, etc.- limitar el resarcimiento de las potenciales víctimas; no obstante, no es del todo claro que esa sea la senda que está transitando actualmente la jurisprudencia de la C.S.J.N. -cfr. CASSAGNE, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", cit., ps. 1 a 4.

[746] MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, t. IV, p. 724. Es dable traer a colación aquí la antes citada afirmación de la profesora KEMELMAJER de CARLUCCI con relación a que la *base subjetiva* de la responsabilidad imputada al Estado en razón del obrar antijurídico de sus agentes es inexcusable, atento que "*Lo contrario llevaría a resultados absurdos: las víctimas preferirían ser atendidas en hospitales públicos y no en privados a los fines de no tener que acreditar la culpa del médico o el equipo que intervino en el tratamiento… "*. Tal como se afirmara *ut supra*, si se asume cabalmente la teoría de la obligación legal de garantía como *factor objetivo de atribución*, la regla vale tanto para el Estado cuanto para un sanatorio privado propiedad de una sociedad anónima, en tanto la objetivación de la responsabilidad, con la consecuente inversión de la carga probatoria, deviene, de modo razonable, de la opción libremente ejercitada por parte de los propietarios de la clínica privada de marginar su res-

Repositorio Institucional

En tal orden de ideas, es dable destacar que la noción de garantía que subyace a la responsabilidad objetiva de la persona jurídica Estado, y que importa una evolución respecto al antiguo estadio legal en el cual se responsabilizaba al funcionario y no al Estado -con los consiguientes problemas de insolvencia y paralización funcional-, no implica detrimento de la responsabilidad directa y subjetiva del agente público a quien pueda resultarle personalmente imputable el daño causado al tercero -con total independencia de si se otorga al dañado acción contra el Estado y/o el funcionario o bien sólo contra el Estado, pudiendo este ejercer las acciones de regreso contra el funcionario-; de modo tal que la articulación de ambas responsabilidades logre el efecto indemnizatorio de la víctima sin menoscabar la responsabilidad subjetiva del funcionario, es decir, sin tornar al Estado en una caja aseguradora de riesgos[747].

---

ponsabilidad personal, directa y subjetiva, mediante el empleo de la técnica de la personalidad jurídica a los fines de acotar sus hipotéticos compromisos indemnizatorios a las sumas de capital aportadas a la forma organizativa plural. Así, quien decide apelar a la forma asociativa por medio de la técnica de la personalidad jurídica sabe, *a priori*, que está objetivando su responsabilidad al deslindar su deber personal de respuesta por medio de la disociación entre su patrimonio personal y el patrimonio de la sociedad que ha integrado.

[747] Esta es la principal pauta de distinción entre la tesis que aquí se desarrolla y la *teoría de los riesgos sociales* elaborada por León Duguit. Cfr. Luis M. REBOLLO, "Prevención, Intervención, Reparación: Una reflexión sobre el derecho administrativo ante los riesgos del desarrollo", RDA, LexisNexis Depalma, N° 48, Bs. As., 2004, ps. 306/307. La responsabilidad directa y subjetiva del funcionario o empleado público debe ser ponderada aun en los casos en que este haya dejado de ser agente público al momento de recaer sentencia condenatoria en daños en contra del Estado. De igual modo, en los casos de omisiones materiales o formales, mediando sentencia condenatoria a hacer, las astreintes que puedan resultar del proceso como sanciones conminatorias deben serle impuestas al agente público moroso toda vez que su actuación haya sido negligente o dolosa, salvo circunstancias de excepción.

Repositorio Institucional

Desde el perfil del *análisis económico del derecho* se ha enfatizado que a fin de crear incentivos adecuados en los casos de atribución objetiva de responsabilidad, es decir, cuando el factor de atribución de responsabilidad no atiende a la persona habiéndose desvinculado el deber de responder del factor moral de asunción de riesgos, prevención y reparación presente en la noción de culpa[748], resulta imprescindible, a fin de crear incentivos adecuados para que los potenciales dañadores obren de forma eficiente, que se observen y cumplan dos condiciones:

que las indemnizaciones fijadas por los jueces sean perfectamente compensatorias de los daños infligidos a las víctimas, de modo tal que éstas queden colocadas en un punto de indiferencia respecto a haber padecido o no el daño; y,

que refieran a situaciones en las cuales *"sea preponderante asegurar la precaución del actor y no de la víctima"*[749].

Como se aprecia, ambos extremos impactan de modo decisivo en la cuestión de la responsabilidad aquiliana estatal definida a partir de su modo de imputación indirecto y su factor de atribución objetivo, contribuyendo al debate en torno al *alcance de la indemnización* y, en lo que toca especialmente al punto aquí abordado, a la inexcusabilidad de un sistema eficiente de responsabilidad del funcionario público, en tanto, si tal sistema funciona de modo inadecuado resulta imposible asegurar la precaución del autor del

[748] Cfr. Jorge E. BUSTAMANTE, "Análisis económico de la responsabilidad civil", en la obra colectiva *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, cit., p. 180 y ss. En las ps. 177/178 de su obra, el autor citado transcribe la llamada "fórmula de Hand", según la cual *existe culpa cuando el costo de actuar prudentemente hubiera sido inferior al daño causado multiplicado por la probabilidad de que el hecho dañoso ocurriese.*

[749] *Idem*, p. 181.

Repositorio Institucional

daño que, huelga decir, es, en última instancia, un sujeto de carne y hueso y no una persona jurídica[750].

Por otra parte, la cuestión acerca del *deber preponderante de asegurar la precaución del potencial autor del daño* introduce el problema acerca de la inexistencia de una obligación de indemnizar a cargo del funcionario público cuando el resarcimiento a favor de la víctima resulta de la revocación por mérito de un acto o contrato, o bien de la modificación de una política legislativa, o de la realización de una obra pública o plan urbanístico, pues en tales casos la indemnización a cargo del Estado resulta del daño singular padecido por la víctima, sin que medie, al menos *a priori*, dolo o culpa del funcionario actuante.

No obstante, en estas situaciones resulta imprescindible la existencia de un control eficiente de la discrecionalidad de la Administración en su rol revocante o decisor, a fin de verificar la inexistencia de posibles *desviaciones de poder* en el obrar de los funcionarios, que permitan, en su caso, eximir al Estado de las consecuencias indemnizatorias derivadas de esos daños.

3) UNIDAD CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO *NAEMINEM LAEDERE*

Conforme al desarrollo articulado, el principio normativo *naeminem laedere* refleja un contenido conceptual convencionalmente unívoco[751], cual es el de prohibir todo acto que, por acción u omisión, cause daños a terceros; o bien, desde otra perspectiva de

[750] Véase también, en la obra antes citada, las referencias al derecho argentino y su comparación con el derecho norteamericano en relación con la culpa de la víctima y/o de un tercero como eximentes de responsabilidad objetiva. *Idem*, ps. 183/184.

[751] Producto de la interpretación que el Tribunal Cimero ha realizado a su respecto en los citados precedentes “Santa Coloma”, “Gunther” y “Aquino”.

Repositorio Institucional

análisis, el de ordenar el resarcimiento de todo perjuicio ocasionado a la vida o la propiedad ajena.

Esta afirmación implica que, desde el perfil del principio examinado, la obligación de indemnizar el daño causado a otro reconoce un contenido normativo único e independiente de la condición del sujeto dañador; de modo tal que, la consideración particular del estatus jurídico del responsable a fin de determinar el estatuto normativo aplicable al resarcimiento a su cargo, constituye una interpretación inadecuada del principio *alterum non laedere*, cuyo énfasis argumental, según surge de la literalidad de sus términos, está puesto en la protección del "otro" y no en la condición del dañador.

Ahora bien, sostener la unidad conceptual del principio que ordena no dañar a otro y la consecuente unidad del régimen normativo aplicable al resarcimiento por daños no significa afirmar que la condición del responsable sea absolutamente intrascendente al momento de resolver una condena en daños.

En tal sentido, tal como se expresara en la introducción de este trabajo, la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado -conforme a su carácter de macro propietario, a su extenso ámbito de actuación material y a su gestión de la administración pública, la justicia y la legislación-, demanda matizaciones que justifican su abordaje pedagógico particular; no obstante, tales modulaciones no alcanzan para justificar el apartamiento de los daños causados por el Estado de las reglas generales que rigen la reparación de los perjuicios, sino que, por el contrario, sólo exigen una interpretación acorde a las particularidades del caso. No se trata, por lo tan-

Repositorio Institucional

to, de un problema estatutario sino de una cuestión hermenéutica[752].

Por ello es que puede juzgarse inexacto el criterio de interpretación según el cual el Estado, cuya personalidad jurídica es única, ostenta una doble capacidad de actuación que le permite moverse en dos ámbitos normativos distintos, el del derecho público y el del derecho privado[753], tesis a tenor de la cual los daños causados por el Estado en ejercicio de actividad administrativa están regidos por el derecho administrativo, en tanto que aquellos daños causados por el Estado obrando dentro del terreno civil está regulados por el derecho común, civil o comercial[754], y ello con total independencia de la posición asumida respecto al carácter meramente didáctico de la división del mundo jurídico en público y privado, pues aun en seguimiento de la teoría substancialista sería dable afirmar la unidad del régimen regulatorio de los daños, cualquiera sea el dañador.

Ahora bien: ¿qué reglas constituyen el estatuto común en materia de resarcimiento de perjuicios?

a. Aplicación de la legislación civil

A tenor de la *teoría de la pertinencia normativa, la responsabilidad extracontractual del Estado está regida, en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica públi-*

---

[752] Tal como aconteció en los precitados casos "Sánchez Granel" y "El Jacarandá".

[753] Cfr. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. 1, 1965, p. 364; y t. IV, 1997, p. 717.

[754] Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. 1, p. 478.

Repositorio Institucional

ca en atención a la unidad conceptual del principio constitucional que ordena reparar los daños causados a terceros, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado –individual o corporativo- de las eventuales víctimas; premisas fundadas en los argumentos que, deviniendo del desarrollo estructurado en este capítulo, son sintetizados a continuación.

a.1. Construcción de justicia

En primer lugar, la pertinencia aplicativa de las normas civiles a la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado resulta de su condición de *"construcción jurídica basada en la justicia"*, tal como fueran denotadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Los Lagos"[755]; afirmación que, si bien en el caso reseñado guardó particular vinculación con las reglas relativas a la nulidad de los actos jurídicos, ha sido enfáticamente ratificada en los citados precedentes "Gunther"[756] y "Aquino"[757], fallo este último en cuyo considerando 3° el Alto Tribunal ha reiterado: *"Que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello se yuxtapone, que la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el citado principio general, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un*

[755] "Sociedad Anónima Ganadera Los Lagos contra la Nación sobre nulidad de decreto" (1941), Fallos 190:142.

[756] Gunther c/ Estado Nacional" (1986), Fallos 308:1118, 1144, considerando 14; cfr. también Fallos 308:1109.

[757] A. 2652.XXXVIII (2004).

Repositorio Institucional

principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (la cursiva ha sido agregada)[758].

a.2. Aplicación directa

Dentro del contexto discursivo señalado, constituye un dato fáctico que, tal como ha sido referido con anterioridad, la legislación civil resulta de aplicación a las personas jurídicas y a los daños cometidos por sus directores, administradores, dependientes o con las cosas de su propiedad –argumento artículos 42, 43 y 1113 del código civil-; y que, al mismo tiempo, no median razones, al menos desde el enfoque asumido en materia de fundamento, integración e interpretación del sistema jurídico, que justifiquen la exclusión de la persona jurídica Estado de tales reglas. Por lo tanto, las normas que rigen la responsabilidad de las personas jurídicas son las que propiamente regulan, de modo directo en razón de pertinencia, la responsabilidad del Estado[759].

---

[758] En sentido contrario, expone Julio COMADIRA "*No procede acudir al derecho privado cuando el Estado ocasiona un daño actuando lícitamente; es cierto que, como ha dicho la Corte Suprema, las disposiciones del Código Civil son aplicables en el Derecho Administrativo con las discriminaciones que impone la sustancia de este último; pero no es menos cierto que esa indagación analógica es innecesaria cuando la propia Ley administrativa regula la materia*", con cita del precedente de la C.S.J.N. "S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado", considerando 5°, E.D. serie especial de Derecho Administrativo, 13/03/98; "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, su necesario encuadre en el Derecho Público", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, cit., p. 563.

[759] Disintiendo con la tesis sostenida por el profesor Horacio D. ROSATTI en su artículo "La Responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica", Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 73/92. La aplicación de las reglas civiles a la responsabilidad aquiliana del Estado no parece comprometer el enfoque holístico de los intereses en juego, tal como se ha expuesto en el apartado anterior al abordar las matiza-

Repositorio Institucional

La sentencia relativa a la aplicación *directa* (no analógica, no subsidiaria, no supletoria) de las normas civiles a la responsabilidad aquiliana del Estado importa afirmar que esas reglas rigen tales situaciones *en razón de pertinencia* y no ante la ausencia de normas de derecho público relativas al problema, solución *a priori* debatida por parte de la doctrina civil que pregona la unidad del derecho de daños[760].

---

ciones dables de considerar al aplicar el derecho común al Estado dañador, especialmente cuando se trata de casos de responsabilidad por omisión. También se expide por la consideración pública local de las normas que deben regir la responsabilidad extracontractual de los Estados locales SARMIENTO GARCÍA en "La responsabilidad del Estado por el acto judicial y la responsabilidad patrimonial de los jueces", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Bs. As., Dike, 2005, en particular, p. 117.

[760] Se reitera aquí, por razones de oportunidad, la cita realizada en el capítulo primero de esta obra, al momento de analizar los enfoques civilistas que sostienen el criterio de la unidad resarcitoria. Cfr. MOSSET ITURRASPE, "Visión jusprivatista de la Responsabilidad del Estado", Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 9, segundo párrafo, al momento en que remite a BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 43, a cargo de Jorge E. LAVALLE COBO, t. 1, p. 228, en donde se pone de manifiesto que "*... aun en aquellos casos en que la responsabilidad del Estado debe regirse por el derecho público, resulta aplicable la ley civil a título de analogía, por no existir normas específicas de derecho administrativo que lo resuelvan*" (resaltado agregado). En igual sentido, véase el voto de la Dra. KEMMELMAJER en el caso "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", SC Mendoza (1989), L.L. t. 1989-C, p. 511, con nota de CASSAGNE, "La responsabilidad del Estado por omisión", en particular p. 515, en el cual la jurista expresa "*Por mi parte, estoy convencida que existe un derecho de daños, presidido por principios comunes al derecho público y privado: ello no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas. En otros términos, propicio la unidad en la teoría del responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico*". Como puede apreciarse, una de las diferencias centrales entre estas teorías y la tesis defendida radica en que a tenor de ésta última, el sistema jurídico no reconoce una división

Repositorio Institucional

a.3. Implicancias

Corolario de la tesis defendida es que la responsabilidad extracontractual del Estado está regida por el derecho común y no por el derecho local, con las consecuentes implicancias a los efectos de la habilitación del remedio extraordinario federal y de la limitación de las potestades normativas provinciales en tal materia[761].

En relación con el primer punto, si bien la regulación *civil* de la responsabilidad aquiliana del Estado, impide calificar como *cuestiones federales* a los extremos debatido en tales causas[762], el fundamento constitucional del principio normativo que manda no dañar a terceros podría dar lugar -al menos en el terreno especulativo- a la apertura de la vía extraordinaria de control en situaciones en las cuales tal principio normativo pudiera verse controvertido por normas locales limitativas de los estándares civiles de reparación de daños, dando lugar a cuestiones constitucionales complejas directas[763].

Por otra parte, en los casos de competencia originaria de la C.S.J.N. en razón de distinta vecindad, siendo una provincia parte

---

más que didáctica del derecho en público o privado, pues parte de un criterio de fundamentación distinto.

[761] Si bien esta afirmación es sólo de *lege ferenda*, pues, según se verá en el desarrollo de este acápite, la jurisprudencia del Alto Tribunal está encaminada en un sentido diverso al postulado. Ratifica la opinión sostenida en esta tesis, MOSSET ITURRASPE, en la obra *Responsabilidad por Daños*, t. X, Responsabilidad del Estado, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 312/322. A *contrario* sensu, es decir, a favor de la potestad normativa local en materia de responsabilidad extracontractual estatal, véase GAMBIER y PERRINO, "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", cit.

[762] Cfr. Lino E. PALACIO, *El Recurso Extraordinario Federal*, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, 1997, p. 149.

[763] Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El derecho de daños en el marco del derecho constitucional", cit., p. 175.

Repositorio Institucional

en el asunto, la definición de causa "civil", a los efectos de la habilitación de la instancia, involucra toda cuestión en que se pretenda el resarcimiento de los perjuicios causados con fundamento en las reglas civiles[764].

No obstante, en relación con este tema, si bien en el esclarecedor dictamen del caso "Cid, Patricia G. y otros v. Provincia de Bs. As. y otros"[765], la procuradora actuante expuso que: *"Para que proceda la competencia originaria de la Corte, conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el art. 24, inc. 1° del Decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario que, a la naturaleza civil de la materia en debate, se una la distinta vecindad de la contraria ... Respecto a la naturaleza civil de la causa, si bien este Ministerio Público, en procesos análogos al presente, en los que se reclama por los daños y perjuicios derivados de la falta de servicio de funcionarios que integran la Administración Central de una provincia ... ha sostenido la naturaleza administrativa del pleito, regido sustancialmente por normas de Derecho Público local ... la doctrina de V.E. le asigna carácter civil a la referida materia litigiosa"*[766]; en el precedente

---

[764] Cfr. art. 1° ley N° 48. En opinión de GAMBIER y PERRINO, cit., p. 40, si en la demanda se persigue la invalidez de actos administrativos o legislativos provinciales, aun cuando se invoquen normas de derecho común, la competencia originaria de la C.S.J.N. queda excluida. Véase también la opinión de BIDART CAMPOS acerca de la inconstitucionalidad del requisito de *causa civil –establecido en el decreto N° 1285/58 y la jurisprudencia-* a fin de tener por habilitada la instancia originaria de intervención del Tribunal Cimero en mérito a entender que los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional excluyen la posibilidad de determinar tal competencia en consideración a la materia, opinión glosada por Juan O. GAUNA en su citado artículo "Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", p. 429.

[765] Sentencia del 10 de octubre de 2000, Fallos, 323:2944.

[766] Agrega el dictamen: *"Sin perjuicio de poder considerarse reunido el primer requisito, es menester que se presente un supuesto de distinta vecindad en-*

Repositorio Institucional

"Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Bs. As. y otro s/ daños y perjuicios"[767], con una lógica afín a la definición de la competencia del Alto Tribunal conforme su condición de garante de las libertades constitucionales aunque demostrando un despegue del texto constitucional estricto, el Tribunal Cimero ha modificado su doctrina sobre el punto, discerniendo que, en adelante, se impone "... *entender por causa civil –a los efectos de determinar la competencia originaria de este tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería- a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible. De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Este concepto excluye, por lo*

tre las partes que, en estos casos, es esencial ... Tal requisito no se configura en el sub lite, toda vez que, en los casos de pluralidad de litigantes –como el de autos-, la procedencia del fuero federal está supeditada a que cada uno de los actores y demandados tenga, respecto de cada una de las personas alineadas en la parte contraria, la condición de vecindad o nacionalidad que le permita invocarlo, tal como lo establece el art. 10 de la ley 48 ...".

[767] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de marzo de 2006, en especial considerando 14.

Repositorio Institucional

tanto, todos aquellos casos en que… quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas o judiciales"[768].

Es dable inferir de lo expuesto que, al menos en principio, la Corte Suprema en su actual composición, ha cedido a la calificación de la responsabilidad estatal conforme a parámetros normativos de derecho público, de acuerdo con la teoría de la falta de servicio, y a independizar su régimen normativo de su fuente de contención, es decir, del código civil, tratando a tales cuestiones como materias de derecho público local[769]; regla en razón de la cual la competencia respecto de estos pleitos es atribuida a los tribunales de la provincia demandada[770].

---

[768] Señala la Corte en la parte final del *dictum*, previo al resuelvo, que "*La interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las actuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales, tiene esencialmente en miras –sin prescindir de la competencia examinada- profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte, concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional*".

[769] Confróntese al respecto el elogioso comentario al fallo "Barreto" de Alejandro PÉREZ HUALDE y Ernesto N. BUSTELO, "Barreto": La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", Suplemento La Ley, Administrativo, 6 de septiembre de 2006, p. 1.

[770] De hecho, en el caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)", causa M.1569.XL, Originario, considerando 16, la Corte expresamente refiere a la materia como de *derecho público provincial*, discerniendo la competencia federal –no originaria- cuando la demanda es entablada contra el Estado Federal, dado el privilegio constitucionalmente acordado al Estado Federal a tal fin (con cita del artículo 116 de la Constitución el artículo 2, in-

Repositorio Institucional

Sin perjuicio de lo antes afirmado, en sentencia del 23 de mayo de 2006, dictada en autos "Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios"[771], en los cuales, entre una pluralidad de sujetos demandados, resultaron accionados y condenados, junto a otros demandados, la provincia de Buenos Aires y el Estado Federal *con causa en un error judicial in procedendo*, el Tribunal Cimero sostuvo su competencia originaria –considerando 1- pese a lo sostenido en el caso "Barreto" y a la invocación del artículo 1112 del código civil como fundamento normativo de la condena[772].

Por último, en el citado caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)",

---

cisos 6º y 12º de la ley 48, y el artículo 111, inc. 5º de la ley 1893) y sin perjuicio de que existan, como en el caso de marras, pluralidad de demandados; y la competencia de los tribunales provinciales, conforme las normas procesales de aplicación en cada caso, cuando la demanda es incoada contra una provincia (con cita de los artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional y del precedente de fallos 318:992). Agrega la Corte al respecto que "*La duplicidad de actuaciones a que dará lugar el retorno a este criterio tradicional del tribunal o la posibilidad de que tratándose de varios juicios se dicten resoluciones contradictorias, ha sido sabiamente anticipado considerado y definido por esta Corte en el citado precedente de Fallos 189:121, al subrayar que esas circunstancias no son causa bastante para alterar las reglas de jurisdicción dado que ese inconveniente deriva de régimen institucional adoptado por la misma Constitución, que hace posible esa diversidad de pronunciamiento. No hay dudas, pues, de que la indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de esta Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental, que, inclusive, ceden en ciertos supuestos por voluntad del propio legislador (art. 188, incs. 1º a 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*".

[771] T. 632. XXXII. Originario.

[772] Sin perjuicio de lo expuesto, es dable considerar que la Corte puede haber resuelto el caso en tal instancia dada la tramitación previa del mismo ante el Alto Tribunal.

Repositorio Institucional

sentencia del 20 de junio de 2006, considerando 10, el Alto Tribunal señala[773], *"Que se trata, pues, cualquiera fuese el fundamento de la responsabilidad estatal que se invoque, de un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido en el contexto que aquí está en estudio como una "potestad pública" propia del Estado de Derecho tendiente a la protección de la vida y la integridad física y patrimonial de los particulares[774], agregando en el considerando 11, "Que con tal comprensión, no se verifica en el sub lite el recaudo de causa civil exigido … para dar lugar a la competencia originaria de este Tribunal reglada por el art. 117 de la Constitución Nacional, cuando una provincia es demandada por un extranjero o por vecinos de otra provincia"*[775].

---

[773] Con cita en los considerandos 8 y 9 de los precedentes "Barreto", del 21 de marzo de 2006, "Contreras Carlos W. c/ Buenos Aires, Prov. de s/ daños y perjuicios", sentencia del 18 de abril de 2006 –causa C.4500.XLI-, "Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 9 de mayo de 2006, y "Aguilar Patricia Marcela c/ Rey y otra (Provincia de Buenos Aires), sentencia del 30 de mayo de 2006 –causa A.820.XXXIX-.

[774] Es importante considerar que en el caso "Aguilar" se citan como fundamentos normativos del reclamo de la actora los artículos 1112, 2340, inc. 7º y 1113 del código civil, razón por la cual el Alto Tribunal se ve compelido a subsumir todas las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado bajo la calificación del poder de policía.

[775] El tribunal Cimero insiste en que la competencia originaria del cuerpo está reservada, cuando se invoca la existencia de una causa civil en casos que involucran distinta vecindad o extranjería, a los *"… litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible"* –considerando 8-. Desde el *plafond* interpretativo propuesto por la Corte, resulta harto difícil aceptar la califi-

Repositorio Institucional

Es claro que la hermenéutica propuesta por el Alto Tribunal en el precedente "Barreto" avala una ampliación de las competencias normativas provinciales en la materia, en sentido definidamente contrario a la tesis sostenida en esta obra –favorable al criterio de unidad de legislación común expuesto en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional-, de acuerdo a la cual la afirmación relativa a la limitación de las competencias normativas locales en materia de responsabilidad aquiliana estatal no impediría que las provincias dictaran normas –constitucionales o procesales- relativas a la materia, que de algún modo contribuyeran a la especificación de los *estándares básicos de reparación prescritos en el Código Civil*, perfilando razonablemente los criterios relativos al alcance de la reparación, el momento de la producción del daño o ciertas particularidades de la relación causal –criterio del estándar mínimo-[776]. Este parecería ser, además, un esquema tutelar

cación de problemas locales inherentes al poder de policía con la que los magistrados opinantes connotan a las cuestiones debatidas en los autos citados, pues dificultoso en grado sumo es asumir que casos que remiten completamente a la aplicación de normas contenidas en el código civil –mediando distinta vecindad de los actores y siendo una provincia parte en el asunto- no cumplen los estándares que el propio Tribunal esgrime a los efectos de abrir su competencia originaria. Pareciera entonces que las decisiones examinadas sólo se justifican por la intención del Tribunal de circunscribir el ámbito de las cuestiones al cuerpo sometidas a su jurisdicción originaria, propósito que, si bien resulta necesario a fin de recuperar para los Altos Magistrados su rol de Jueces de Garantías Constitucionales, sacrifica la claridad de la condición jurídica de las normas en juego ensombreciendo el panorama interpretativo en la materia. Cabe preguntarse, por fin, si el mismo resultado hubiera podido lograrse mediante una reforma legislativa que, sin introducir recalificaciones normativas de dudosa pertinencia, hubiera conducido al mismo resultado práctico. En igual sentido confróntese C.S.J.N. L. 171. XLI. "Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios". del 11 de julio de 2006.

[776] Esta afirmación no intenta ser sólo un juicio *de lege ferenda* sino un parámetro para la resolución de hipotéticos conflictos normativos que puedan surgir entre la legislación local y el código civil –cuestiones constitucionales complejas

Repositorio Institucional

adecuado al principio de igualdad de estándares legislativos protectorios de los derechos humanos, contenido en los artículos 24 y 28.3 del Pacto de San José de Costa Rica[777].

Por otra parte, en estrecha vinculación con el segundo punto aludido al comienzo de este acápite, de acuerdo al *iter* argumental seguido en esta obra, las provincias no podrían reglar la cuestión relativa a la responsabilidad civil de sus funcionarios y empleados –regida en principio por el art. 1112 del Código Civil[778]-, ni estarían facultadas, por la misma razón, para determinar procesalmente quien ostenta legitimación pasiva en caso de demandas por responsabilidad aquiliana –funcionarios y Estado, o bien, sólo funcionarios o sólo Estado, cuestión discernida *a priori* por el Código Civil-; pues aunque el derecho procesal constituya un poder no delegado al Estado Federal -en los términos del artículo 121 de la

indirectas-. Es claro que no es posible omitir el dato fáctico de la existencia de normas locales referidas a la materia, tales como las aludidas por BUSTELO en su citado trabajo sobre la Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio, entre las cuales menciona a los artículos 14 de la Constitución de Córdoba; artículo 5 de la Constitución de Salta; 43 de la Constitución de San Juan. En particular, respecto a daños causados por errores judiciales, el autor cita los artículos 13, inc. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; 24 de la Constitución del Chaco; 60 de la Constitución del Chubut; 12 de la Constitución de La Pampa; 29 de la Constitución de la provincia de Santa Cruz; 40 de la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego; y 534 del código procesal penal de la Provincia de Mendoza.

[777] Hecho que impacta, decisivamente, en el problema del reparto constitucional de competencias entre la Nación y las provincias, a tenor del cual el derecho administrativo ha sido tradicionalmente calificado como un derecho local; cfr. Jorge L. SALOMONI, "Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino", AA.VV., Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales -jerarquía, impacto y derechos-, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 21.

[778] Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 487.

Repositorio Institucional

C.N.[779]-, según ha afirmado la Corte en el precedente "Sandovall", habiéndolo ratificado en el caso "Filcrosa", las relaciones entre acreedor y deudor son de competencia regulatoria federal[780].

a.4. Condición de la víctima

Una razón final, aunque no por ello menos importante, que avala la aplicación de la legislación civil a la responsabilidad aquiliana del Estado radica en la condición civil de la víctima, entendiendo la alocución *civil* en sentido lato, es decir, al modo del término *ciudadano.*

En tal sentido, si en verdad el derecho de daños aspira a construirse sobre el requerimiento indemnizatorio del perjudicado,

---

[779] En razón de la cual, sí compete a las provincias el dictado de leyes procesales administrativas y la organización de instancias judiciales de control de la actividad e inactividad del Estado.

[780] Aunque esta conclusión merecería ser revisada a la luz del decisorio recaído en la citada causa "Barreto". Recuerda MERTHEIKIAN, *La Responsabilidad Pública –Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ábaco, Bs. As., 2001, p. 206, que el Tribunal Cimero ha ratificado en el precedente "Sandovall" (1997), Fallos 320:1344 -con relación al problema del carácter federal o local de las normas referidas a la prescripción- la plena aplicación a las provincias de la regla contenida en el artículo 42 del C.C., reivindicando la competencia del Congreso Federal en lo pertinente a las relaciones entre acreedor y deudor. En la misma línea de precedentes cfr. C.S., 2003/09/30, Municipalidad de Avellaneda s/inc. vería. Crédito en: Filcrosa S.A. s/quiebra; L.L. 03/06/04, p. 2. Opiniones divergentes han sido expuestas por Javier URRUTIGOITY, "El carácter local del derecho administrativo argentino", Revista Documentación Administrativa, 267/268, septiembre 2003 – abril 2004, *El derecho administrativo en Argentina, situación y tendencias actuales (I)*, p. 151 y ss; y por, Pablo A. GUTIÉRREZ COLANTUONO, "La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del derecho público provincial", RAP, Bs. As., 2005, p. 359.

Repositorio Institucional

la definición del estatuto aplicable debe partir de la condición civil del dañado como premisa de coherencia[781].

b. Ámbitos contractual y aquiliano

Si bien el objeto de éste trabajo está limitado al análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, la íntima vinculación de tal tópico con el de la responsabilidad contractual de la persona jurídica pública demanda un breve comentario respecto a dos cuestiones básicas: *a)* estatuto aplicable a la responsabilidad contractual del Estado; y, *b)* entidad de la distinción entre ambos ámbitos de responsabilidad, con particular referencia al Estado responsable.

b.1. Responsabilidad contractual

En relación con la primera cuestión, desde el perfil de la tesis asumida y cualquiera sea el alcance que se otorgue a la diferenciación general entre los ámbitos contractual y extracontractual del deber de responder, la responsabilidad contractual del Estado está regida *a priori* por las reglas civiles, en mérito a que, tal como se ha afirmado, la obligación de indemnizar el daño causado a otro reconoce un contenido normativo único e independiente de la condición del sujeto dañador[782].

---

[781] En tal sentido, ha escrito Ricardo LORENZETTI, *"... con un sustento axiológico, nuestra doctrina tiene dicho que la responsabilidad por daños mira a la víctima."*, en la obra colectiva *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, cit., p. 151.

[782] Cfr. Pablo E. PERRINO, "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público (El reconocimiento del lucro cesante moderado)", AA.VV., *Cuestiones sobre Contratos Administrativos*, RAP, Bs. As., 2007, ps. 353/369.

Repositorio Institucional

Por tal razón, resultan de aplicación a las personas jurídicas las normas establecidas en los artículos 42, 505 y 512 del C.C[783]; pudiendo ser demandadas por acciones civiles y, en su caso, hacerse ejecución de sus bienes a fin de que el acreedor pueda procurarse su indemnización – arts. 42 y 505 inc. 3° C.C.-.

Por su parte, la aplicación del artículo 512 del C.C., cuyo texto reza "*La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*", no modifica, en materia de responsabilidad contractual, la condición indirecta y objetiva con que se ha connotado a la responsabilidad de las personas jurídicas, pues no alude, en tal caso, a la negligencia o culpa del agente que ha causado personalmente el daño, sino que refiere a la idea de incumplimiento objetivo de la obligación generador del deber contractual de responder[784].

Ahora bien, no obstante la aplicación primaria del estatuto civil a la materia de la responsabilidad aquiliana estatal, resulta un dato insoslayable que el marco normativo de las pautas a fijar por las partes en el acuerdo de voluntades a celebrar con el Estado está constituido, en muchos casos, por leyes especiales[785], como

---

[783] *Idem*, ps. 478.

[784] *Idem*, p. 479. Es por la razón apuntada que en teorías tales como la de Cassagne, que concibe a la responsabilidad extracontractual estatal como directa y objetiva, la condición de objetividad induce a asumir la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana como meramente didáctica, pues ambas son objetivas.

[785] La competencia de los estados provinciales a fin de dictar normas de tal contenido es un dato fáctico insoslayable, no obstante constituir un apartamiento del principio normativo según el cual las relaciones creditorias -de las cuales el contrato es una fuente- constituyen materia de derecho de fondo y, por lo tanto, su regulación compete al Congreso Nacional –arg. art. 75, inc. 12 C.N.-. Véase al

Repositorio Institucional

ocurre con los contratos de obra pública –ley Nº 13.064- y de concesión de obra pública –ley Nº 17.520-, que establecen condiciones de adhesión para el contratista particular a las cuales éste se somete conforme la autonomía de su voluntad, y que, en ocasiones, entre otros ítems, limitan la extensión de ciertos resarcimientos a cargo del Estado[786].

b.2. Trascendencia de la distinción

Respondido el primer cuestionamiento, cabe avocarse a la resolución de la cuestión planteada en segundo término, es decir, al problema atinente a la entidad de la diferenciación entre los ámbitos contractual y aquiliano del responder.

En torno a tal tema, constituye un lugar común la referencia al artículo 1107 del C.C. como pauta normativa de distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, texto según el cual "*Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de éste título* –de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que

respecto, MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, t. X, Responsabilidad del Estado, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 288 y ps. 291/292.

[786] Un caso muy interesante, apto para justificar la diferenciación entre los ámbitos aquiliano y contractual de reparación es el que se presenta en las situaciones en que los contratos de concesión de servicios públicos establecen, a modo de cláusulas penales, límites al resarcimiento a cargo del concesionario frente a hipótesis de falla del servicio; en estos casos se opera la limitación de responsabilidad no por una previsión legal formal directa sino por una referencia legal material especificada en el contrato de concesión, que surte efectos con relación a los usuarios del servicio, *a priori* terceros en la relación contractual Estado – Concesionario.

Repositorio Institucional

no son delitos, arts. 1107 a 1136- *si no degeneran en delitos de derecho criminal*"[787].

Entre las múltiples pautas de distinción –de carácter meramente reglado y no ontológico[788]- trazadas entre los referidos sectores, resultan relevantes las relativas a la mora, instituto que, mientras en los hechos ilícitos se produce automáticamente, en las obligaciones contractuales resulta de hipótesis diversas –art. 509 C.C.-; la extensión del resarcimiento, que es en principio mayor en el caso de la responsabilidad aquiliana –arg. arts. 520 a 522 y 904 a 906 del C.C.-, y, en este aspecto particular, la condición facultativa de la reparación del daño moral en caso de responsabilidad contractual – art. 522 vs. art. 1078-; la posibilidad de establecer, con mayor flexibilidad, causales de exoneración de responsabilidad en materia contractual; la facultad acordada a los jueces de atenuar la extensión del resarcimiento en el caso de la responsabilidad aquiliana –arg. art. 1069 C.C.-; y, muy especialmente, la diversidad de plazos de prescripción de las acciones según el daño devenga de una obligación contractual –plazo de diez años, arg. art. 4023 C.C.- o de una obligación nacida de un hecho ilícito –plazo de dos años a tenor de lo dispuesto en el artículo 4037 del C.C.-[789].

---

[787] Cfr. Atilio A. ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, *Temas de Responsabilidad Civil*, Ciudad Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 11. Véase también: Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad Civil –Límites de la reparación civil-*, segunda edición, tercera reimpresión, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, capítulo II, ps. 25/60.

[788] Cfr. BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 512, a cargo de Jorge A. MAYO, t. 2, p. 619.

[789] *Idem*, ps. 620/621.

Repositorio Institucional

b.3. Doctrina administrativista

Ahora bien, no obstante las premisas vertidas en el desarrollo precedente, un importante sector de la doctrina administrativista argentina ha manifestado que el dualismo responsabilidad contractual/extracontractual, carece de trascendencia con relación a la responsabilidad estatal, otorgándole al distingo un valor meramente didáctico[790]; o bien, jerarquizando la categorización entre responsabilidad por acto lícito o ilícito en detrimento de la que resulta de los ámbitos contractual y aquiliano[791] de actuación estatal.

En tal sentido, es importante resaltar que las opiniones previamente aludidas guardan estrecha vinculación con la tesis a tenor de la cual el contrato administrativo es un acto administrativo bilateral, ya sea en su formación o en sus efectos, al cual resulta aplicable la LPA de modo pleno. Posición que fuera avalada por la C.S.J.N. en el precedente "Metalmecánica"[792].

---

[790] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, cit., p. 486.

[791] COMADIRA, "La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima –Principio de Juridicidad y Responsabilidad del Estado-", E.D., Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., 31 de octubre de 2002, p. 2.

[792] Del 23/12/76 (Fallos 296:672) -en particular, considerando 8°-, con nota de Miguel S. MARIENHOFF, "El acto administrativo "bilateral" y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo atinente al contrato y al cuasi contrato administrativo", artículo en el cual el autor citado expresa, "*En este fallo, por primera vez en su historia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con alabable criterio, ha reconocido y aceptado la posible existencia de actos administrativos bilaterales, ya sea en su formación o en sus efectos*". En relación con el carácter contractual o reglamentario de las relaciones jurídicas originadas en políticas activas y la consecuente responsabilidad estatal por modificaciones en el régimen legal de aplicación, es de gran utilidad confrontar el artículo de Estela B. SACRISTÁN "Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, la responsabilidad del Estado*, Dike, Bs. As., 2005, ps. 297/319.

Repositorio Institucional

Desde otro ángulo de análisis, se ha sostenido que no existe paralelismo en las relaciones conceptuales que pueden trazarse entre *acto jurídico y contrato*, por un lado, y *acto administrativo y contrato administrativo*, por otro; pues *"... la subsunción del contrato dentro de la categoría más general del acto jurídico es posible en el derecho privado porque los particulares, en principio, no pueden crear unilateralmente obligaciones a cargo de terceros; por el contrario, la administración sí puede hacerlo y de allí la necesidad de separar el régimen del acto unilateral, que puede crear obligaciones independientemente de la voluntad del particular que es su destinatario, de las reglas aplicables a los contratos ya que éstos, cualquiera sea su naturaleza, sólo nacen de un acuerdo de voluntades"*[793]; criterio que conduce a una delimitación aplicativa de la LPA a los contratos administrativos, según un criterio de pertinencia razonable -argumento art. 7° *in fine* LPA-.

[793] MAIRAL, "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", cit., p. 8. Según puede leerse en BELLUSCIO (Director) y ZANNONI (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, cit., comentario al artículo 512, a cargo de Jorge A. MAYO, t. 2, p. 617, *"Es tradicional distinguir la responsabilidad civil en dos campos distintos: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual: comprendiéndose en el primero el incumplimiento de obligaciones derivadas no sólo del contrato, sino también de aquellas que tienen su origen en la voluntad particular –en virtud del principio de la autonomía privada, art. 1197-, ya sean actos jurídicos unilaterales o bilaterales –v. gr. los cuasicontratos, la declaración unilateral de voluntad, si se acepta como fuente de obligaciones-, de la ley –como la obligación alimentaria- y del enriquecimiento sin causa. Por ello es preferible, estrictamente, referirse a responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (la denominada contractual) y responsabilidad por actos ilícitos (la llamada extracontractual), debiéndose comprender en la última la derivada del ejercicio abusivo de los derechos o abuso del derecho*".

Repositorio Institucional

b.4. Balance acerca de esta cuestión

Dentro de tal contexto, en cuyo entorno parece evidente que la respuesta a la segunda cuestión planteada depende de la teoría en la cual se enrole el intérprete respecto a la calificación del contrato administrativo. La tesis defendida en éste trabajo ostenta mayor afinidad con la teoría que diferencia el acto administrativo del contrato administrativo, fundamentalmente en atención a la fidelidad que es debida a la voluntad expresada por las partes al elaborar la regla convencional y a la inseguridad jurídica a la que conduce la aceptación de *cláusulas implícitamente incluidas* en la documentación contractual.

Por la razón expuesta y considerando las diferencias de régimen antes indicadas, en particular la cuestión relativa a la diversidad del plazo de prescripción de las acciones, es dable estimar normativamente subsistente la dualidad del régimen de responsabilidad según su fuente contractual o extracontractual, con relación al Estado como responsable[794].

4) CONCLUSIÓN: PERTINENCIA DE LA LEY CIVIL

A modo de breve epílogo resulta oportuno afirmar que la teoría de justicia adoptada, con sus corolarios en materia de fundamento, integración e interpretación del sistema jurídico, resulta suficientemente sólida, según se ha intentado demostrar, a fin de justificar la aplicación de la legislación civil a la responsabilidad aquiliana estatal.

De tal modo, la aplicación del mentado régimen colabora en el establecimiento de un marco normativo coherente, apto para lo-

[794] Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, t. X, cit. ps. 309/310.

Repositorio Institucional

grar estándares de mayor eficacia en la solución de los problemas de dogmática normativa, tal como se podrá confrontar en el desarrollo de los capítulos siguientes.

Repositorio Institucional

CAPÍTULO VII

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DOGMÁTICO NORMATIVO

Corresponde analizar en los últimos dos capítulos de esta obra los aspectos dogmáticos normativos o *criterios de aplicación en concreto de la tesis esbozada*.

Al fin propuesto, en el capítulo séptimo serán abordados los presupuestos de responsabilidad establecidos en la legislación civil argentina, supuesta su aplicación directa a la materia de la responsabilidad del Estado, es decir, aplicación no analógica, ni supletoria ni subsidiaria.

En el capítulo final, de modo previo a las conclusiones, serán tratadas las cuestiones atinentes a las formas que puede asumir el daño estatal; la extensión y el modo de la reparación del perjuicio causado; y, por último, las diversas vicisitudes a las cuales se encuentra sometido el ejercicio de la acción de responsabilidad en contra del Estado, tanto en su cariz procedimental como en su fase procesal.

Repositorio Institucional

2) ¿PRESUPUESTO DE ANTIJURIDICIDAD?

A tenor de los postulados fundantes de este trabajo, la antijuridicidad o ilicitud no es un presupuesto autónomo de la responsabilidad civil sino una condición implícita en el daño resarcible. Ello es así por cuanto, causar daño a otro constituye una conducta prohibida por un principio normativo de raíz constitucional, razón por la cual la comisión por acción u omisión, o bien la simple omisión, cuyo resultado es la causación de un perjuicio en la esfera de protección jurídica de uno o varios individuos, imputable objetiva o subjetivamente a un sujeto, mediando un nexo causal adecuado y ausencia de circunstancias justificantes, es antijurídica o ilícita.

Así, el momento de antijuridicidad no goza de independencia lógica ni se confunde con la acción u omisión o con el daño en sí mismo, sino que refiere al evento dañoso en todo su desarrollo, bien sea que este reconozca origen en un acto humano o en el riesgo o vicio de una cosa. De este modo, frente a un evento dañoso no cabe la pregunta ¿será este daño antijurídico?, pues éste es sólo un recurso tautológico que desconoce el principio prohibitivo *alterum non laedere* anidado en el texto constitucional[795].

De lo expuesto se infiere que no es dable hablar con propiedad de daños lícitos o responsabilidad por acto lícito, conclusión con la cual disienten prestigiosos administrativistas, como es el caso de Comadira, en cuya opinión la responsabilidad del Estado por la llamada actividad lícita compromete a toda la responsabili-

[795] En palabras de BREBBIA, "*Sin antijuridicidad de la acción dañosa, no hay responsabilidad civil. El daño jurídico es siempre injusto porque implica la violación de un derecho subjetivo o interés jurídico de otra persona. El llamado impropiamente daño justo no es sino un caso de responsabilidad objetiva en el que existe antijuridicidad sin culpabilidad*" –Cfr. BREBBIA, "Responsabilidad civil e ilicitud", cit., p. 906-, tal como ocurre en las responsabilidades vicariales, como es el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Repositorio Institucional

dad civil, pues permite ratificar la *inaplicabilidad de las categorías del derecho privado* a la responsabilidad estatal, citando al jurista alemán Fleiner, para quien, *frente al Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos lícitos*[796].

Otro es el tenor de la tesis aquí defendida, pues, reiterando expresiones vertidas con anterioridad, *la noción de responsabilidad jurídica está atada a la condición que medie en el caso un obrar ilícito dañoso que al perjudicar intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de otro transgrede principios iusfundamentales que prohíben tal conducta*. De este modo, el anclaje de la regla *naeminem laedere* en el principio constitucional contenido en el artículo diecinueve permite acordar la condición de mala prohibita a todo acto que causa un daño a otro, pues transforma en un principio normativo la regla del artículo 1066 del código civil, positivizando el precepto que manda no dañar a otro en razón del carácter mala in se de tal conducta, de modo conteste con la atipicidad característica de los ilícitos civiles[797].

---

[796] COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, su necesario encuadre en el Derecho Público", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, RAP, Bs. As. 2005, cit., ps. 563/564. En igual sentido, CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7° edición, t. 1, p. 556/557.

[797] Según se afirmó anteriormente, la apelación al principio de igualdad ante las cargas públicas que justifica el resarcimiento del perjuicio especial derivado de actividad calificada como "lícita" por la doctrina mayoritaria importa, de hecho, la asunción de una violación a tal principio normativo de jerarquía constitucional; razón por la cual, aun desde tal enfoque de argumentación resulta inválido calificar a tales acciones estatales como lícitas.

Repositorio Institucional

3) PRESUPUESTO DE DAÑO RESARCIBLE

a. Requisitos generales

Desde una perspectiva objetiva, el daño ha sido definido como *"el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"*, menoscabo que puede afectar sus intereses privativos de modo singularizado, o bien, como miembro de una colectividad -daños difusos-[798].

De conformidad a la jurisprudencia del Tribunal Cimero, como presupuesto de la responsabilidad civil el daño debe ser *real y determinado*[799], vale decir, *actual*[800] *o futuro pero cierto*, no pu-

---

[798] ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2005, p. 1. Pablo E. PERRINO, "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, 2001, Bs. As., p. 59, señala que *"En sentido jurídico el daño consiste en la lesión antijurídica a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales"*.

[799] Véase a título de ejemplo: "Odol S.A.I.C c/ Nación Argentina" (1982) Fallos 304:651 considerando 18; "Montini, Julio Haroldo c/ Empresa FF.CC. argentinos", Fallos 308:1655, considerandos 8 y 9; "Brumeco S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/cobro de Australes" (1990), Fallos, 313:907, considerando 4º. En "Carvallosa, Osvaldo C. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (1988), la Corte sostuvo que *"Tratándose de un reclamo indemnizatorio por el incremento de la contaminación acústica, es preciso probar con exactitud el perjuicio singularizado que sufre el reclamante, frente a los restantes miembros de la comunidad"*; cfr. Julio R. COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. AS., 2005, p. 1147.

[800] Así, por ejemplo, en la causa "Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Prov. de s/ daños y perjuicios", C.S.J.N., sentencia del 20 de marzo de 2003, la Corte rechazó el reclamo de *perdida de chance* de estudiar o trabajar, argumentada por el actor, en base a considerar que carecía de actualidad la afirmación de

Repositorio Institucional

diendo tratarse de una mera apreciación conjetural, hipotética o fundarse sólo en expectativas[801]; debe tratarse además de un daño *subsistente y apreciable económicamente*[802].

En el plano normativo, el artículo 1068 del código civil expresa: "*Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*". Por su parte, el primer párrafo del artículo 1069 del mismo texto dispone: "*El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras "pérdidas e intereses"*.

Del modo expuesto, con independencia del debate atinente a la extensión del resarcimiento en el caso de daños causados por el Estado –tema que será abordado más adelante-, es dable afirmar

---

la existencia de un perjuicio con un grado concreto de probabilidad de convertirse en cierto.

[801] Confróntese al respecto lo resuelto en los precedentes: "Revestek S.A. c/ B.C.R.A." (1995) Fallos 318:1531 -en el cual la mayoría de la Corte puso de manifiesto que no existe un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaria, es decir, que no puede pretenderse la existencia de un daño resarcible fundado en tal expectativa-; "Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas" (1989) Fallos, 312:1656 y "Cadesa S.A. c/ Estado Nacional" (1989) Fallos, 312:343, caso, éste último, en el cual la Corte resolvió denegar el resarcimiento pretendido por el actor en razón de la perdida de una licitación como consecuencia, de conformidad con las alegaciones del accionante, de la intervención societaria resuelta por el Estado Nacional durante el proceso de nacionalización de ciertos bienes –daño meramente conjetural-.

[802] Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7° edición, cit., p. 504. En el citado caso "Brumeco S.A.", la Corte dijo que "... *la responsabilidad extracontractual del Estado, comprometida por la actividad de sus órganos, genera un daño independiente de la antecedente relación entre la parte actora y su respectivo deudor...*".

Repositorio Institucional

aquí que el daño resarcible comprende tanto a los perjuicios patrimoniales (materiales o inmateriales) cuanto a los extrapatrimoniales. Así, resulta en principio indubitable la indemnización del daño moral, aun cuando deba anotarse la opinión de autores como Comadira, quien excluye el resarcimiento de tal tipo de daño en el caso de responsabilidad derivada de la actuación legítima del Estado[803].

En relación con la determinación del daño moral[804], en la precitada causa "Mochi, Ermanno" (2003), el Alto Tribunal señaló como pautas crematísticas: *a)* el carácter resarcitorio del rubro; *b)* la índole del hecho generador de responsabilidad; *c)* la edad de la víctima; y, *d)* la entidad del sufrimiento causado, el cual goza de autonomía estimativa respecto del daño material, pues no es accesorio de éste.

En el mismo precedente, la resarcibilidad del *daño psíquico* fue condicionada por la Corte a su permanencia, es decir, a la imposibilidad de repararlo mediante terapia psicológica temporaria[805]; en tanto que, con relación al *daño estético*, el Tribunal señaló su falta de autonomía respecto del daño material o moral, afirmando que se encuentra necesariamente subsumido en uno u otro o en ambos.

---

[803] COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, su necesario encuadre en el Derecho Público", cit. p. 565. ¿Pueden reclamar las personas jurídicas indemnización por daño moral?; BREBBIA se expide por la afirmativa, cfr. "Las personas jurídicas –y las sociedades comerciales en particular- como sujetos pasivos de agravio moral", L.L. (t.1991-A), p. 51, comentario al caso "Kasdorf S.A. c. Provincia de Jujuy y otro" (1990) –el Alto Tribunal se expresa por la negativa-.

[804] Código civil, artículos 1078, 1079 y 1080.

[805] Cfr. considerando 9.

Repositorio Institucional

Por último, es dable consignar que no es posible, al menos *a priori*, imputar al Estado responsabilidad derivada de daños punitivos, dado el carácter objetivo su atribución, sin perjuicio de lo cual no sea dable soslayar el carácter punitivo de las astreintes susceptibles de ser impuestas al Estado a fin de lograr el cumplimiento de obligaciones de hacer a cargo suyo –v. gr. el dictado del acto administrativo en el proceso de amparo por mora-[806].

b. Requisitos particulares: crítica

En el precedente "Columbia S.A. c/ B.C.R.A."[807] –en el cual se debatió la procedencia de un resarcimiento fundado en el daño provocado por modificaciones a la política financiera dispuestas por medio de actos administrativos de contenido normativo dictados por el Banco Central-, la Corte señaló: *"Que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, 1) la existencia de un daño cierto; 2) la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, 3) la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada ... A los cuales cabe añadir, atendiendo a la particular relación que en el caso vincula a las partes, la 4) necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también 5) la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño ...".*

---

[806] Félix A. TRIGO REPRESAS, "Daños punitivos", AA.VV., *La Responsabilidad, Homenaje al profesor Isidoro Goldemberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 290, recuerda que las astreintes art. 666 bis C.C. son un ejemplo de daño punitivo, como también lo es la cláusula penal, art. 652 del código civil, y los intereses punitorios 622, 2° párrafo del mismo texto.

[807] Fallos, 315:1026 (1992), considerando 7°.

Repositorio Institucional

Si bien es cierto que los dos recaudos señalados en último término refieren a la responsabilidad estatal por la llamada actividad lícita dañosa, razón por la cual, habiéndose negado la posibilidad de tal categoría, sería dable afirmar su improcedencia en los términos de la tesis aquí sostenida, no es menos cierto que ambos extremos argumentan a favor de la existencia de condiciones particulares del daño, circunstancia que convoca a su tratamiento a fin de discernir su vigencia autónoma como *extra* requisitos o bien su subsunción dentro de las notas comunes al perjuicio resarcible.

En el sentido expuesto, cabe acotar en primer lugar que, según se afirmó con anterioridad, el deber jurídico de tolerar o soportar ciertos daños no se vincula con el problema de la definición del acto lícito dañoso o del perjuicio resarcible, sino con la razón misma del derecho como sistema jurídico; esquema dentro del cual los derechos se ejercen conforme las leyes razonables que los reglamentan –arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional-, por lo tanto, no puede ser esta una condición particular del daño resarcible, dado que la lógica impone el razonamiento según el cual, o media un deber jurídico razonable de soportar el perjuicio o se está frente a un daño resarcible[808].

Desde el perfil del *análisis económico del derecho* el daño es definido como *una externalidad negativa causada a un tercero contra su voluntad, en razón de no haber sido posible negociar entre ambos los términos en que el segundo hubiese aceptado del primero la imposición de ese costo*[809], premisa en función de la cual, la exis-

[808] En contra, COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", cit. p. 566, en cuya opinión el deber jurídico de soportar ciertos daños constituye una nota distintiva del ámbito de la responsabilidad estatal derivada de su actividad lícita.

[809] Cfr. BUSTAMANTE, *Análisis económico de la responsabilidad civil*, en la obra colectiva, *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, director: Alberto BUERES, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 168/169.

Repositorio Institucional

tencia de un deber jurídico particular de soportar ciertos daños puede ser delimitada a partir de la consideración de irrelevancia jurídica de determinadas externalidades, de modo tal que la difusión de algunos efectos negativos –dañosos- no graven a su causante con la carga de la responsabilidad de su resarcimiento.

Ahora bien, distinto es el enfoque del referido recaudo cuando se abandona su análisis particularizado y se lo confronta con la doctrina del *sacrificio especial*, caso en el cual la hipótesis emergente difícilmente pude ser identificada plenamente con las notas generales que tipifican a la lesión resarcible. Esto es así porque la doctrina del sacrificio especial es traída a colación en situaciones en las cuales el daño goza de cierta generalidad –v. gr. responsabilidad por daños derivados de actos de contenido normativo, o bien perjuicios ocasionados por la ejecución de obras públicas o proyectos urbanísticos-[810], condicionándose su indemnización a la comprobación de un daño singular superior al de la afectación promedio provocada por la actividad desplegada por el Estado; en la diáfana prosa de Comadira "*... el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad*"[811].

Sin embargo, se impone una observación previa a la clausura de este punto a tenor de la cual, aun en caso de asumirse acríticamente la doctrina del *sacrificio especial* –tesis que mereció agudas

[810] Considérese que según la doctrina tradicional la responsabilidad estatal por acto lícito sólo encuentra cabida en el caso de ciertos actos administrativos tales como la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia de actos o contratos, y en el caso de los actos material y formalmente normativos –modificaciones a políticas económicas o fiscales, entre otros casos-.

[811] COMADIRA, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*, cit. p. 567.

Repositorio Institucional

críticas del profesor Marienhoff cuya consideración se hará más adelante-, su admisión no guardará, al menos en el contexto de esta obra, vinculación con la denominada responsabilidad estatal por acto lícito sino que será aceptada como un supuesto particular de concreción del daño resarcible en casos en los cuales los perjuicios resultan extensibles a una pluralidad *a priori* indefinida de personas.

4) PRESUPUESTOS DE IMPUTABILIDAD Y ATRIBUCIÓN:

a. Imputación y atribución

Según se afirmó en el capítulo tercero, *la responsabilidad de las personas jurídicas es indirecta*, en atención a que los daños que le son *imputables* resultan de actos, hechos u omisiones de sus representantes –directores o administradores- o de hechos u omisiones materiales de sus empleados –dependientes-, o bien, del riesgo o vicio de cosas de su propiedad, de conformidad a la regla contenida en el artículo 43 del código civil. Así, la idea de responsabilidad vicarial *edificada sobre la noción de representación* responde al canon del artículo 36 del mismo texto, razón por la cual los actos obrados por los funcionarios públicos *en ejercicio o con ocasión* de sus funciones, es decir, dentro de los límites del mandato, hacen responsable al Estado por los daños que de los mismos pudieran derivar hacia terceros.

En igual sentido, según se expuso, el empleo del estándar de la *representación aparente* contenido en el artículo 58 de la LSC, a tenor del cual el administrador o representante de la sociedad obliga a ésta *por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social ... salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción a la representación plu-*

Repositorio Institucional

ral, permite superar la vaguedad de la expresión *"o con ocasión de sus funciones"*, empleada por el artículo 42, primera parte del código civil, al mismo tiempo que reporta utilidad a efectos de superar el óbice para la atribución a las personas jurídicas de los daños obrados por sus representantes al margen de la voluntad negocial, es decir, en el campo de la ilicitud[812].

Resulta trascendente consignar también que la determinación de la existencia o inexistencia de representación aparente contribuye a determinar la imputación de los daños al Estado en el caso de las *vías de hecho* administrativas[813].

Por último, habiéndose adoptado el criterio de la representación aparente ejercida por parte de los *funcionarios públicos*, los daños causados por *empleados públicos* resultan indirectamente atribuibles al Estado en razón de lo expuesto en el artículo 1113 primer párrafo del estatuto civil; en tanto que para los casos de daños causados con las cosas o derivados del riesgo o vicio de cosas de propiedad estatal, son aplicables los párrafos 2° y 3° del mismo artículo –en ambos casos conforme a la remisión contenida en el artículo 43 del citado texto-.

Se indicó también en el acápite pertinente del capítulo tercero que, corolario lógico de la imputación indirecta de los daños a la persona jurídica es su atribución según un *factor objetivo*, es decir, bajo la consideración objetiva del perjuicio causado, con prescindencia de la intención dolosa o culposa de su autor. En este senti-

---

[812] Adviértase que el estándar empleado es también válido para el caso de los daños que derivan de omisiones formales y materiales imputables al Estado, pues colabora en la definición del ámbito obligacional del funcionario público.

[813] Cfr. Inés E. ROCCA, "El agente público. Inexistencia de Responsabilidad personal frente al damnificado", AA.VV., *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Fundación de Derecho Administrativo, Miguel A. López Olvera y Juan Martín Vocos Conesa –coordinadores-, Bs. As., 2003, p. 277.

Repositorio Institucional

do, *responsabilidad objetiva del Estado significa que la sociedad garantiza la resarcibilidad de la víctima* en aquellos casos en que el daño le ha sido causado por un funcionario o empleado público o por cosas de propiedad estatal, con fundamento en que quien se vale de una organización para el logro de sus cometidos debe responsabilizarse por los riesgos que derivan de la gestión de la misma.

Sin embargo, sin que quepa reiterar aquí las críticas que desde esta obra se han formulado a esta concepción, la jurisprudencia predominante asume la noción de falta de servicio como factor de atribución y la teoría del órgano a fin de justificar la imputación directa de los daños al Estado. En este orden de ideas se imbrica el precedente "Brescia"[814], en el cual la Corte puso de manifiesto: *"Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de asistencia a la salud de la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular ... Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad ..."*[815].

De igual modo, la doctrina mayoritaria se expide a favor de la imputabilidad derivada de la adopción de la teoría organicista, requiriendo la *recognoscibilidad* exterior del acto como provenien-

---

[814] "Brescia, Noemí L. v. Provincia de Bs. As. y otros", Fallos, 317:1921 (1994), considerando 18.

[815] En igual sentido "Olycon c/ Provincia de La Rioja", Fallos, 298:198, considerando 2.

Repositorio Institucional

te del Estado[816], poniéndose de manifiesto al respecto que la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado constituye un extremo objetivo que prescinde del requisito de la voluntariedad, de modo tal que las faltas de servicio imputables a un funcionario demente obrando dentro del marco de sus funciones, o bien los daños anónimos son también imputables al Estado, pues son situaciones de ilegitimidad objetiva[817].

Tal como se señaló, el factor de atribución preponderantemente aludido por el Tribunal Cimero es la falta de servicio en su vertiente objetiva, al cual se adiciona el riesgo creado en el caso de daños causados por o con cosas, según podrá confrontarse en la jurisprudencia citada más adelante. Se mencionan también como factores de atribución de daños al Estado: *a)* la tutela del crédito –ej. leyes de garantía de depósitos bancarios -; *b)* la seguridad social –ej. leyes que prevén resarcimientos a favor de los integrantes de las fuerzas de seguridad en caso de daños que les sean causados en el ejercicio de sus funciones; *c)* la equidad –ej. ley que reconoció indemnizaciones a aquellas personas privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto durante la última dictadura militar-; *d)* la garantía -ej. garantía de la correcta prestación de servicios ferroviarios ante su interrupción por paros sindicales-; y, *e)* el enriquecimiento sin causa[818].

---

[816] COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", cit. p. 566.

[817] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7° edición, cit., p. 503.

[818] PERRINO, "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", cit. p. 62. Pascual ALFERILLO, "Reflexiones sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio – económicos", Conferencia inédita dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Privado.

Repositorio Institucional

Cabe acotar, sin embargo, que si bien desde el perfil de la *tesis de la pertinencia normativa* no es dable aceptar la existencia de la teoría de la falta de servicio como factor objetivo de atribución reconocida su extraneidad a las reglas civiles[819] –cuestión que no ocurre en el caso del riesgo y la garantía de conformidad al juego armónico de los arts. 36, 42, 43 y 1113 del código civil-; es posible asumir pragmáticamente que *el riesgo y la garantía también demandan un correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas* –cfr. arts. 512 y 625 del código civil-. No obstante, tal similitud no basta a fin de deslindar situaciones en las cuales la responsabilidad del Estado resultará evidente desde la perspectiva de la falta de servicio y no tan clara desde el riesgo y la garantía como factores de atribución[820].

En relación con los restantes factores de atribución nominados para el caso de la responsabilidad del Estado, es dable plantear cuestionamientos ciertos a su aplicación a las personas jurídicas, al menos en su condición de *factores de atribución*. Así, los mencionados casos de la *tutela del crédito*, la *seguridad social* y la *garantía* –según el ejemplo dado- no parecen ser más que hipótesis de sometimiento voluntario a un régimen jurídico[821], ajenos a la

[819] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, Anexo N° 1. El citado autor menciona como factores subjetivos de imputabilidad a la *culpa* y al *dolo* y como factores objetivos de atribución: *a)* el abuso del derecho -art. 1071-; *b)* el exceso de la normal tolerancia entre vecinos -art. 2618-; *c)* la garantía -art. 1113, primer párrafo, responsabilidad del principal por hechos del dependiente-; *d)* el riesgo –responsabilidad del dueño o guardián por los daños causados por cosas inanimadas -art. 1113, 2° y 3° párrafo-, y el hecho del animal -art. 1124-; y, *e)* la equidad –actos involuntarios, art. 907-.

[820] Confrontar la jurisprudencia citada en este mismo acápite en relación con los daños causados por el uso policial de armas de fuego.

[821] Este es el caso de la ley Nº 24.043, que acordó resarcimientos dinerarios a quienes estuvieron a disposición del Poder Ejecutivo o de autoridades militares

Repositorio Institucional

delimitación conceptual otorgada a la *responsabilidad civil*, pues, al menos en principio y en abstracto, no hay nexo causal adecuado que permita atribuir al Estado los daños derivados de la quiebra de una entidad financiera, o provocados por un paro de trabajadores, o causados por terceros a miembros de las fuerzas de seguridad. Además, en particular, la situación de los miembros de las fuerzas de seguridad está dentro del marco legal de sujeción que los vincula con el Estado[822].

Por otra parte, no parece que la equidad pueda ser un factor de atribución de daños para el caso de una responsabilidad vicarial y objetiva, pues la condición de voluntariedad o involuntariedad de los actos –art. 907 del código civil- no es predicable de la persona jurídica Estado.

Por último, cabe consignar que resulta difícil imaginar situaciones, al margen de relaciones de tipo contractual, en las cuales el *enriquecimiento sin causa*, juegue un rol autónomo como factor de atribución de daños al Estado[823].

---

durante el periodo de facto 1976/1983, cuyos beneficios fueron extendidos en el precedente "Yofre de Vaca Narvaja, Susana c/ Ministerio del Interior" (C.S.J.N., 14 de octubre de 2004), a una persona que durante el mismo periodo estuvo asilada en condición de refugiada política.

[822] Así, en el caso "Asentí, Eduardo N. c. Estado Mayor Gral. del Ejército" (1998), Fallos, 321:3363, cuyo hechos remiten a la demanda entablada por un sargento retirado del ejército contra el Estado por los daños que había sufrido en su participación en el conflicto de Malvinas, la Corte Suprema, confirmando los fallos de las instancias anteriores, señaló que los daños que se le habían proferido al suboficial dentro del marco del conflicto bélico no originaban responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de las previsiones contenidas en las normas específicas y que, en cualquier caso, la compensación de los damnificados por parte del Estado, dado su número, sólo podía ser dispuesta por el Poder Legislativo, en razón de la solidaridad.

[823] Así, por ejemplo, en el caso de la revocación por razones de ilegitimidad de un contrato de obra pública adjudicado previa licitación pública, el enriqueci-

Repositorio Institucional

b. Imputación por el uso de armas de fuego

Estos casos plantean problemas particulares, pues si bien la imputación al Estado resulta de la consideración de las circunstancias en las cuales el daño fue proferido por el agente, es decir, si el perjuicio fue causado o no en ejercicio o con ocasión de la función pública por él desempeñada; la cuestión se complica al considerarse el tema de la propiedad y la guarda del arma –cosa riesgosa- con la cual se causa el daño.

A efectos de ejemplificar la situación, es dable traer a colación un señero caso de la jurisprudencia mendocina[824], en el cual, con el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, el tribunal señaló que los posibles factores de atribución en estos casos son: *a)* Responsabilidad *directa* del Estado por ser el dueño de la cosa -art. 1113-, caso en el cual deberá probarse la relación causal entre el arma y el daño, es decir, que el daño no hubiera podido ser causado con cualquier otro objeto, supuesta la voluntariedad de la víctima, tal como aconteció en el precedente analizado; *b)* Responsa-

---

miento estatal alegado y probado por el hipotético actor, supuesta la ejecución parcial de la obra comitida, resulta imputable al Estado conforme al deber de garantía que a éste le cabe por el obrar ilícito de los funcionarios que decidieron la contratación irregular.

[824] "C., H. L. y otro en j° 110.217/25.686 C., H. L. y otro c. Gob. de la Provincia –Policía de Mendoza s/ ord. s/inc.-", SCMendoza, sala I, julio 26-2002, E.D. Administrativo, octubre de 2002, p. 21; los hechos del caso remiten a la trágica muerte de un agente policial y de su novia adolescente, hija de los actores de la causa, evento que tuvo lugar en el interior de un departamento al que los jóvenes habían ingresado voluntariamente, y que fue consecuencia del efecto de dos disparos realizados con el arma por el policía. Dado que los jóvenes fueron encontrados acostados en una cama, la investigación estimó que el policía se había suicidado luego de dispararle a su novia, sin que mediaran signos de violencia previa, circunstancia de la cual se infirió la existencia de un acuerdo anterior entre ambos. Véase también, José L. CORREA, "Responsabilidad del Estado por disparo de arma de fuego de personal policial", L.L. suplemento de D.A., febrero de 2003.

Repositorio Institucional

bilidad *directa* del Estado por ser quien organiza el servicio de seguridad entregando un arma para el cumplimiento de sus fines, con fundamento alternativo, según jurisprudencia y doctrina diversa, en el art. 1112, o bien, en el artículo 43, o en la posición de garante del Estado de conformidad al derecho público provincial y al artículo 1113, situación en la cual la jueza actuante cita un plenario del Superior Tribunal de Córdoba -24/11/98- en el que se resolvió que "*... el Estado no responde por el accionar ilícito de su dependiente agente policial cuando éste utiliza el arma contra la voluntad de aquél, siendo ésta la razón que fundamenta la causal de exoneración de responsabilidad objetiva prevista por el art. 1113 en su último párrafo*" –cabe anotar que el caso trataba de un daño provocado por un agente con un arma reglamentaria fuera del horario de servicio y en estado de ebriedad-; *c)* Responsabilidad *indirecta* del Estado, por el hecho de sus dependientes -art. 1113, párrafo primero-, hipótesis en la cual, si el daño acontece fuera del marco del ejercicio u ocasión de las funciones no podría probarse su vinculación con el servicio; *d)* Responsabilidad *directa subjetiva* del Estado, por proveer culposamente una cosa peligrosa a persona no apta para portarla, caso en el cual debería probarse la falta de aptitud del sujeto, cuestión dable de ser inferida de los antecedentes o de la conducta previa del agente.

Señala la jurista citada en el caso glosado que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Cimero es necesario "*... que el daño encuentre fundamento en la función, o sea, que guarde alguna conexidad con el hecho producido*"[825], sin perjuicio de que, en algunos casos "*... esa conexidad" se deriva de la obligación de portar el arma aun estando fuera de servicio*". La jurisprudencia citada se

[825] Con cita de los casos "Panizo c. Ricciardelli", (1976) Fallos 300:639; y "B., B. G. c. Provincia de Misiones" (1994) Fallos 317:728.

Repositorio Institucional

completa, en el mismo hilo argumental, con los precedentes "Furnier"[826], "Scamarcia"[827] y "Cossio"[828].

Haciendo mérito de la jurisprudencia referida, se ha afirmado en doctrina *que el factor objetivo de recognoscibilidad exterior de la función de seguridad que permitiría imputar en estos casos los daños al Estado estaría dado por la simple tenencia del arma reglamentaria o bien por la razonable relación del daño con las exigencias propias del cargo*[829]; conclusión que merece ser destaca-

[826] Fallos (1994) 317:1006.

[827] Fallos (1995) 318:1715.

[828] Sentencia del año 2004, daño causado en situación de franco de servicio. Este caso, conjuntamente con los dos precedentes citados en las notas anteriores son referidos por Gisella ZINGARETTI, "La responsabilidad del Estado por actividad ilegítima de un agente de policía. Actualidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación a la luz del caso "Lioi" de la Cámara Civil y Comercial", EDA, 2005, 259 –comentario al caso "Lioi, Ester y otro c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior- s/ daños y perjuicios" CNCiv. Y Com. Fed, Sala III, 24 de febrero de 2005. El caso "Lioi" presenta aristas de interés particular en tanto el tribunal actuante condenó al Estado por la muerte de un menor causada por el disparo proferido por un oficial de la fuerza policial fuera de servicio, quien supuso, erradamente, la comisión de un ilícito por parte del menor sobre un automóvil de su propiedad e identificándose como policía disparó con un *arma personal*, es decir, no con el arma reglamentaria. La situación es particular pues no puede argüirse aquí la propiedad del arma como modo de imputación, por lo que sólo es posible la imputación a raíz de la defectuosa prestación del servicio. El tribunal estimó que la potestad de usar el arma era justificación suficiente para la imputación al Estado, ya que la actuación del subcomisario constituyó un accionar policial y no la legítima defensa de bienes propios.

[829] Cfr. el preciso comentario de Gisella ZINGARETTI. En igual sentido: "G., D.A. c. Policía Federal Argentina y otro s/ daños y perjuicios", CNCiv. y Com. Fed., sala II, junio 6-2002, EDA, 2005, 259, p. 21., en el cual el Tribunal actuante puso de manifiesto que "*Si bien el acto imputado* –homicidio cometido por un agente fuera de servicio- *no fue realizado dentro de los límites específicos de la función propia del cargo, no hay duda que encontró fundamento en aquella, toda vez que sólo fue posible en la medida que derivó de sus exigencias. En efecto, el*

Repositorio Institucional

arma utilizada había sido provista por la repartición y era obligación... portarla permanentemente... es evidente que existe una razonable relación entre el cargo y el daño producido... lo que compromete la responsabilidad del Estado". En una vertiente distinta de análisis, la CNCiv. y Com. Fed., sala I, abril 17-2001, en el caso "M. de L., M. N. C. Estado Nacional –Ministerio de Defensa – Ejercito Argentino y otro s/ daños y perjuicios varios" -E.D., diario del 20 de enero de 2003, p. 3-, si bien en principio excluyó la responsabilidad de *Estado como principal*, en un caso en el cual un suboficial del Ejercito mató a una persona empleando un arma de propiedad de La Fuerza, dado que el empleo de la misma había ocurrido fuera del servicio de guardia para el cual se le había entregado, situación en la cual el dependiente no se encontraba bajo las órdenes del principal en ejercicio o con ocasión de tareas castrenses; finalmente condenó a la demandada al considerar que el Ejercito Argentino no había demostrado la falta de culpa en preservar la correcta utilización de objetos riesgosos, correspondiéndole la vigilancia y custodia de esos instrumentos, culpa *in vigilando* que no exime a la persona jurídica de los daños causado con la cosas de su propiedad, aun contra su voluntad. En sentido contrario, en el precedente "D., C. del R. c. F. L. y Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ sumario" -C.S., 30 de mayo de 2001, EDA, 31 de octubre de 2001, p. 13- El Alto Tribunal señaló que no cabía responsabilizar al Estado Federal por el homicidio provocado en una pelea por un suboficial retirado de las Fuerzas Armadas empleando a tal fin el sable reglamentario que la Armada le había entregado al momento de disponerse su pase a retiro. La Corte Suprema entendió que "*... quienes ostentan el estado militar en situación de retiro ... no desempeñan función estatal alguna, y, por tanto, su actividad dañosa no es imputable a la Administración*" –considerando 8°-, conclusión a la cual agregó "*Que también debe ser descartada la responsabilidad del Estado a la luz del art. 1113, párr. 2° del cód. civil. Según el ... Régimen de Vestuario ... el sable en cuestión formaba parte del uniforme de los oficiales superiores, que ... al producirse el pase a situación de retiro, la Armada debía dejarles en propiedad ... Es erróneo entonces, atribuir responsabilidad al Estado Nacional por la indebida utilización de una cosa de la que no era dueño y de la que tampoco era guardián ya que no tenía el manejo ni el empleo de ella*" -considerando 11-, adicionando, a mayor detalle, "*Que la exclusión de la responsabilidad del Estado no variaría aun cuando, del modo en que lo hizo la Cámara, se partiera de la base de que el Estado nunca se desprendió de la propiedad del sable. En efecto, el uso que le dio P. En la comisión del hecho dañoso tendría su encuadramiento en el supuesto previsto en el párr. 3° del art. 1113 del cód. civil, lo cual eximiría a la Administración de la responsabilidad que pretendiera atribuírsele en aquellos términos*" –considerando 12-; indi-

Repositorio Institucional

da en tanto permite apreciar que el empleo del factor de atribución *falta de servicio* plantea un esquema de imputación más generoso en consecuencias que el de la *representación aparente* emergente de los artículos 36 y 43 del código civil, con lo cual resulta dubitable, al menos en las situaciones descriptas, la crítica a tenor de la cual la aplicación de la legislación civil es en todos los casos perjudicial al Estado al no contemplar las particularidades de su accionar.

c. Situación de las descentralizaciones

¿Es dable imputar a la administración centralizada los daños indirectamente atribuidos a sus descentralizaciones autárquicas y no autárquicas?[830]; encontrar una respuesta a este interrogante es el objeto de este acápite.

c.1. Entidades autárquicas

Si bien se ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra dos etapas bien marcadas en relación con esta cuestión, una primera en la cual se afirmó la

---

có, por último, el Tribunal *"Que por lo demás, y a todo evento, puede agregarse que la entrega del sable a P. no pareció ser la causa adecuada del homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, sino que aquel fue una consecuencia remota de dicha entrega (art. 906, cód. civil.)* –considerando 13-.

[830] Tal como señala Julio COMADIRA, la autarquía es una especie del género descentralización, *Derecho Administrativo,* segunda edición actualizada y ampliada, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cap. XVI, "La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (a propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos)", p. 422. Véase también, Carlos F. BALBÍN, "La responsabilidad del Estado por los entes descentralizados", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público,* Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, ps. 133/167, en especial, p. 135.

Repositorio Institucional

idea de un patrimonio único común a la administración centralizada y a los entes autárquicos, y la segunda, aun en desarrollo, en la cual el Alto Tribunal distingue los patrimonios y por lo tanto responsabiliza a los entes autárquicos en forma exclusiva[831]; entiende el profesor Comadira que en la causa "Boccara", el Tribunal Cimero ratifica el criterio de la responsabilidad subsidiaria del Estado centralizado, al considerar que el rechazo de la demanda contra el Estado Nacional, fundado en la responsabilidad directa de la entidad autárquica B.C.R.A., dotada de personalidad y patrimonio propio, no impide considerar la responsabilidad subsidiaria del Estado Central por los daños causados por la descentralización, cuestión que si bien no fue debatida en el caso surge del hecho de que la procedencia del recurso ordinario de apelación se basó en la consideración de que la Nación estaba comprometida como parte indirecta en el juicio -art. 24, inc. 6°, ap. a), dec.-ley 1285/58-[832].

---

[831] Cfr. BALBÍN, "La responsabilidad del Estado por los entes descentralizados", cit, ps. 135/137. Este autor cita, como ejemplos de la etapa en que la Corte sostuvo que los bienes asignados a las entidades descentralizadas para el cumplimiento de sus fines pertenecían al Estado Central, los casos "Provincia de La Pampa c/ Consejo Nacional de Educación" (1962) Fallos 252:375 y "Gerardo Gómez c/ Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS82 TV Canal 7" (1969) Fallos 273:111. La modificación de tal criterio, deslindando la responsabilidad del Estado Central por la actividad de una entidad autárquica -B.C.R.A.-, se habría operado en la causa "Boccara, Armando c/ Nación Argentina" (1970) Fallos 277:225, caso en el cual la Corte enfatizó que la condición de personalidad jurídica independiente del B.C.R.A., dotada de patrimonio propio, impedía atribuir responsabilidad al Estado Central, sin perjuicio de que el ente pertinente estuviera creado como autarquía dentro de la esfera del ministerio de economía de la Nación. Este criterio habría sido reiterado en el precedente "Medina, Alberto A. c/ prov. de Tucumán", sentencia del 15 de octubre de 1985.

[832] COMADIRA, *Derecho Administrativo*, cit., p. 430.

Repositorio Institucional

El carácter indirecto de la responsabilidad del Estado en el caso de daños imputables a sus entidades autárquicas es fundado por algunos autores en el derecho privado, a modo de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente -art. 1113, párrafo 1° del código civil- (Marienhoff)[833], en tanto que otros encuentran tal solución en normas a las cuales califican de *iuspublicas*, apelando al criterio del *patrimonio único* y a la idea de comunicabilidad entre patrimonios (Barra), o bien, la unidad patrimonial con afectación específica en el caso de las descentralizaciones (Comadira)[834]. El carácter *indirecto* de la responsabilidad del Estado central en las situaciones examinadas, criterio que reconoce el desdoblamiento de personalidad jurídica al mismo tiempo que enfatiza la unidad patrimonial estatal, induce a Comadira a afirmar

[833] En igual sentido, Olga P. ARRABAL de CANALS, "Análisis crítico de la responsabilidad del Estado por los entes descentralizados, con particular referencia al Banco Central de la República Argentina y los bancos de datos", autora que entiende que le cabe al Estado Central responsabilidad indirecta, objetiva y subsidiaria, bajo la aplicación analógica del art. 1113 del C.C., por el obrar o la omisión del B.C.R.A. en los casos de abusos cometidos por los bancos de datos, AA. VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Bs. As., 2005, p. 384.

[834] El análisis esquemático de los diversos fundamentos es expuesto por BALBÍN, "La responsabilidad del Estado por los entes descentralizados", cit, ps. 137, artículo del cual ha sido tomado. Señala COMADIRA, *Derecho Administrativo*, cit. p. 427, que la unidad del patrimonio del Estado es una idea que supera el problema de las titularidades formales que corresponden a los entes, poniendo de manifiesto, a fin de ratificar el fundamento de su tesis, que las registraciones de inmuebles deben hacerse a nombre del Estado Federal con indicación del nombre del organismo al cual el bien está afectado; no obstante, señala el jurista que "*... el ente no es equiparado a la condición de un mero órgano despersonalizado del Estado, comprometedor de su responsabilidad directa, toda vez que al mantener su propia personalidad el Estado sigue siendo "otro" a su respecto; empero, el poder jurídico de disposición que a éste le asiste sobre el patrimonio del ente, y que incluye decidir sobre su propia existencia y subsistencia, justifica la responsabilidad estatal*".

Repositorio Institucional

la condición *subsidiaria* de tal responsabilidad, de modo tal que ella sólo puede hacerse efectiva una vez agotadas las posibilidades patrimoniales propias de los entes descentralizados[835], criterio que el jurista estima adoptado en el caso "López de Aguirre, Marcelina v. Empresa de Ferrocarriles Argentinos"[836].

La afirmación de unidad patrimonial de dos personas jurídicas distintas es cuestionada por Balbín, en cuya opinión no es posible fundar en tal premisa la responsabilidad indirecta y subsidiaria del Estado, razón que lo lleva a reconstruir el argumento a partir de la idea de "tutela administrativa" del Estado central respecto de las entidades autárquicas[837]; según el autor "*La tutela administrativa no confunde la personalidad o los patrimonios del Estado central y los de los entes descentralizados, pero hace nacer la responsabilidad de aquel en razón del control que ejerce respecto de estos últimos*".

Por último, resulta procedente citar a Bianchi, en cuya opinión la ficticia afirmación de existencia de responsabilidad indirecta del Estado centralizado por la actividad de las entidades descentralizadas, se derrumba al ser confrontada con el sistema de unidad de caja –art. 80, ley Nº 24.156 de administración financiera del sector público nacional- en función del cual es la Tesorería ge-

---

[835] COMADIRA, *Derecho* Administrativo, cit. p. 430, se trata, en suma, de una responsabilidad *indirecta y subsidiaria*. En igual sentido se expresa, David A. HALPERÍN, "La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas", R.D.A., año 3, 1991, Depalma, Bs. As., p. 55.

[836] CNC, sala C, 14 de mayo de 1991.

[837] BALBÍN, "La responsabilidad del Estado por los entes descentralizados", cit, ps. 141/142. Conforme la opinión del autor, la tutela adquiere expresión en: *a)* la potestad de designación y/o remoción de los directorios de las autarquías; *b)* el control de legitimidad y eventualmente de oportunidad de sus actos; *c)* la intervención, disolución y/o liquidación del ente. El carácter subsidiario de tal responsabilidad se funda, en opinión de Balbín, en el artículo 1113 del código civil.

Repositorio Institucional

neral de la Nación el lugar de donde sale el dinero para afrontar los pagos indemnizatorios que correspondieren, situación que le permite enunciar que "*... el Estado es siempre responsable en forma directa, no importando a estos efectos que el hecho productor de la responsabilidad se genere en la Administración central o en la descentralizada*"[838].

Para concluir, es dable afirmar que difícilmente pueda aceptarse la existencia de una *acción directa* contra el Estado central, dada la presencia incontrastable de personas jurídicas distintas, dotadas, cada una de ellas, de un patrimonio propio. Ahora bien, la inexistencia de una acción directa de responsabilidad no autoriza a inferir que la responsabilidad del Estado central sea indirecta, pues mediaría aquí un defecto lógico de análisis al confundirse inexistencia de acción directa con responsabilidad vicarial[839] -sin perjuicio de asumir como coyunturalmente válido el argumento procesal esgrimido por Comadira-; prueba de este aserto es la referencia a una hipotética relación principal/dependiente entre dos construcciones lógicas. No obstante, es evidente que se trata de personas jurídicas vinculadas tanto por las relaciones de tutela cuanto por la comunicabilidad de sus patrimonios, que deviene del criterio de unidad de caja y de la propiedad de los bienes, con independencia de su afectación específica. Esta particular condición

---

[838] Alberto B. BIANCHI, "La responsabilidad de los Entes Reguladores", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit. p. 167. Véase también lo resuelto por la C.S.J.N. en el caso "Bank of New York S.A. c. Dirección General de Fabricaciones Militares s/ incumplimiento de contrato" (agosto 2 de 2005), E.D. Administrativo, febrero de 2006, p. 18, en particular considerando 9.

[839] En este sentido, la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios es indirecta, dada su condición de persona jurídica, y sin perjuicio de ello existe una acción directa para requerir de esa persona jurídica el pago de las indemnizaciones que correspondieren.

Repositorio Institucional

permite atisbar jurídicamente algo que fácticamente es obvio: *tras el velo de la personalidad jurídica diversa yace el mismo Estado*; por ello, la idea de una responsabilidad subsidiaria (no indirecta) del Estado central, sólo articulable en caso de insolvencia del ente autárquico, resulta compartible cualquiera sea el argumento jurídico que la justifique.

c.2. Formas societarias

Resulta oportuno plantear ahora el caso de las descentralizaciones bajo forma empresarial, es decir, las situaciones atinentes a la responsabilidad del Estado por los daños causados por las Sociedades del Estado (ley Nº 20.705), las Sociedades de Economía Mixta (decr. Ley 15.349/46), las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (reguladas en la ley de sociedades comerciales Nº 19.550) y las Sociedades Comerciales en las cuales el Estado tiene participación.

El análisis en torno a este punto debe partir de la consideración del artículo 69 de la ley complementaria permanente de presupuesto que al efecto dispone: *"[L]as sentencias judiciales no alcanzadas por la ley Nº 23.982, en razón de la fecha de la causa o título de la obligación o por cualquier otra circunstancia, que se dicten contra las sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, empresas del Estado y todo otro ente u organización empresaria o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial, en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro Nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales"*.

Según se afirma, la inexistencia de responsabilidad del Estado respecto de los daños causado por las descentralizaciones no

Repositorio Institucional

autárquicas se ve ratificada por la inclusión de las empresas públicas dentro de los sujetos susceptibles de ser declarados en concurso, conforme su mención en el artículo 2° de la ley Nº 24.522, cualquiera sea el porcentaje de participación que posean en el capital social[840]. Si bien la inclusión de las Sociedades del Estado dentro del régimen de la ley concursal suscita dudas, dada la condición de *único socio* que el Estado reviste en ellas, su carácter de ente empresarial contribuye a una interpretación favorable a su concursabilidad[841].

c.3. Concesionarios de obras y de servicios

El punto a tratar requiere una advertencia liminar respecto a que, bajo el rótulo de la concesión de servicios públicos se incluye a todas las formas jurídicas que traducen una vinculación contractual entre el Estado y el proveedor privado de una actividad regulada de prestación monopolista, es decir, contempla a la figura de la licencia en cuanto forma contractual[842].

---

[840] MERTHEIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit. ps. 228/230.

[841] Es de esta opinión MERTHEIKIAN. En contra, Santiago C. FASSI y Marcelo GHEBART, *Concursos y Quiebras*, Astrea, Bs. As., 1996, p. 17, autores que fundan la exclusión de tales entes en la imposibilidad de participación privada; de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 20.705. En el artículo antes citado, p. 145, BALBÍN sostiene que la regla de la irresponsabilidad estatal por los actos dañosos imputables a las descentralizaciones no autárquicas no incluye a las sociedades del Estado prestatarias de servicios públicos, dado su fin público y la titularidad estatal del servicio.

[842] Según se puso de manifiesto en otro lugar, la expresión *servicio público* alude a una pluralidad de actividades económicas sujetas, en mayor o menor medida, conforme las condiciones de competencia en cada sector, a estándares de regulación estatal cuya razonabilidad resulta dependiente de su racionalidad económica y de la consideración de ciertos intereses sociales de relevancia; cfr. Oscar A. CUADROS, *Bases constitucionales de la regulación pública*, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999, *passim*.

Repositorio Institucional

Dicho esto, es dable compartir la opinión de aquellos autores que, partiendo del riesgo y ventura contractualmente asumido por el prestador del servicio público[843] –concesionario o licenciatario- o bien por el concesionario de obra pública[844], y de su actuación por propio derecho, niegan que el Estado pueda ser responsabilizado por los daños atribuibles a actos, hechos u omisiones imputables a tales sujetos[845].

---

[843] Señala al efecto Laura M. MONTI, "La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos", AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, RAP, Bs. As., 2004, ps. 597/607, que "*Más allá de la postura que se adopte, una fórmula práctica consiste en examinar las previsiones de los contratos de concesión o, si no las hay, las estipulaciones de los pliegos de bases y condiciones que rigieron la licitación respectiva, para saber qué establecen al respecto*", p. 601. De conformidad a la opinión del profesor Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cuarta edición, cit., XX-8/9-, "*Algunos autores se han preguntado si el Estado sería responsable por los hechos y omisiones de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos. La culpa in vigilando o in eligendo sustentarían clásicamente una respuesta afirmativa, pero esa responsabilidad se traslada ahora en los contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacérsele por el ejercicio de la concesión*".

[844] En este sentido parece inclinarse la jurisprudencia actual de la Corte Federal, tribunal que, calificando a la relación entre usuario y concesionario de una ruta como contractual, responsabiliza a éste último por los accidentes sufridos por el usuario si ha mediado violación del deber de seguridad a cargo de la empresa que explota el corredor mediante el cobro del peaje; véase al respecto los precedente "Ferreyra, Víctor M. y otro c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios", y "Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A.V.C.", sentencias del 21 de marzo de 2006, E.D. Administrativo, mayo de 2006.

[845] Cfr. Alejandro PÉREZ HUALDE, *El concesionario de servicios públicos privatizados –La responsabilidad del Estado por su accionar-*, Depalma, Bs. As., 1997, en cuya opinión, "*... como consecuencia del hecho de que el concesionario actúa per se, de iure proprio, no existe responsabilidad del Estado por el hecho del concesionario*", extendiendo esa conclusión aun al supuesto de insolvencia del concesionario, dada, en ese caso, la pertinencia del rescate, ps. 75/80. En igual

Repositorio Institucional

No constituye un óbice a la conclusión antes expuesta la admisión de la responsabilidad contractual del Estado como parte concedente –frente al concesionario- y extracontractualmente, como príncipe o legislador de las reglas regulatorias –frente al concesionario, a los usuarios y a terceros-[846].

sentido, Ismael FARRANDO (h), "La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios", Actualidad en Derecho Público, vol. 15/16, Bs. As., Ad-Hoc, 2001, p. 65. Laura M. MONTI, "La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos", cit., p. 601. Pablo E. PERRINO, "La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia", AA.VV, *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., Bs. As., 2001, p. 609. Distinta sería la conclusión si se admitiera la teoría de Rodolfo C. BARRA respecto de la llamada *delegación transestructural de cometidos*, pues el concedente adquiriría frente al usuario, a tenor de esta tesis, el mismo *status* que el concesionario, con su consecuente responsabilidad –Cfr. *Contrato de Obra Pública*, Bs. As., Ábaco, 1984, T.1, p.346 y ss.-. Véase también, Martín R. YMAZ VIDELA e Esteban R. YMAZ COSSIO, "Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas", L.L. 1997, F-1013. Gustavo SÁ ZEICHEN, "La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los Entes Reguladores de servicios públicos", R.D.A., Depalma, año 1998, año 10, Bs. As., p. 155.

[846] Así lo expone PÉREZ HUALDE en su citado trabajo *El concesionario de servicios públicos privatizados –La responsabilidad del Estado por su accionar-*. En el mismo orden de ideas, afirma Carlos M. GRECCO – "Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., Bs. As., 2001, ps. 308/309- que "*... si hay alguna causal a la cual se puede reconducir la responsabilidad de la Administración y no del concesionario, es la inserida en las potestades de interpretación que indiscutiblemente tiene la Administración en toda la dinámica de la ejecución contractual ... Precisamente a través de esa norma capital* –refiere al art. 12 de la LPA- *aplicada a la modificación unilateral, a los poderes de inspección, fiscalización y vigilancia y a las potestades de interpretación, es que, siempre y cuando el daño sea consecuencia directa e inmediata de estas decisiones, queda desplazada la responsabilidad del concesionario y trasladada a la Administración que responderá, en ese caso, no por el hecho, acto u omisión de otro, sino por un hecho, acto u omisión suyos*". Señala MONTI como casos dudosos -en el artículo citado en

Repositorio Institucional

5) PRESUPUESTO DE RELACIÓN CAUSAL

a. La causalidad adecuada

Explica Bustamante Alsina que "*El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa*"[847]. Por su parte, acota Goldemberg que el requisito de la causalidad, aparte de constituir un presupuesto general de la responsabilidad, cumple la función de precisar el alcance de la reparación "*... ya que el daño es indemnizable sólo en la medida en que responde al hecho generador como consecuencia jurídicamente atribuible al responsable...*"[848].

---

este acápite- a posibles aumentos tarifarios ilegales o la negativa estatal a recomponer tarifas que culmina en perjuicios a los usuarios dada la imposibilidad del concesionario de ejecutar obras de infraestructura. Otro problema es el que presentan los bienes de propiedad del Estado afectados a una concesión con relación a los daños que pudieran causar, caso en el cual estima posible probar la condición de guardador investido por el concesionario.

[847] Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", L.L. 1991-E, 1376, en su obra *Teoría general de la responsabilidad civil* - novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 268 y ss-, el autor refiere las diversas teorías que se han esbozado respecto de la relación causal, mencionando: *a)* teoría de la equivalencia de las condiciones; *b)* teoría de la causa próxima; *c)* teoría de la condición preponderante; *d)* teoría de la causa eficiente; *e)* teoría de la causa adecuada; *f)* teoría del seguimiento continuo del efecto dañoso.

[848] Isidoro H. Goldemberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1894, ps. 54/56.

Repositorio Institucional

En particular, la *teoría de la causa adecuada* concibe como causa de un evento determinado a *"[A]quella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado..."*[849], de modo tal que, el resto de las condiciones, las cuales regularmente –conforme la previsibilidad en abstracto dable de ser empleada por un hombre de mentalidad normal- no producen ese efecto, sólo pueden ser consideradas como antecedentes o factores concurrentes[850].

A tenor de lo dispuesto en el artículo 901 del código civil, las consecuencias de un hecho pueden ser inmediatas, mediatas o casuales; según expresa el texto en cuestión: *Las consecuencias de un*

---

[849] Así, a modo de ejemplo es dable citar el caso "D.V. c. ANA s/ proceso de conocimiento" -CNCont.-adm. Fed, sala IV, febrero 10-2000, publicado en E.D. Administrativo, julio de 2000, p. 22- en el cual se expresó que "*El error imputable a un funcionario de aduana que coloca una fecha de vencimiento inusual, un año y medio, a un formulario de Admisión temporaria Vehículos de Turistas, no resulta una causa adecuada para condenar al Estado al resarcimiento de los daños que la actuación policial que culmina en la detención y posterior procesamiento de los detentadores del vehículo es susceptible de generarles a éstos, si a tal causa cabe sumarle una serie de elementos de sospecha respecto de la posibilidad de comisión del delito de contrabando por parte de los tenedores del vehículo, quienes vivían y trabajaban en la Argentina y habían argumentado la calidad de turistas al momento del ingreso del vehículo al país*".

[850] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 270. En la p. 271, explica el autor glosado que la *teoría del seguimiento continuo del efecto dañoso* resulta útil en aquellos casos en los cuales el daño por el cual se acciona es el resultado de hechos antecedentes que se producen en forma concurrente, no en forma sucesiva, derivando un mal de otro mal que ha actuado como su causa. Entonces, en el caso de los daños en cascada, la determinación de la causa idónea del resultado dañoso precisa remontar la cadena causal desde el resultado dañoso hasta encontrar en sus hechos antecedentes un factor subjetivo u objetivo de atribución que al aparecer dentro del proceso causal provoca su interrupción permitiendo atribuirle responsabilidad a un sujeto determinado como autor de un daño que, aun cuando no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla, en vinculación al mismo, en una relación adecuada de causalidad.

Repositorio Institucional

hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman "consecuencias casuales".

Explica Goldemberg que el régimen de imputaciones contenido en el Código Civil, permite distinguir las siguientes hipótesis: "*a) Consecuencias inmediatas. Son siempre imputables al autor del hecho (arts. 520 y 903). b) Consecuencias mediatas. Son imputables en tanto y en cuanto sean previsibles en abstracto (art. 904), o resulten de la inejecución maliciosa de la obligación (art. 521). c) Consecuencias casuales. Como regla general son inimputables (art. 905, parte 1°), con las excepciones siguientes: 1) cuando fueren tenidas en mira por el agente y su acción resulte idónea para producirlas (art. 905, parte 2°), y 2) en el caso de que la acción del sujeto hubiera precedido al caso fortuito, constituyéndose en condición adecuada del evento dañoso (art. 513). d) Consecuencias remotas. No se responde por ellas en ningún caso, ya que por su lejanía con el hecho antecedente en el iter causal, quedan al margen de todo cálculo previsivo*"[851].

[851] GOLDEMBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., ps. 133/135; continua exponiendo el autor citado: "*Por medio de los arts. 901 a 906, que deben ensamblarse en la labor hermenéutica con las pautas circunstanciadas contenidas en el art. 512 y con la figura del dolo como elemento configurativo del delito civil, se llega a vertebrar una teoría general sobre el debatido problema de los límites de la reparación civil. En ella ocupa un lugar de preferencia el criterio de la previsibilidad, sobre el que se asienta el sistema de imputación de las consecuencias organizado por el Código*". Explica también –p. 132- que "*... como aplicación particular en el ámbito de la responsabilidad refleja por actos ilícitos cometidos por directores, administradores o dependientes de personas colectivas, que la directiva de la causalidad adecuada viene a circunscribir el alcance del art. 43 del Código en cuanto a los daños que se produzcan en "ocasión" de las*

Repositorio Institucional

Con relación a la extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva, refiere Godemberg que en las VII Jornadas de Derecho Civil –Buenos Aires, año 1979- el despacho de mayoría estimó que, con excepción de los casos legislados especialmente, resultan aplicables las mismas disposiciones civiles que regulan los cuasidelitos, de modo tal que son indemnizable las consecuencias inmediatas y mediatas, siendo pertinente la atenuación de responsabilidad establecida en el art. 1069 del estatuto civil; en el mismo sentido, deben indemnizarse los daños morales causados por el riesgo de la cosa aunque no las consecuencias casuales emergentes del hecho de la cosa[852].

En materia de imputación de daños al Estado, a efectos de acreditar el presupuesto de *relación causal* la Corte Suprema ha seguido estándares diversos[853]. Mientras en algunos casos se la ha referido de modo general, es decir, sin aditamentos –"Cadesa S.A. c/ Estado Nacional"[854]-, en otros se ha aludido a una relación de

funciones de aquellos, debiendo, por tanto, interpretarse este texto legal de acuerdo con el principio sancionado en el art. 906".

[852] *Idem*, p. 135. La cuestión es trascendente considerando el carácter vicarial y objetivo de la responsabilidad de la persona jurídica Estado. Por otra parte, las pautas para determinar la extensión de la reparación en los casos de atribución objetiva dan cuenta de la intrascendencia de la identificación del autor material del perjuicio en el caso de daños imputables a personas jurídicas, al menos de su irrelevancia a los fines indemnizatorios. Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., ps. 504/505. Por esta razón, la cuestión de los daños anónimos, probada la imputación de los mismos al Estado, no plantea en el caso mayores cuestiones.

[853] Cfr. COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", cit. p. 566. Jorge MURATORIO, "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., p. 77.

[854] Fallos 312:343 (1989); este caso resulta de interés pues en el la Corte sostuvo que la pretendida indemnización por la pérdida de una licitación pública no guardaba relación causal con la intervención de la sociedad durante el trámite

Repositorio Institucional

causalidad *directa e inmediata* –"Galanti, Carlos A. C/ Municipalidad de Bs. As."[855]-, recaudos a los cuales se ha adicionado en ciertos precedentes la nota de *exclusividad* -"Ledesma S.A. c/ Estado Nacional"[856]-, o la condición de *relevancia jurídica* -"Tejedurías Magallanes c. A.N.A."[857]-.

---

de nacionalización de ciertos bienes de capital; considerando que el actor carecía de un derecho subjetivo o interés jurídicamente protegido al contrato, contando sólo con la posibilidad abstracta de adquirir algún derecho en el trámite del citado concurso.

[855] Fallos 310:2824 (1987). Véase también, "Arroyo, Carlos M. v. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos" Fallos 323:4019. En el precedente "Ramos, Graciela P. c. Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios (C.S., junio 28-2005) –E. D. Administrativo, junio de 2000, p. 22, considerando 7º), el Alto tribunal se refirió sólo a la existencia de "*una relación de causalidad directa*".

[856] Fallos 312:2022 (1989); en esta causa la Corte estimó improcedente el reclamo de la firma Ledesma dada la imposibilidad de probar la existencia de una relación de causalidad directa, inmediata y *exclusiva* entre su quebranto y la obligación que el Estado Nacional le impuso de fabricar y exportar azúcar. Para el Alto Tribunal la quiebra de la empresa se produjo por diversos factores, no sólo por la resolución administrativa cuestionada en su validez; entre ellos, el auge de los sustitutos del azúcar, la falta de financiación de la zafra y la caída de los precios internacionales. El mismo criterio se aplicó en "Revestek S.A. c/ B.C.R.A. y otro" (1995) Fallos 318:1531. En el voto en disidencia del juez Barra en la causa "Prada, Iván R. c. Provincia de Buenos Aires" (1993) Fallos 316:1465, se sostuvo que a fin de condenar al Estado provincial por los daños causados en un predio rural inundado por la realización de una obra pública hidráulica era necesario probar el "*carácter exclusivo o, al menos determinante*" *de las obras hidráulicas como causa de la inundación sufrida por el actor en su campo*", de modo de verificar que el anegamiento no se hubiera producido igual, de modo natural, en el caso de que las obras no se hubieran hecho. Esta *interpretación estricta del nexo de causalidad* fue ratificada en su disidencia en el caso "Cachau, Oscar J. c. Provincia de Buenos Aires" (1993) Fallos 316:1335, y en el caso "Estancias Marré S.A. c/ Provincia de Córdoba, La Pampa y Bs. As." (1993) 316:1428.

[857] Fallos 312:1656 (1989). También en "García, Ricardo M.; c/ Prov. de Bs. As." (1992) Fallos 315:1892; y en "Banco de la Nación Argentina v. Prov. de Bs. As." (2001) Fallos, 324:1243.

Repositorio Institucional

Con independencia de la calificación que en concreto haya empleado el Tribunal Cimero a fin de calificar la relación causal, es dable estimar presente, en la mayoría de los casos, la tesis de la *causalidad adecuada*[858], con la palmaria excepción de los precedentes en los cuales se ha aludido a la condición de *exclusividad*. Si bien este *plafond* estimativo refiere, en general, a situaciones derivadas de la llamada responsabilidad estatal por acto lícito –realización de obras públicas que producen daños particulares y casos de responsabilidad estatal por acto normativo válido-, desde el perfil de análisis asumido en esta tesis el criterio de exclusividad violenta la noción de cocausación, resultando en principio improcedente en términos de responsabilidad civil.

b. Interrupción del nexo causal

Interrumpen el nexo causal, configurando hipótesis total o parcialmente impeditivas de la imputación de los daños: *a)* la culpa de la víctima; *b)* la culpa de un tercero; y, *c)* el caso fortuito.

En relación con la *culpa de la víctima* es dable distinguir[859] la situación de *culpa exclusiva de la víctima*, en la cual es ella la única responsable de los daños causados -art. 1111 que recepta la máxima "*volenti non fit iniuria*"-[860]; de los casos en los cuales me-

---

[858] El Alto Tribunal aludió a *nexo adecuado de causalidad* en "Syntex S.A. c. B.C.R.A" (2000) Fallos, 323:3665.

[859] Según lo expone Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., ps. 306/314.

[860] Así, en autos "Odol S.A.I.C. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios", Fallos, 304:651, consid. 13, la Corte señaló que "*... si bien cabe considerar que la Administración tiene la obligación de expedirse ante toda petición de los administrados, es dable requerir un mínimo de diligencia por parte de éstos, utilizando los recursos que las normas legales vigentes ponen a su disposición. En consecuencia, para la configuración de la mora administrativa... se requiere ineludiblemente la pertinente interpelación del particular damnificado*". En igual sentido, "Tecnobe-

Repositorio Institucional

dia *concurrencia de culpa de la víctima con culpa o riesgo del demandado*, donde cabe distinguir: 1) culpa de la víctima y del demandado en la producción de un solo daño (no de daños recíprocos, caso en el cual hay que seguir la regla general de imputación a cada uno de los daños por él causados), corresponde disminuir el monto del resarcimiento a cargo del responsable de modo tal que cada cual soporte el daño en la medida en que lo ha causado[861]; 2)

---

ton S.A. c. Estado Nacional (A.N.A. y Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos" (1996), considerando 7°. En el caso "Figueroa Eduardo A. c. E. N. –Ministerio de Economía- y B.C.R.A. s/juicios de conocimiento" (2000), la CNCont.adm.Fed., sala III, E.D. Administrativo, septiembre de 2000, p. 17, sostuvo con relación a los daños imputados al Estado por la intervención cautelar de una entidad financiera, que no se había demostrado que los daños invocados hubieran sido causados por el B.C.R.A., en lugar de la propia administración particular del banco "*... sobre todo teniendo en cuenta que en su gestión se produjeron operaciones prohibidas ... que se encuentran en la raíz de los problemas de liquidez ... resulta así incumplido el recaudo de que la lesión sea imputable a un sujeto distinto al damnificado. Además, la conducta dañosa de la propia actora interfiere en el proceso causal, ya que puede pensarse razonablemente que fue aquella la causa idónea de la insolvencia de la entidad*". Véase también los casos "Scheffer Ana T. v. Nación Argentina y otro s/ daños y perjuicios", Fallos 323:2131; "Rodríguez Sampaio, Américo J. y otra c/ Buenos Aires, Prov. de s/ sumario" (2002) C.S.J.N. – 03/12/02; y "Montagna, María L. c. Buenos Aires, Prov. de s/ daños y perjuicios", CS, mayo 27-2004, publicado en E.D. Administrativo, noviembre de 2004. En el caso "Ramos, Graciela P. c. Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios" (C.S., junio 28-2005) – E. D. Administrativo, junio de 2000, p. 22-, la Corte expresó: "*Que en este sentido cabe señalar que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, dicha obligación cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física. Así, se advierte en el sub examine que la conducta de la víctima –la que se introdujo en una zona peligrosa del río en época en que no había bañeros…- fue el hecho generador del daño cuya reparación se persigue*-"considerando 4º-.

[861] Este es el caso planteado en el precedente "Pose c/ Chubut" que será referido más adelante. Ver también "Bonadero Alberdi de Inaudi, María A. y Otros c. FF.CC. Argentinos" Fallos 311:1018, considerando 10 *in fine*; y "Domínguez, Emilia R. y otro c/ E.F.A. s/ sumario", sentencia del 26 de febrero de 2002.

Repositorio Institucional

culpa de la víctima y riesgo de la cosa del demandado -art. 1113-; 3) riesgo de ambas cosas, situación que no excluye la aplicación del art. 1113, al crear presunciones concurrentes de causalidad, salvo que se prueben circunstancias eximentes que las destruyan por la existencia de culpa de cada una de las víctimas recíprocas.

Por su parte, la *culpa de un tercero* activa el mecanismo previsto en el art. 1113, 2° párrafo, del código civil.

Legalmente asimilado al concepto de fuerza mayor, el *caso fortuito* está definido en el artículo 514 del código civil que al efecto expresa: "*Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse*", artículo que, pese a su ubicación metodológica, es aplicable a los daños causados por las cosas en los términos del art. 1113 del texto civil[862].

Por último, en materia de cocausación es posible distinguir, siguiendo a Goldemberg, aquellas situaciones en las cuales media pluralidad o concurrencia de causas en el curso del hecho dañoso[863]

---

[862] Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit. ps. 315/322. Véase también Roberto M. LÓPEZ CABANA, "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", AA.VV, *La Responsabilidad, Homenaje al profesor Isidoro Goldemberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 273.

[863] GOLDEMBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 141, casos de: *a) Causalidad conjunta o común*: acción de varias personas causalmente relevante a fin de producir una determinada consecuencia a cuyo advenimiento han cooperado con su conducta (en materia de delitos arts. 1081, 1082 del c.c., con relación a los cuasidelitos, art. 1109, 2° párrafo) -Goldemberg deslinda esta situación de la hipótesis de *responsabilidad indistinta* en la cual la responsabilidad del autor directo se propaga a otros individuos diversos tales como el propietario de la cosa o el principal del dependiente-. *b) Causalidad acumulativa o concurrente*, ejemplo: dos fábricas que vierten al río desechos tóxicos, de modo tal que la cantidad vertida por cualquiera de ellas es suficiente para destruir la pesca, evento que torna a ambos responsables por la totalidad del daño; *c) Causalidad disyuntiva alternativa*, el daño se produce por la acción de una sola causa que elimina a las demás. Goldemberg aborda el tema de la causalidad en

Repositorio Institucional

de las concausas *stricto sensu*, casos en los cuales el resultado de la acción proviene de un curso causal cuyo origen es independiente de la condición puesta por el agente –definición original de Núñez-[864].

los actos de omisión en el capítulo VII de su obra, definiendo a la omisión como un concepto normativo –art. 1074 del c.c.-, contra la inactividad que es un concepto natural- que implica el quebrantamiento de un deber jurídico por parte de quien omite, deber que puede devenir de un precepto legal, un negocio jurídico o bien de una conducta precedente -caso del anestesista que debe cuidar al paciente durante la anestesia-. Distingue, a su vez, entre *omisión propia*, es decir, incumplir el deber normativo –v. gr. no concurrir a prestar declaración-; y *omisión impropia o comisión por omisión*, hipótesis en la cual la omisión importa un efectivo acto de comisión –caso del médico que con el fin de causar la muerte a su paciente no conecta su pulmotor-.

[864] Así, en el caso "Brescia, Noemí L. v. Provincia de Bs. As. y otros", Fallos, 317:1921, consid. 26, la Corte señaló *"Que en las condiciones expresadas, el fallecimiento del padre de la demandante resulta ser una consecuencia que jurídicamente debe ser imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo –conductor, su principal y el dueño de la cosa que provocó el aprisionamiento que sufrió la víctima y por la deficiente atención médica prestada en el establecimiento hospitalario provincial, las que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como concausas unidas por su eficiencia colateral. Más allá de que la concurrencia causal que se ha decidido dará lugar a la responsabilidad solidaria de los condenados frente a la damnificada, con el objeto de sentar el alcance de la obligación resarcitoria entre los sujetos obligados, cabe establecer la incidencia que cada una de las cadenas causales ha tenido en el fallecimiento de Brescia, a cuyo efecto en función de la gravedad y pronóstico de las lesiones causadas a la víctima por el automotor y de que, por un lado, no puede predicarse con certeza cuál hubiera sido el mayor o menor resultado satisfactorio de un oportuno y diligente tratamiento médico y, por el otro, de que la falta imputada al Estado se limitó a desencadenar un resultado cuya causa inicial le era extraña, se asigna un 80% del total a los responsables del daño causado por el automotor y el 20% restante a la provincia demandada"*.

Repositorio Institucional

6) PRUEBA DE LOS EXTREMOS DE LA RESPONSABILIDAD

Constituye una regla procesal general aquella que coloca el *onus probandi* a cargo de quien alega el perjuicio; sujeto actor que, además, deberá acreditar correctamente el nexo causal y la imputación del daño al Estado[865].

Desde la perspectiva de la teoría asumida, a tenor de la cual se sostiene el carácter vicarial y objetivo de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, la prueba del daño, sumada a la prueba de la vinculación causal entre dicho perjuicio y el obrar –por acción u omisión- de un funcionario público, o al hecho u omisión material de un empleado, brindan el marco probatorio general a cargo del actor, sin que sea necesario acreditar la existencia de negligencia o dolo en el obrar de los referidos sujetos.

La afirmación antecedente pone de manifiesto que, a efectos de eximirse de responsabilidad, corresponde al Estado acreditar el cumplimiento regular de la obligación a su cargo[866].

Este aserto no resulta difícil de aceptar en aquellas situaciones legalmente calificadas como de *responsabilidad objetiva*, tal como ocurre en los casos de daños causados con las cosas o por su

---

[865] Es importante consignar, como regla singular de los casos de responsabilidad estatal por acto normativo, la prueba del *sacrificio especial* padecido por el afectado, que podrá confrontarse en la jurisprudencia citada en el acápite pertinente.

[866] Según se expuso con anterioridad, la prueba de la ejecución regular de la obligación legal a cargo del Estado importará, de hecho, acreditar la diligencia del funcionario actuante (desde el enfoque subjetivista), o bien la prestación regular del servicio (desde el enfoque objetivista); eventos que redundarán en una inversión de la carga probatoria a tales efectos. Esta afirmación podría inducir a considerar que la responsabilidad estatal es en realidad subjetiva, mediando en el caso una inversión de la carga probatoria; no obstante, difícilmente podrá sostenerse normativamente la validez de tal aserto, el cual resultaría tributario, además, de una visión organicista de la persona jurídica.

Repositorio Institucional

riesgo o vicio, hipótesis en las cuales corresponde al demandado probar que de su parte no hubo culpa o que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta; o bien, la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder, cuando el perjuicio deviene del *riesgo o vicio de la cosa* (artículo 1113 del código civil).

De igual modo, en la hipótesis de daños causados por *empleados públicos* obrando en su condición de tales, la vinculación de dependencia entre el agente y el Estado permite visualizar el factor objetivo de atribución de su conducta dañosa a la referida persona jurídica, supuesta la existencia de una relación adecuada de causalidad.

Sin embargo, distinta es la situación de los daños causados por funcionarios públicos, caso en el cual la ausencia de prueba de la negligencia en su accionar –tal como lo demanda la tesis subjetivista-, o bien, de la prueba de la *irregular ejecución del servicio* –conforme lo requiere la teoría de la falta de servicio[867]-, podría conducir a situaciones en las cuales el Estado sería asumido como una caja aseguradora de riesgos sociales, pues el daño operado le sería imputable de modo objetivo, es decir, sin requerirse un plafond probatorio distinto al de los daños causados por sus dependientes y las cosas de su propiedad.

---

[867] Así, a modo de ejemplo, en el caso "Román S.A.C. v. Nación Argentina" (1994) Fallos, 317:1232, considerando 8°-, la Corte señaló que: "*... la pretensión de ser indemnizado sobre tales bases requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar, del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hacen posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sentido al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad*".

Repositorio Institucional

Supóngase el caso de una lesión irreparable resultante de una intervención quirúrgica realizada por un equipo médico a un paciente en un hospital público; en este caso, si se defiende la condición subjetiva de atribución de daños al Estado, o bien, si se opta por aplicar la tesis de la falta de servicio, el particular damnificado deberá probar la negligencia del equipo médico actuante o, conforme la segunda teoría, la deficiente prestación del servicio quirúrgico.

En sentido contrario, si se asume la condición objetiva de la responsabilidad del Estado por el obrar de sus representantes en ejercicio de sus funciones sólo corresponderá al actor probar el daño padecido –lesión física provocada-, la vinculación entre ese daño y el accionar del *staff* médico -estado de salud del paciente anterior a la operación, grado de riesgo quirúrgico de la intervención, imprevisibilidad en abstracto de lesiones colaterales, etc.-, y la imputación del perjuicio al Estado -producción del daño en ejercicio de una función pública mediando representación estatal aparente[868]-.

Esta circunstancia implicará poner en cabeza del Estado, a modo de defensa, la prueba de la ausencia de conexión causal adecuada entre el daño alegado y el accionar del *staff* médico; acreditando, por ejemplo, que el grado de riesgo quirúrgico en operaciones tales como la realizada a ese paciente es elevado y, por lo tanto, que la lesión resultante no es imputable a la negligencia médica o, desde el otro punto de vista posible, que no ha mediado una irregular prestación del servicio médico público.

Así, sin desconocer las críticas que a la concepción objetivista del riesgo y la garantía puedan serle formuladas en consideración

[868] Por ejemplo, no podría sostenerse que hay representación aparente si el equipo médico del hospital público realiza una operación ilegal a un paciente –v. gr. un aborto-, aun cuando la misma tenga lugar en el quirófano del referido nosocomio.

Repositorio Institucional

a la hipotética transformación del Estado en una caja aseguradora de riesgos sociales –dada la difusión del costo indemnizatorio entre los contribuyentes-, es dable entender que esa críticas obvian considerar que la procedencia de la acción indemnizatoria contra el Estado en casos de daños causados por sus representantes –el equipo médico en la hipótesis analizada- debe ser escrutada no sólo desde la confrontación real del perjuicio sino también en base a una correcta ponderación de la relación causal, en tanto la expresión empleada en el artículo 43 del código civil respecto a que *el daño debe haber sido causado en ejercicio de una función pública* involucra más que la mera representación aparente, requiriendo también la prueba de la existencia de una obligación legal incumplida por parte del funcionario dañador –en el ejemplo dado el deber de cuidado quirúrgico-; obligación legal inherente a su función e impuesta normativamente por vía de un principio o de una regla.

¿Qué es lo que el funcionario debía hacer y no hizo o hizo de un modo deficiente?, tal es la cuestión a probar a efectos de vincular causalmente su acción u omisión con el perjuicio sufrido, posibilitando la imputación del daño al Estado y la viabilidad de la acción legal del damnificado. *La prueba requerida no es otra que la del vínculo objetivo e indirecto que debe existir entre el daño causado y el factor de atribución objetivo utilizado*, tal como lo señala Bustamante Alsina en la definición de relación causal que fuera glosada al tratar ese tema.

Adviértase que la prueba del deber legal incumplido que acredita la relación causal y posibilita la imputación objetiva del daño al Estado, no exige la prueba de la negligencia del funcionario –la culpa o *mala praxis* del anestesista o del cirujano en el caso en análisis-, ni la irregular prestación del servicio –deficiente ac-

Repositorio Institucional

tuación del *staff* médico-[869], pues las presupone, poniendo en cabeza del Estado la carga de eximirse de responsabilidad, desvinculando causalmente la conducta de sus funcionarios del evento que produjo el daño[870].

La tesis expuesta guarda inequívocas referencias al requerimiento de prueba del *breach of statutory duty* del derecho inglés, o del *failure to excercise reasonable care* del derecho de los Estados Unidos, según pudo verse en el capítulo segundo de esta obra; sin resultar extraña a las interpretaciones *objetivas de la culpa* –objetivación de la culpa del funcionario a efectos probatorios- reconocidas en el derecho italiano y el derecho alemán, sistemas en los cuales, se requiere, a efectos de otorgar viabilidad a la acción resarcitoria, la prueba del *deber legal* incumplido por el agente público[871].

Es claro que la tesis expuesta no ostenta relación de vinculación con la llamada *responsabilidad sin falta* del derecho francés, en tanto, en los términos de este trabajo responsabilidad objetiva importa innecesariedad de que el actor pruebe la *falta* u *obrar culpable* del funcionario estatal. En sentido contrario, en el derecho galo responsabilidad sin falta importa reparación en mérito a la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, a fin de mejorar la situación de la víctima, o bien, de socializar ciertos

---

[869] Eventos que, diferencias semánticas al margen, resultan difíciles de deslindar desde el perfil de la atribución subjetiva.

[870] Este es el alcance concreto de la condición de objetividad de la responsabilidad del Estado como persona jurídica.

[871] Recuérdese que, según se expuso al tratar el sistema alemán, la apreciación objetiva de la culpa importa el establecimiento de estándares objetivos de conducta representativos de la diligencia de un buen funcionario, de presunciones de culpabilidad o bien de la imputación de culpa a la organización, circunstancias que hacen innecesaria la identificación del funcionario que en el caso puntual ha incumplido su deber.

Repositorio Institucional

riesgos -reminiscencia de la tesis Duguitiana del Estado como garante de la vida social-; estando el Estado impedido de eximirse de responsabilidad alegando la culpa de la víctima o la fuerza mayor[872].

Por último, pese a que no puede desconocerse que tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asumido a la *falta de servicio* como un factor de atribución y no como una condición de la cadena causal[873]; esta posición parece encontrarse en un proceso de redefinición a partir del precedente "Friar S.A. v. Estado Nacional –Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A."[874], del 26 de septiembre de 2006, en cuyo considerando sexto -voto de mayoría- se lee: "*... Para considerar que el Estado Nacional o sus organismos o entidades son responsables por "falta de servicio", no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama*"[875], en términos de análisis muy próximos a los de la tesis aquí

---

[872] Es por ello que Juan P. MARTINI, "Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado", cit., ps. 46/47, expresa que media una vinculación teórica entre la noción francesa de responsabilidad "sin falta" y la noción local de "responsabilidad por actividad lícita del Estado".

[873] Véase, por ejemplo, el considerando 7º del citado precedente "Ramos", en el cual el Alto Tribunal expresa "*... para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita en principio deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio (art. 1112, cód. civil), 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*".

[874] E.D. Suplemento de Derecho Administrativo, 31 de octubre de 2006, p. 16.

[875] Con cita de Fallos 317:1233, considerandos 8º y 9º.

Repositorio Institucional

sostenida para los casos de daños causados por representantes del Estado en los cuales el perjuicio padecido por el particular resulta objetivamente imputable al Estado –por el riesgo y la garantía- cuando tiene por *causa* el deficiente cumplimiento de un deber legal a cargo del agente dañador –modo de imputación indirecto-.

La conclusión expuesta se ve ratificada en la referencia que la Corte, en el considerando séptimo, realiza de los precedentes "Dalehite", "Berkovitz", "Varig" y "Gaubert" de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a efectos de fundar la imposibilidad de revisión judicial *ex post facto* de las *decisiones discrecionales adoptadas por funcionarios públicos en ejecución de políticas públicas* diseñadas legislativamente, en conexión directa con lo que se afirma en el mismo considerando en relación con la inaplicabilidad al caso de los precedentes que fundan la responsabilidad objetiva del Estado en el *incumplimiento de normas* que no dejan margen discrecional a la actuación del agente –casos de informes de registros expedidos de modo deficiente-.

Por otra parte, el criterio de diferenciación propuesto respecto de la legislación española, que adopta la teoría objetiva absoluta de la lesión antijurídica resarcible, no parece comprometer la condición objetiva de la responsabilidad estatal en el sistema jurídico argentino, sino enfatizar la vigencia del estándar probatorio que la sentencia propone.

Del modo expuesto, es dable concebir que, pese a su rechazo como factor de atribución anidado en el artículo 1112 del código civil, la "falta de servicio" puede ser comprendida en el sistema jurídico argentino como un concepto descriptivo de aquellas situaciones en las cuales media *omisión o ejecución irregular o defectuosa*

Repositorio Institucional

de un deber legal impuesto al funcionario o empleado estatal[876], asumiéndosela como un *extremo de prueba requerida respecto a la existencia del vínculo objetivo e indirecto que debe existir entre el daño causado y el factor de atribución objetivo utilizado, que no es otro que el riesgo y la garantía*[877].

[876] Como puede observarse, en este sentido la tesis aquí defendida guarda evidentes puntos directos de contacto con la interpretación propuesta por MARTINI, "Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado", cit., p. 45; e indirectos con la tesis del profesor CASSAGNE. Afirma MARTINI en su trabajo, que en el derecho administrativo francés "*… todo daño causado con un medio público (incluidos … los agentes) genera la responsabilidad de la persona pública titular de ese medio; y sólo probándose una situación subjetiva que permita determinar en forma incontrovertible que la utilización del medio que generó el daño no puede –bajo ningún concepto- tener siquiera una mínima vinculación con la función pública, es que la Administración podrá verse exonerada de responsabilidad …*".

[877] Así, por ejemplo, cuando, en el precitado precedente "Mosca", de marzo de 2007, la Corte, en seguimiento a su doctrina tradicional, afirma que "*Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, 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 grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva*", las referidas *obligaciones del servicio* no pueden ser sino imperativos legales que, a efectos de generar responsabilidad estatal, deben haber sido incumplidos o cumplidos de un modo irregular por los funcionarios o empleados a cargo. Es por ello que para arribar a tal conclusión no resulta necesario apelar a la doctrina de la falta de servicio, comprendida como un factor objetivo de atribución de daños; en tanto el problema puede ser resuelto mediante la acreditación de los extremos clásicos de la responsabilidad y el empleo del factor riesgo y garantía.

Repositorio Institucional

Repositorio Institucional

CAPÍTULO VIII

FORMAS DEL DAÑO, INDEMNIZACIÓN Y ACCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE ACUERDO AL CÓDIGO CIVIL

1) INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PROPUESTAS

Corresponde abordar en este capítulo las diversas formas que puede asumir el daño causable por el Estado, a fin de precisar las cuestiones normativas y jurisprudenciales características de cada una de ellas.

Luego de este análisis constan las reflexiones sobre la extensión o alcance de la indemnización a cargo del Estado, en caso de condena en su contra, y el modo de reparación del perjuicio.

Por último, cerrando esta obra, se estudian los aspectos procedimentales y procesales pertinentes al ejercicio de la acción de daños en contra del Estado, dentro de los cuales se incluye un breve comentario acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Repositorio Institucional

2) FORMAS DEL DAÑO ESTATAL

a. Daños causados por actos y hechos administrativos

Según se ha afirmado en esta obra, el carácter *indirecto y objetivo* de la responsabilidad aquiliana del Estado resulta de su condición de persona jurídica pasible de ser imputada por daños causados: *a)* por actos –administrativos, legislativos y judiciales-, hechos y omisiones -*formales y materiales*- de sus funcionarios, en ejercicio o con ocasión de sus funciones; *b)* por hechos u omisiones materiales de sus dependientes; y, *c)* por el riesgo o vicio de las cosas de su propiedad; de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 33, 36, 43 y 1113 del código civil.

El presente apartado se refiere a la hipótesis más común de daños imputables al Estado, es decir, los daños que son causados por actos administrativos, de alcance individual o general no normativo, obrados por funcionarios públicos en ejercicio o con ocasión de sus funciones (incluidos los actos de contenido *cuasi jurisdiccional* emanados de tribunales administrativos y de entidades autárquicas actuando en función administrativa de resolución de controversias, dada la carencia de valor de *cosa juzgada* de tales resoluciones), y los daños que resultan de hechos derivados del obrar de funcionarios[878] o empleados públicos.

Se trata, en ambos casos, de actos o hechos obrados por funcionarios o empleados de cualquiera de los poderes del Estado, en tanto su obrar importe el ejercicio de función administrativa; requiriendo su resarcimiento la prueba de los extremos generales de la responsabilidad civil, relativos al daño, la relación causal y la imputación.

---

[878] Entendidos como un obrar material de un funcionario público que hace operativa una competencia de modo fáctico.

Repositorio Institucional

Por último, pese a la concepción crítica desarrollada en este trabajo, es dable señalar que la jurisprudencia que se citará da cuenta de la posibilidad que este rubro presenta, junto al caso de la responsabilidad derivada de actos normativos, de concebir al evento dañoso como producto de un accionar estatal ilícito o lícito; circunstancia que no puede predicarse de la responsabilidad derivada de actos judiciales, omisiones o daños causados por cosas de propiedad estatal, hipótesis ligadas siempre al campo de la ilicitud.

b. Daños causados por actos normativos

b.1. Definición de acto normativo

Sin perjuicio de circunscribir doctrinalmente la definición de la función legislativa al ámbito de la ley formal, bajo el presente rótulo es dable referir a las particularidades jurisprudencialmente presentes en los casos de responsabilidad derivada de *actos estatales de contenido normativo*, noción que no sólo incluye a la *ley formal* sino también a los actos administrativos de alcance general de contenido normativo[879], bien sea que se trate de decretos de necesidad y urgencia, delegados, autónomos, de ejecución adjetiva o re-

[879] Con relación a la cuestión debatida véase, Mirta G. SOTELO de ANDREAU, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado en función legislativa", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, RAP, 2005, cit. p. 479. Pedro ABERASTURY, "Responsabilidad del Estado por actividad normativa", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., p. 123. Segundo V. LINARES QUINTANA, "La responsabilidad del Estado legislador", L.L., páginas de ayer, año 4, N° 10 – Noviembre de 2003, p. 5. Juan R. de ESTRADA, "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales", E.D. 102-839. Pedro J. J. COVIELLO, "El caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos", Revista de Derecho Administrativo, N° 9-10.

Repositorio Institucional

glamentarios[880], o de circulares del Banco Central, resoluciones generales de la AFIP, disposiciones del SENASA o de cualquier otro ente público[881]. De igual modo, puede estimarse comprendida dentro de los mismos parámetros jurisprudenciales, la situación provocada por el sacrificio de derechos adquiridos bajo el amparo de un texto constitucional dado, supuesta su ablación dispuesta por una reforma operada por vía de una convención constituyente[882].

b.2. Acto normativo constitucional e inconstitucional

Un dato de particular relevancia en relación con los supuestos de responsabilidad estatal derivados de actos normativos radica en que, sin perjuicio de mantener la doctrina de la condición general de ilicitud de todo evento que culmina en la producción de un daño a terceros, deben distinguirse con claridad dos situaciones diversas: *a)* la del acto normativo que si bien es causa de perjuicios singulares no es cuestionado en su validez constitucional, y *b)* la

---

880 Cfr. Alberto B. BIANCHI, "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", Ábaco, Bs. As., 1999, p. 41, nota a pié Nº 80, con cita de la causa "Cahiza c/ Gobierno Nacional" (1937) Fallos 177:237, en la cual la Corte acordó indemnización –previa declaración de inconstitucionalidad- a un grupo de productores vitivinícolas, en razón del exceso reglamentario en que incurrió un decreto al definir "vino genuino" en términos más restrictivos que los dispuestos por la ley que regulaba la situación.

881 En sentido contrario, Miguel S. MARIENHOFF, "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", L.L. 1983-B-910-, bajo el título de la responsabilidad del Estado legislador parece incluir solamente las hipótesis de reforma constitucional que agravia derechos adquiridos y daños que reconocen por causa leyes formales ordinarias.

882 Esta es la opinión de BIANCHI, "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", cit., ps. 177/178.

Repositorio Institucional

del acto normativo generador de perjuicios a consecuencia de su inconstitucionalidad[883].

La primera situación constituye el caso que habitualmente plantea controversias jurídicas, evento en vinculación con el cual el Tribunal Cimero ha desarrollado la *doctrina del sacrificio especial*. Debe tratarse de un acto normativo que lesione un derecho subjetivo -por ejemplo, una ley que disponga el monopolio estatal de una actividad lícita previamente desarrollada de modo privado-, o bien de un cambio de derecho objetivo que cause perjuicios a particulares[884].

La segunda posibilidad importa la petición y consecuente declaración de inconstitucionalidad del acto normativo, a modo de presupuesto necesario a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios ligados causalmente a esa determinación de invalidez. Téngase presente que la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos *inter partes* y que a fin de cuestionar la validez de una norma es necesario haber evitado el sometimiento voluntario al régimen jurídico en ella imbricado[885].

---

[883] Señala Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4° edición, cit., XX-33-, "*Finalmente, si bien no conocemos antecedentes jurisprudenciales en el sentido de que el perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional deba ser indemnizado, nos parece fuera de toda duda que ello deba ser así*".

[884] En el artículo citado en este acápite, ps. 913/914, Marienhoff alude al caso de la reforma introducida al código civil por la ley 17.711 que dispuso que las aguas que nacen en una heredad y que exceden sus límites son bienes del dominio público. El problema que el caso plantea es el de la prueba del *sacrificio especial*, de allí que Marienhoff criticara esta posición jurídica.

[885] Indica Daniel A. PRIERI BELMONTE, L.L. 18 de agosto de 2000, p. 1, "Responsabilidad del Estado por daños causados por leyes declaradas inconstitucionales – El caso de la ley de riesgos del trabajo", que el Estado debió reparar "... *los daños y perjuicios sufridos por los respectivos empleadores contratantes de pólizas de seguro en cumplimiento de la ley 24.557 declarada inconstitucional, y en*

Repositorio Institucional

b.3. Doctrina del sacrificio especial

Focalizando el análisis en la hipótesis más común, la referida *doctrina del sacrificio especial* fue desarrollada por el Alto Tribunal en diversos precedentes[886], entre los cuales se destacan, en razón de su importancia, los referentes a modificaciones de normas cambiarias, cuya línea jurisprudencial abre el precedente "Cambios Teletour S.A. c/ B.C.R.A."[887].

En "Columbia S.A. c/ B.C.R.A."[888], el Tribunal indicó que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita

---

la medida que hayan debido desembolsar sumas dinerarias como consecuencia de las diferencias existentes entre las condenas y lo pagado por las aseguradoras de riesgos del trabajo".

[886] En el desarrollo de precedentes, en el capítulo II de su citado texto, el profesor BIANCHI refiere a los casos "Fisco Nacional c/ Arrupé" (1934) Fallos, 176:111; "Establecimientos Americanos Gratry" (1938) Fallos 180:107; "Piria c/ Provincia de Buenos Aires" (1939) Fallos, 185:105; "Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires" (1943) Fallos, 195:66; "Zavaleta de Labrue c/ Nación Argentina" (1948) Fallos 211:46; "Carlos Reisz y Cía. S.R.L. c/ Gobierno Nacional" (1960) Fallos, 248:79; y a los precitados casos "Los pinos" (1975); "Cantón" (1979); "Winkler" (1983) Fallos, 305:1045; "Motor Once" (1987); "Ledesma" (1989); "Laboratorios Ricar c/ Estado Nacional" (1995) Fallos, 318:2311; "Roftal c/ Estado Nacional", sentencia del 18/6/98 y "TIM S.A. c/ Estado Nacional", sentencia del 7/7/98. Así, a modo de ejemplo, en el caso "Winkler" la Corte señaló que: "*... si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización para terceros..., el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del estado de derecho, es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional... principios éstos aplicables al caso en que el actor, habiéndose conducido dentro del marco del ordenamiento jurídico, a través de las acciones de reivindicación y expropiación inversa se vio perjudicado por sucesivos cambios legislativos...*" –considerando 3-.

[887] Fallos 310:203 (1987).

[888] Fallos 315:1026 (1992), en especial considerando 7.

Repositorio Institucional

exige para su procedencia, además del cumplimiento de los requisitos generales, *la* necesaria verificación de la existencia de un *sacrificio especial en el afectado*, como así también, la *ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.*

En "Buenos Aires Eximport S.A. c/ Estado Nacional"[889], empleando una *pauta cuantitativa de estimación*, la Corte sostuvo que la modificación legal de las paridades cambiarias había producido perjuicios a algunos deudores y beneficios a otros, conforme la moneda en que cada uno se había obligado; razón por la cual la pretensión indemnizatoria basada en la idea de un beneficio global encubría un objetivo *incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico*, que tornaría al *naeminem laedere* en un intento utópico de supresión del riesgo connatural a la libertad de elegir.

En "Revestek S.A. c/ B.C.R.A."[890], la Corte ensayó una *pauta cualitativa de valoración* al expresar *"Que el presupuesto de todo análisis sobre la aplicación al sub lite de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Dicho en otros términos, la dilucidación del presente litigio pasa por resolver si puede admitirse un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaria"*[891].

Por último, en "Columbia Cía. Financiera c/ E.N. –Ministerio de Economía"[892], el Alto Tribunal ratificó el decisorio de "Reves-

[889] Fallos 316:397 (1993).

[890] Sentencia del 15/8/95, en particular, considerando 7°; fallado el mismo día que "Cirlafin S.A. c/ Estado Nacional".

[891] Puede advertirse en este caso el destacado rol cumplido por *la doctrina de la confianza legítima*, a la cual refiere el voto en disidencia de los jueces Moliné O´Connor y López.

[892] Fallos, 323:1897 (2000), en especial considerando 13.

Repositorio Institucional

tek", indicando que "... *únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio son susceptibles de generar un derecho al resarcimiento, y que no puede considerarse que revista esa calidad la pretensión de que se mantenga la aplicación de tasas de interés libres, anteriormente dispuestas por el Banco Central, que no asumió la obligación de mantenerlas en caso de operarse una modificación en las condiciones económicas contempladas ...*".

Procurando ensamblar las pautas cuantitativa –cantidad razonable de afectados- y cualitativa –existencia de un derecho adquirido por el o los damnificados al mantenimiento de las normas-, empleadas por la Corte Suprema en los precedentes referidos, ha puesto de manifiesto Bianchi que mediará la existencia de una *situación jurídicamente protegida* "*... en la medida en que la comunidad de afectados sea suficientemente reducida como para que el resto pueda soportar el costo económico de la indemnización. De lo contrario, esa protección jurídica basada en el perjuicio de unos pocos en beneficio de muchos desaparece. Si existe esa situación jurídicamente protegida, sus titulares están en una posición especial de protección; si no, funciona para los afectados el principio de que nadie tiene derecho al mantenimiento perpetuo de las leyes. En ambos casos es la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución la que provee el techo jurídico final de esta problemática*"[893].

Desde otro prisma de análisis, la tesis cuantitativa ha sido cuestionada por Marienhoff quien ha señalado al respecto que "*... si una ley provoca un perjuicio o daño que no sea precisamente "particular", "especial" o "singular", sino "general", pero dañando en forma "diferencial" a un gran sector de la población con respecto al resto de la habitantes del país, y tal ley estuviere en oposición*

[893] BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, cit., p. 146.

Repositorio Institucional

con alguna declaración, derecho o garantía establecidos en la Constitución, dicha ley sería entonces írrita por inconstitucional, y si fuere aplicada antes de que se produzca la declaración de inconstitucionalidad, el Estado debe ser responsabilizado por los daños que ello produzca, condenándosele a satisfacer la indemnización correspondiente"[894].

b.4. Consideraciones finales

Considerando los argumentos expuestos, cabe concluir este acápite expresando que, de acuerdo con el marco doctrinario presentado en este trabajo la especialidad del perjuicio no resulta un estándar discernible a partir del número de afectados sino, en todo caso, a partir de la lesión de un derecho subjetivo individual, cualquiera sea la cantidad de afectados; *plafond* que, si bien puede ser calificado de *cualitativo,* no parece agregar nada a la enunciación regular de los parámetros de legitimación para accionar y daño cierto, importando sólo una reformulación retórica de tales términos[895].

Así, el planteo de la cuestión a partir de la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de los actos normativos, resulta una petición de principio que colisiona con la estructura del sistema jurídico como construcción que alberga principios y reglas. Sin perjuicio de ello, la estimación de los daños en casos de perjuicios difundidos entre una gran masa de sujetos puede ser válidamente reducida por razones de equidad, en los términos de la le-

[894] En igual sentido se expide MURATORIO en "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", ps. 82/83.

[895] Adviértase que en el ámbito de la inconstitucionalidad o de la ilicitud no se plantea el problema cuantitativo; v. gr. normas que dispusieron el corralito bancario y la posterior pesificación de los depósitos.

Repositorio Institucional

gislación civil –art. 1069, 2° párrafo- ante todo considerando que el Estado como sujeto dañador no es pasible de quiebra, con lo cual, en este caso, la regla del patrimonio como garantía común de los acreedores tornaría a tal ente político en una caja aseguradora de riesgos sociales, según lo ha advertido la jurisprudencia.

c. Daños causados por actos judiciales

Por actos judiciales dañosos[896] se entiende aquí a todo acto ilegítimo, dictado por un juez o un funcionario[897], dentro del marco

[896] Este tema ha sido ampliamente tratado por la doctrina argentina, puede leerse al respecto, Carlos GHERSI, "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales", en J.A., N° 5867,9-II-94. Emilio A. IBARLUCÍA, "La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o la revocación de la prisión preventiva", E.D. t. 176, ps. 755/765. Edgardo A. DONNA y Gustavo E. ABOSO, "Aspectos penales y civiles de la responsabilidad de los magistrados por el error judicial, –a propósito del art. 270, Cód. Pen.-", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 129/147; en la misma obra, ps. 227/240, Germán J. BIDART CAMPOS, "¿Hay un derecho a reparación por la privación de libertad? (Disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal)"; Roland ARAZI, "Responsabilidad por daños en el proceso". Pedro J. J. COVIELLO, "La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal –En especial la responsabilidad por actividad lícita, la responsabilidad por omisión y la responsabilidad judicial", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, RAP, 2005, ps. 513/526. Jorge L. MAIORANO, "Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos", L.L. 1984-D. Secc. Doctrina, ps. 983/994. Javier URRUTIGOITY, "Responsabilidad del Estado por actividad judicial", Estudios de Derecho Administrativo XII, cit., p. 179. Rosana MORETTI de TROGLIA, "Responsabilidad del Estado por el hecho judicial y responsabilidad personal del juez", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, ps. 162/163.

[897] En la causa "Amiano, Marcelo E. y otro c/ E.N. –M° de Justicia y otro s/ proceso de conocimiento", sentencia del 4 de noviembre de 2003, considerandos 6 y 7, la Corte negó condición de funcionarios judiciales a los procuradores, peritos, abogados colegiados, síndicos y demás auxiliares de la justicia; analogando su situación a la de los escribanos de registro.

Repositorio Institucional

de un proceso, en ejercicio de función judicial de contenido civil o penal, durante la tramitación del mismo –*in procedendo*- o con motivo de su resolución con fuerza de verdad legal –*in iudicando*-[898], excluyéndose, por lo tanto, a los actos administrativos de contenido *cuasi jurisdiccional*[899].

Si bien no se trata de una responsabilidad *excepcional*, las particulares características que presenta su desenvolvimiento –existencia de decisiones dotadas de fuerza de verdad legal-, sumadas al deber cívico de someterse en forma legal a un proceso judicial y cumplir, en los términos procesales correspondientes, la resolución que el juez dicte –sentencia que importará el cumplimiento coactivo de una pena privativa de la libertad, una multa, una

---

[898] Guido S. TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Bs. As., 2° edición, 1993, ps. 53/54 y 59, señala que, mientras "*La responsabilidad in procedendo responde ... a supuestos más vagos, no siempre asociados al concepto puro de función jurisdiccional al resultar producto, en gran número de ocasiones, del ejercicio de actividad administrativa por parte de órganos o auxiliares de la Justicia*" –evento que lo induce a definir tal situación bajo la denominación de responsabilidad del Estado por el *anormal funcionamiento de la administración de justicia*-, "*El error judicial representa ... un concepto más restringido que se presenta como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado y que puede reconocer como origen tanto un error de hecho como de derecho, para cuya producción resulta irrelevante la existencia o no de culpabilidad*". Del modo expuesto, entiende el autor que "*El error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado se producirá... cuando del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, y, por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación*".

[899] Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t.1, 7° edición, cit., ps. 524/525. Se expide en contra, MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1971, p. 762, N° 1666, quien estima que en el fuero civil el monitoreo de las partes respecto del proceso excluye la responsabilidad del juez.

Repositorio Institucional

inhabilitación, o bien, la satisfacción de una obligación de dar, hacer o no hacer-, ameritan su tratamiento singular[900].

En el plano normativo, la cuestión de la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales dañosos es receptada por normas de jerarquía constitucional incorporadas a tratados internacionales[901], por constituciones provinciales[902] y por leyes procesales del Estado Federal[903].

---

[900] Según estima CASSAGNE, se trata de una responsabilidad excepcional, cfr. *Derecho Administrativo*, cit, ps. 523/525. Véase también, "El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites", L.L 2002-A-484, comentario al caso "Danese" CFCA Sala V, 19/06/01. Véase también, Martín GALLI BASUALDO, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*; hammurabi, Buenos Aires, 2006.

[901] Conforme lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, el artículo 10 de la Convención Americana sobre DD.HH. que al respecto expresa "*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*" -ratificada por ley 23.054-; los artículos 9°, inc. 5° y 14, inc. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -aprobado por ley N° 23.313-, cuyos textos indican: "*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a oponer reparación*", "*Cuando una sentencia condenatoria firme 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 deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse rebelado oportunamente el hecho desconocido*". Por su parte, la ley 24.390 reglamenta el art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica en lo relativo a la duración razonable de la detención.

[902] Carlos BOTASSI, "Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder judicial. Condenas erróneas e irregularidades procesales", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, cit., ps. 464/465-. Este autor realiza una distinción entre los textos constitucionales provinciales que refieren a la responsabilidad del Estado en general y las constituciones locales que aluden específicamente a la responsabilidad del Estado por errores judiciales en materia penal; en el primer grupo incluye a las constituciones de las provincias de Buenos Aires, arts. 15 y 30; Córdoba, art. 14; Jujuy, arts. 10 y 27, inc. 7°; La Rioja, art. 19; Mi-

Repositorio Institucional

Sin perjuicio que las normas contenidas en los pactos internacionales enfaticen la existencia de responsabilidad estatal en razón de actos judiciales ilegítimos, la vigencia de normas provinciales de jerarquía constitucional referidas al mismo problema pone sobre el tapete la discusión atinente a las posibilidades normativas de los estados locales en relación con una materia regulatoriamente asignada al Estado Federal mediante el dictado de la ley común. Sin embargo, la lectura de las disposiciones en danza autoriza a reiterar la razonable complementariedad que guardan los dos grupos de normas, de modo tal que la legislación provincial contribuye a la especificación de los *estándares básicos de reparación prescritos en el código civil*, perfilando los criterios relativos a la reparación.

En torno a los desarrollos jurisprudenciales existentes sobre la materia bajo examen, resulta prudente su tratamiento clasificado, abordándose primero la cuestión en el ámbito penal, *in iudicando* e *in procedendo*, y luego en el terreno civil, evaluándose también allí los momentos del proceso y de la sentencia.

c.1. Responsabilidad penal in iudicando

En este orden de ideas, en el ámbito de las sentencias penales dictadas mediando un ejercicio ilegítimo de la función judi-

siones, Art. 80; Río Negro, art. 23; San Juan, art. 43; Salta, art. 5°; San Luis, art. 14; Santa Fe, Santiago del Estero, art. 11. En el segundo grupo inserta a las constituciones de la Ciudad autónoma de Bs. As. art. 13, inc. 10; Chaco, art. 24; Chubut, art. 60; La Pampa, art. 12; Neuquén, art. 40; Santa Cruz, art. 29; Tierra del Fuego, art. 40.

[903] Cfr. el artículo 488 del código procesal penal de la Nación Ley Nº 23.984.

Repositorio Institucional

cial[904], la Corte tuvo oportunidad de expresar en la causa "Vignoni, Antonio S. v. Nación Argentina"[905], en lo que constituye el *holding* habitual de las decisiones sobre el tópico, *"Que, en principio ... 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 la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley"*. Similar patrón decisorio fue sostenido en el caso "López, Juan de la Cruz y otros c/ Prov. de Corrientes"[906] y en "Robles, Ramón C.; c/ Buenos Aires, Prov. de y otros"[907].

---

[904] La expresión *"error judicial"*, si bien ampliamente difundida en doctrina y jurisprudencia, suscita confusión en relación con el carácter de la responsabilidad estatal, pareciendo aludir a una responsabilidad de base subjetiva. Como apunta Botassi, "Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder judicial. Condenas erróneas e irregularidades procesales", cit., p. 467, *"Por aplicación del principio volenti non fit injuria, el condenado erróneamente no tendrá derecho a indemnización si se inculpó a sí mismo o si, pudiendo demostrar su inocencia, se abstuvo de hacerlo (declararse falsamente autor del delito, inducir de cualquier forma a error de la justicia, obstruir dolosamente la investigación)"*.

[905] Fallos, 311:1007 (1988), en especial considerando 5.

[906] Fallos 321:1712 (1988), especialmente considerando 5. En esta línea jurisprudencial se inscribe el fallo "Chein, Graciela C. v. Gobierno Nacional", CFCont.Adm.Sala 1°, 20/04/89, J.A. 1989-IV-157.

[907] C.S.J.N. 18/07/02, en especial, considerandos 6, 7 y 8, en los cuales el Tribunal destaca: *"Que no obsta a esta conclusión la circunstancia de que en el sub lite los actores no atribuyan el perjuicio a la sentencia definitiva –que les fue favorable-, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial, ya que la sentencia absolutoria pronunciada en función de insuficiencia probatoria, no im-*

Repositorio Institucional

Vale decir que, según la Corte, en estos casos la acción de daños y perjuicios no es autónoma sino dependiente de la acción de nulidad contra la sentencia, que debe ser intentada previamente a fin de destruir la cosa juzgada[908].

c.2. Responsabilidad penal in procedendo

En vinculación con los daños causados en el marco del proceso penal, en particular por el dictado de la medida cautelar de *prisión preventiva*[909] en causas que culminan con el sobreseimiento del imputado, la doctrina expuesta por los jueces Belluscio y Pe-

---

portó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto de los procesados".

[908] Ocurre en este caso algo similar a lo que pasa con el acto administrativo y la interdependencia entre las acciones de nulidad y daños; sin embargo no se trata aquí de una cuestión meramente pragmática sino de la calificación de *verdad legal* investida por la sentencia, verdadero pilar del Estado de Derecho. Por otra parte, esta acción de nulidad no estaría sujeta a plazo de caducidad sino sólo a los términos procesales pertinentes al recurso correspondiente. La solución arbitrada por la Corte Suprema es criticada por Fernando ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "Responsabilidad del Estado por su actividad judicial: panorama actual y propuestas de mejora", E.D. Administrativo, diciembre de 2002, ps. 18/19, autor que pone de manifiesto "*En cuanto a la exigencia de la jurisprudencia de que solamente puede reconocerse responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional sólo en la medida en que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto ... sostenemos que, en virtud de lo establecido por los pactos de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que aquí hemos considerado, tal recaudo – que opera en la realidad como un óbice significativo a la demandabilidad estatal- debe ser removido por la propia doctrina de nuestros tribunales, para quienes la aplicación de dichas normativas es obligatoria. Asimismo, somos partidarios de la procedencia de una acción autónoma en la que pueda acreditarse el error y se establezca la indemnización*".

[909] El carácter cautelar, no punitivo, de la prisión preventiva ha sido reconocido por la C.S.J.N. en el precedente "Nápoli, Erika E. y otros", sentencia del 22/12/98, considerando 7.

Repositorio Institucional

tracchi en el considerando 4 de su voto concurrente en "López, Juan de la Cruz", a tenor de la cual "*... según se estableció en Fallos 318:1990 (voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi), para que el Estado sea responsable del perjuicio ocasionado a quien, imputado de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto, es exigible A) Que la absolución haya sido dictada en virtud de su inocencia manifiesta; y B) que el auto de prisión preventiva –aun confirmado en las instancias superiores o proveniente de estas- se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario*"[910], fue ratificada por la Corte en el caso "Cura, Carlos A. v. Provincia de Bs. As. y otro s/ daños y perjuicios"[911].

En especial referencia al problema de la prolongación irrazonable del plazo de detención preventiva, en el caso "Rosa, Carlos A. C/ Estado Nacional –Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios"[912], la Corte acordó al actor indemnización por la prolongación excesiva de una prisión preventiva (la estimó razonable durante los dos primeros años e irrazonable en el lapso posterior),

---

[910] Similar criterio fue el esbozado en "P.M.O. c/ Prov. de Mendoza", 1° instancia Civil, Com. y Minas, 1° circunscripción Mendoza, juzgado N° 14, diciembre 29, 1989, con nota de Germán J. BIDART CAMPOS "Una brillante sentencia de Mendoza sobre la responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal", E.D. t. 139, p. 147.

[911] Originario de la C.S.J.N. (2004), publicado en E.D. Administrativo, septiembre de 2004, ps. 21/24; se cita en este caso el precedente "Lema, Jorge H.; v. Bs. As., prov. de y otros s/daños y perjuicios", voto de los jueces Belluscio y Petracchi y disidencia parcial del juez Maqueda en la causa L.114.XXXV del 20/03/2003. El precedente "Lindoro ICSCA y otro c. Estado Nacional – A.N.A. s/ daños y perjuicios", CS 17 de mayo de 2005, E.D. Administrativo, julio de 2005, abona la línea jurisprudencial sentada en el caso "Cura". También lo hace el precedente "C., H. N. y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios", CNCont.-adm.Fed, Sala III, marzo 16, 2005, publicado en E.D. Administrativo, noviembre de 2005.

[912] Fallos (1999) 322:2683.

Repositorio Institucional

manifestando en el considerando 23 que "*... le asiste razón al recurrente en cuanto se ha configurado un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un periodo de 1 año, 6 meses y 16 días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas legales aplicables al caso (arts. 379, inc. 6°, y 380 del Código de Procedimientos en materia penal, y artículo 7°, inc. 5° del Pacto de San José de Costa Rica*"[913].

c.3. Responsabilidad civil in iudicando

En materia de errores cometidos en el marco de procesos civiles –no penales-, en vinculación con *decisiones no cautelares*[914], el Alto Tribunal expresó en "Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Prov. de Buenos Aires s/ restitución de dólares"[915] que "*... Es evidente la irregularidad de la orden impartida por el presidente del tribunal al Banco* –Tribunal del trabajo Nº 1 de la ciudad de Mar del Plata-,

[913] El artículo 7°, inc. 5° del pacto de San José de Costa Rica, que prescribe que toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, está reglamentado por la ley N° 24.390 (1994), art. 1°. Este texto señala que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. Sólo cuando la cantidad de los delitos atribuidos al proceso o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse un año más, por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al Tribunal de Apelaciones que correspondiere, para su debido contralor (texto según ley N° 25.430).

[914] Es conveniente tener presente la dificultad de ejemplificar situaciones de responsabilidad estatal derivada de daños causados por *sentencias* dictadas en procesos civiles, dada la condición dispositiva de los mismos; no obstante, el caso "Banco Central en Centro Financiero S.A." –citado más adelante- constituye un caso paradigmático a tal fin.

[915] Fallos 307:821 (1985), originario, especialmente, considerando 7.

Repositorio Institucional

así como el perjuicio que para la actora deriva de ese hecho. El oficio fue librado antes de haber sido ordenado por el tribunal, y en el se incluyó una orden de conversión de moneda extranjera a moneda argentina que no había sido dispuesta ni lo fue después, y que el depositante, por tanto, nunca pudo consentir. El daño producido resulta del mero hecho de la ulterior depreciación de la moneda del país, que frustró la intención de la depositante de proteger el valor de su depósito mediante el lícito recurso de efectuarlo en valores emitidos en moneda extranjera por el Estado nacional"[916].

c.4. Responsabilidad civil in procedendo

En relación con la responsabilidad que para el Estado pudiera surgir del dictado de *medidas cautelares*, el Tribunal Cimero ha afirmado en el precedente "Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ordinario"[917], *"Que, tal como surge de los an-*

[916] El depósito había sido hecho en BONEX y respondía al capital, intereses y costas de un proceso laboral en el cual la actora resultó vencida, a fin de habilitar el tratamiento del recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara. El presidente del tribunal, el mismo día del depósito, libró un oficio instruyendo al banco para que en caso de pagarse en moneda extranjera las rentas o posibles rescates, se procediese a su conversión en moneda nacional y se depositasen a la orden del tribunal. En "Lusquiños, Horacio R. c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios" CFCA, sala II, febrero 11-1999, publicado en E.D. Administrativo, agosto de 1999, ps. 19/21, el tribunal actuante entendió que el Sr. Lusquiños debía ser indemnizado por el Estado en razón de la entrega a un tercero de un cheque que le era debido con causa en una indemnización de carácter laboral, meritando que el secretario del juzgado era el responsable legal de la entrega por ser el actuario a cargo, evento que autorizaba la imputación de los daños al Estado con cita del artículo 1112. Véase también "Alimentos Mayosol S.R.L. c. provincia de Buenos Aires" (1988) Fallos: 311:1220.

[917] Originario, de fecha 10 de abril de 2003, publicado en E.D. suplemento de derecho constitucional, viernes 6 de junio de 2003, ps. 22/23, en particular considerando 2.

Repositorio Institucional

tecedentes reseñados, se está ante una diligencia procesal esencialmente provisional, cuyo levantamiento ulterior dispuesto en virtud de las razones expuestas por el tribunal interviniente no implica calificarla de ilegítima. Ello no autoriza a caracterizarla como error judicial en los términos de la jurisprudencia de esta Corte toda vez que no provocó un perjuicio irreparable cuyas consecuencias no hayan logrado hacerse cesar por los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin (Fallos 308:2095; 317:1233). La existencia del error ha dicho el Tribunal debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro (Fallos 311:1007; 317:1233)"[918].

Sin embargo, la resarcibilidad de los daños causados por el dictado de medidas cautelares ha sido reconocida en precedentes de antigua data tales como "Rivero Haedo"[919] y, con más actualidad, en "Etcheverry"[920] y "Videla Cuello c/ Provincia de La Rioja"[921].

---

[918] Debe considerarse a tal fin que, de conformidad a lo resuelto en "Malmann, Antonio J. y Otro v. Ministerio del Interior" - C.S.J.N., 5 de septiembre de 2000- las sentencias de la Corte no son atacables por vía del recurso de reposición; sí, en su caso, por los recursos de aclaratoria y nulidad.

[919] Fallos 177:171 (1937); En el cual el secretario de un juzgado dispuso de modo fraudulento de parte de los fondos depositados en la cuenta bancaria de un sucesorio. La Corte concibió a la responsabilidad del Estado como contractual -en base a lo dispuesto en los arts. 2185 y 2220 relativos al contrato de depósito-, citando además la existencia de una ley especial aplicable al caso.

[920] "Etcheverry Luisa M. y otros c/ Buenos Aires, Prov. de, Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" (1986) Fallos 308:2494, en el cual la Corte condenó al Estado Nacional por la actuación de un magistrado que a la sazón autorizó el levantamiento de medidas cautelares sin considerar ciertos requisitos que a tal efecto habían sido dispuestos en otra sentencia; mediando desconocimiento de la legislación procesal civil aplicable al caso.

[921] Fallos, 312:316 (1990), caso en el cual el dictado irregular de una orden judicial que resolvió el levantamiento de un embargo y su posterior anotación en

Repositorio Institucional

c.5. Precisiones en torno al error judicial

Es dable concluir este acápite precisando que, según se ha afirmado en doctrina[922] y puede corroborarse en la jurisprudencia citada, en general los autores mantienen la distinción entre error judicial y deficiente prestación del servicio de justicia, distingo en razón del cual, mientras en el primer caso –error judicial- deben cumplirse dos etapas a fin de lograr el resarcimiento por daños: *a)* remover la validez de la cosa juzgada, tanto en sede civil (por medio de una acción autónoma declarativa de la cosa juzgada írrita[923]

---

el registro inmobiliario, tornó imposible el cumplimiento de la sentencia. Estimó el Alto Tribunal que no constituía óbice al reconocimiento de la responsabilidad estatal el hecho de que la insolvencia del deudor originario no se hubiera acreditado. Véase también "Compañía Financiera S.I.C.S.A. c/ Santa Cruz, provincia de" (1985) Fallos 307:1668.

[922] MERTHEIKIÁN, *La responsabilidad pública*, cit., p. 337.

[923] Es dable traer a colación aquí lo resuelto en el caso "Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera –incidente de verificación tardía- recurso de inconstitucionalidad y recurso directo", 20 de marzo de 2003, en el cual la C.S.J.N., por mayoría –con la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y López-, resolvió desestimar un recurso extraordinario y un recurso de queja deducidos en una causa en la cual el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba había decidido hacer lugar a una *acción autónoma de revocación de la cosa juzgada írrita* instada por el B.C.R.A., en razón de una regulación de honorarios profesionales dispuesta en el marco de un incidente de verificación tardía de un crédito del accionante. Resulta importante confrontar el considerando tercero de la sentencia a efectos de comprender las curiosas vicisitudes procesales que el caso había experimentado previamente. Por su parte, los jueces que votaron en disidencia se explayaron acerca de la extrema excepcionalidad de la revisión de la cosa juzgada a la cual estimaron un presupuesto de jerarquía constitucional. Señalaron además que la extensión de la doctrina de la cosa juzgada obtenida por medios fraudulentos al caso en análisis *"... implica una indebida y desmesurada extensión de la acción revocatoria de la cosa juzgada, pues su ampliación sobre la base del error de derecho y de la injusticia del resultado conseguido tanto implicaría como poner en tela de juicio el mantenimiento de cualquier decisión judicial, que podría así ser revista indefinidamente, dando por tierra con*

Repositorio Institucional

-doctrina del caso "Egüés, Alberto J. c/ Provincia de Bs.As."[924]-) como en sede penal (por medio del recurso de revisión), y *b)* decretada la nulidad de la sentencia, instar la acción de daños y perjuicios; en el segundo caso –deficiente prestación del servicio de justicia- sólo debe probarse la existencia de la falta de servicio[925].

En los términos de esta obra, según se expresó, si bien el recaudo atinente a la invalidación de la sentencia parece razonable en atención al principio de la cosa juzgada, no resultan compartibles los argumentos relativos a la distinción entre error judicial y deficiente prestación del servicio de justicia, en tanto, en ambos casos se está frente a daños derivados de actos judiciales cuya prueba no presenta originalidades respecto de la prueba general de los extremos de la responsabilidad[926].

---

la seguridad jurídica y la garantía constitucional del derecho de propiedad, que protege los derechos definitivamente incorporados en el patrimonio a raíz de una sentencia firme". Dieron cuenta también de la torpeza del B.C.R.A. en la gestión de la verificación y refirieron a la existencia de mecanismos diversos a fin de lograr el mismo resultado.

[924] Fallos 319:2527 (1996). Véanse también los precedentes "Román S.A.C. v. Nación Argentina" -recurso ordinario de apelación- Fallos 317:1233 (1994) y "Balda, Miguel A. c/ Buenos Aires, Prov. de s/ daños y perjuicios" (1995) Fallos 318:1990. Cabe consignar que existen legislaciones procesales civiles locales que prevén la existencia de recursos extraordinarios de revisión contra sentencias definitivas y ejecutoriadas, tal como ocurre con el C.P.C. y C. de la provincia de San Juan, artículo 283.

[925] Se inscribe en esta línea el precedente "Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros", sentencia del 23 de mayo de 2006, Originario, T. 632. XXXII.

[926] A fin de analizar los diversos temas inherentes a esta cuestión y, en particular, la evolución jurisprudencial en materia de cosa juzgada fraudulenta y cosa juzgada irrita en el marco de procesos civiles, puede verse: Arrabal, Mariana N.; *Cosa juzgada irrita y responsabilidad del Estado por error judicial en procesos de naturaleza dispositiva*, tesina inédita presentada por la autora para optar por el título de magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.

Repositorio Institucional

d. Daños causados por omisiones

La omisión dañosa –concebida como omisión simple o bien como comisión por omisión- que autoriza a imputar daños al Estado[927], puede provenir del incumplimiento formal o material[928] de

[927] Con relación al tema del acápite pueden confrontarse con utilidad, entre otros, los siguientes artículos: Ismael MATA, "Responsabilidad del estado por el ejercicio del poder de policía", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., ps. 169/182; Héctor M. HUICI, "La responsabilidad del Estado por omisión", L.L. 1993-D-829/856; José L. CORREA, "Responsabilidad del Estado por omisión en el control de actividades fiscalizadas", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Bs. As., 2005, ps. 321/362; Claudia CAPUTI, "La responsabilidad estatal derivada de omisiones en el desempeño de la policía de seguridad", RAP, 310:59; Enrique RODRÍGUEZ CHIANTORE, "La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad", E.D. Administrativo, agosto de 2004, p. 15. Las opiniones que serán vertidas a continuación guardan diferencia con las expresadas por el autor en su artículo "Responsabilidad del Estado por omisión: el problema acerca de los requisitos para su configuración en el caso de deberes normativos genéricos", Semanario Jurídico, Córdoba, 19 de noviembre de 1998, p. 561, como así también con lo expuesto al respecto en su obra *Bases Constitucionales de la Regulación Pública*, Fondo Editorial de la U.C.C., 1999, San Juan. El punto central de distinción resulta del reemplazo, en el presente trabajo, de la teoría de la falta de servicio por la doctrina de la pertinencia normativa.

[928] Las omisiones pueden ser formales o materiales, v. gr. media responsabilidad por el acto omitido u omisión formal imputable al Estado cuando hay retardo injustificado en otorgar una habilitación municipal que daña al solicitante generándole un lucro cesante. En otro caso hay omisión por el hecho omitido u omisión material imputable al Estado, cuando por ejemplo, el inspector de una obra pública falta a las inspecciones periódicas de la misma y la obra, luego de concluida, colapsa y causa daños a terceros. Es también ejemplo de omisión material la no creación del fuero contencioso provincial mediando un deber legal impuesto al Estado en tal sentido (caso "Colegio de abogados de la provincia de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires", L.L. B.A., 2003-395). En igual sentido, en el caso "Wellcome Argentina", importó una omisión material la mora imputada al Estado por no entregar una documentación a tiempo (aun cuando, en este caso, la responsabilidad del Estado no fue reconocida por el tribunal actuante).

Repositorio Institucional

deberes normativos contenidos en principios o reglas[929], por parte de funcionarios o empleados de cualquiera de los poderes constituidos[930], pudiendo consistir la condena, en caso de verificarse los extremos de la responsabilidad civil, en el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero –indemnización-, o en una obligación de hacer[931].

---

[929] Se trata de una distinción de gran trascendencia a los fines de estimar el posible grado de cumplimiento de la pauta normativa y con ella del alcance de la responsabilidad del Estado.

[930] En el caso "Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar", con nota de Carlos BOTASSI, "Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló", SCBA mayo de 2002, publicado en JA 2002 IV-416; el tribunal tuvo a bien ordenar a los departamentos ejecutivo y deliberativo de la Municipalidad de Pinamar que adoptaran medidas concretas a fin de dar cumplimiento a leyes provinciales de protección del medio ambiente, empleando los mecanismos y procedimientos necesarios al objeto propuesto, para que los remedios establecidos en la norma provincial no se vieran desplazados por la aplicación de criterios anteriores a su dictado que ponían en peligro el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló. En él ámbito del poder judicial es conveniente tener presente que las omisiones procesales hacen nacer la responsabilidad del Estado, así ocurrió en el caso "De Gandía, Beatriz" (1995) Fallos, 318:845, en el cual el mantenimiento irregular de un pedido de secuestro de un automotor ocasionó la detención de la persona que lo conducía.

[931] En el caso "Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro s/ amparo", la C 1° CC San Isidro, Sala I, en el mes de junio de 1998, publicado en E.D. t. 178, p. 752, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Contaminación del agua y acción de amparo", el tribunal actuante dispuso que la Comuna planificara y ejecutara, dentro del quinto día, la debida difusión de la situación de contaminación del agua, informando sobre el hallazgo de determinadas bacterias en la zona. Por su parte, el Tribunal Cimero ha dado cuenta de la imposición de obligaciones de hacer a cargo del Estado Federal, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en vinculación con la condición de alta contaminación del Riachuelo- en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)", sentencia del 20 de junio de 2006.

Repositorio Institucional

Los principales ámbitos en los cuales se genera responsabilidad estatal por omisión son:

a) la policía de seguridad[932];

[932] A fin de graficar el punto, puede traerse a colación el caso "Coco, Fabián A. c. Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios", C.S., originario, junio 29 de 2004, E.D. Administrativo, noviembre de 2004, p. 13, se trató de un accidente sufrido por un pasajero de un *flyng boat* que operaba paseos sin la debida habilitación, despegando desde un lugar próximo a dependencias de la Prefectura. Un caso particular es el que registra la CNCom.,sala D, (2004), L.L. 2005-A, 720, "C., L.E. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", en el que se condenó al Estado a pagar, con fundamento en el articulo 1112, los daños sufridos por una persona al ser embestida por un colectivo que circulaba sin seguro obligatorio de responsabilidad civil, dada la circunstancia de la notoria deficiencia de los controles estatales sobre el transportista –sucesivas multas sin irradiar el vehículo-. Casos relativos a animales sueltos en la ruta: en el caso "Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" (2000) Fallos, 323:319, la Corte reiteró el criterio que había expuesto en Fallos 312:2138, considerando 5°, y en el caso "Bertinat", eximiendo al Estado provincial por los daños provocados a un automovilista por la presencia de animales sueltos en la ruta N° 2. La novedad del fallo radica en que el tribunal extiende la eximisión de responsabilidad a la concesionaria vial que explotaba la ruta, pues entiende que ésta, por la delegación de las funciones propias de la concesión, no ostenta derechos o deberes mayores a los que corresponden al ente concedente, haciendo mérito también del reglamento de explotación y del contrato de concesión. Esta línea jurisprudencial fue ratificada en el caso "Expreso Hada S.R.L. c/ San Luis, Provincia de y otro s/ cobro de pesos" (2002) Fallos 325:1265. En ambos casos cuentan las disidencias del juez Vázquez quien imputó responsabilidad a la concesionaria. En un precedente singular, la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador, tuvo a bien considerar una hipótesis tangencialmente tratada en los casos antes referidos, pues si bien el accidente ocurrió en una ruta concesionada y fue provocado por un animal suelto, medió la participación de un móvil policial que circulaba en ese momento por la zona y que no advirtió debidamente la presencia de animales, aun conociendo la situación –mediaban múltiples avisos del concesionario a tal fin- "Greco, Domingo O. c/ Covisur S.A." del 20 de marzo de 2003, en el cual el procurador señaló con cita del precedente Colavita: *"A mi entender, y desde la orientación fijada por la citada doctrina, el a quo ha invocado la existencia de participación directa de funcionarios policiales de esa jurisdicción, partiendo*

Repositorio Institucional

b) el riesgo o vicio de cosas de propiedad estatal, mediando omisiones en su señalización, custodia o mantenimiento[933]; y,

c) el control de actividades reguladas, v. gr. bancos, compañías de seguro, concesionarios de obras y servicios, etc.

---

de las circunstancias fácticas, y ha hecho partiendo de normativa local una interpretación posible de las normas de derecho común que rigen la responsabilidad civil, adjudicando negligencia a la conducta de los agentes del Estado provincial y en consecuencia atribuyendo a éste responsabilidad refleja, rechazando el recurso de inaplicabilidad de ley por falta de debida fundamentación al respecto". Por último, en fecha 21 de marzo de 2006, el Alto Tribunal se expidió -en la causa "Ferreira, Víctor D. y Ferreira, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios"- a favor de la improcedencia de un recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia emanada del Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco, argumentando la aplicación al caso del artículo 280 del código procesal civil y comercial de la Nación (disidencia de los ministros Petracchi y Fayt y votos en particular de los jueces Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti), abriendo paso, dentro del particular marco interpretativo de la causa, a nuevas vistas respecto de la responsabilidad del concesionario vial en el contexto de la relación contractual de consumo que lo vincula al usuario del corredor vial (en igual sentido véase: "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C." C.S.J.N., 21 de marzo de 2006).

933 Cfr. Armando CANOSA, "Nuevamente el artículo 1113 del código civil y la responsabilidad del Estado", E.D. t. 157, p. 84, en el cual el autor comenta el caso "Pose, José D. c/ Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios" (1992) Fallos, 315:2834, en el cual la Corte entendió que el accidente sufrido por el actor al utilizar un trampolín para uso del público instalado por la provincia en una playa ribereña al mar (accidente que le produjo gravísimas secuelas pues, al arrojarse, el actor no supo que por la bajada de la marea la profundidad del agua no era suficiente dada la altura del trampolín), era imputable al Estado provincial, de modo concurrente con la víctima dado su obrar negligente. Véase también: "Lanatti, Marta N. y otros c. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos 314:661, en el cual la omisión de la D.N.V. consistió en no señalizar un zanjón ubicado en una vía pública.

Repositorio Institucional

d.1. Fundamento normativo

El fundamento legal específico de la responsabilidad del Estado por omisión es objeto de opiniones encontradas en la doctrina nacional. Para Marienhoff, al no existir en el derecho público argentino una norma que regule de modo especial la responsabilidad del Estado por sus comportamientos de abstención, es en la aplicación analógica del artículo 1074 del código civil donde se encuentra el fundamento legal de la misma, rechazando con particular énfasis la aplicación al caso del artículo 1112 del mismo cuerpo legal -afirmando que la falta de servicio carece de trascendencia teórica en la materia-, sin embargo continúa concibiéndola como una responsabilidad objetiva[934]. Similar fundamento es considerado por Aída Kemelmajer[935], aunque sin mención de la cuestión inherente al derecho público.

Por su parte, Cassagne estima que es el artículo 1112 del código civil el eje en derredor del cual gira la responsabilidad omisiva del Estado, no obstante lo cual cita también al artículo 1074 al momento de describir la nota de antijuridicidad que caracteriza a la omisión generadora del deber de responder, cuestión que le

[934] MARIENHOFF, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público", E.D. t. 169, ps. 1093 a 1110, especialmente ps. 1109/1110. Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público, RDA N° 19/20, Mayo-Diciembre de 1995, p. 219. El artículo 1074 expresa "*Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido*".

[935] Caso "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza"; S.C. Mendoza, L.L. 1989-C-511; punto VI, *in fine*.

Repositorio Institucional

permite encuadrar a *la omisión ilícita como un supuesto de falta de servicio*"[936].

[936] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. 1., 7° edición, cit. ps. 518/519. Conclusión con la cual coinciden Julio COMADIRA y Fabián CANDA, conforme lo expuesto en "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)", comentario al fallo "Wellcome Argentina Limited c/ Estado Nacional" que recepta la citada jurisprudencia de la C.S.J.N., L.L. 1996-A-600. En el caso el accionante adujo la omisión en la entrega oportuna de documentación por parte del Estado, como fundamento de su pretensión resarcitoria; dado el perjuicio económico que la mora le había irrogado. En autos "Gothelf, Clara M. c/ Prov. de Santa Fe s/ daños y perjuicios", del 10 abril de 2003, caso en el cual un reo fue asesinado por otros internos, medió atribución de responsabilidad a la provincia demandada por la falta de servicio que significó no cumplir adecuadamente la obligación de seguridad de preservar la vida de los reclusos carcelarios –art. 18 de la C.N.-. En el caso "Fabro, Victor y otra c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" (2000) Fallos 323:3568, ante un accidente que culminó en la muerte de una mujer que fue goleada por la hélice de una avioneta de la cual estaba descendiendo, evento que suscitó la demanda incoada por sus padres (luego se agregó la acción seguida por su marido) contra el piloto, la empresa prestataria del servicio de transporte (a la sazón una sociedad del Estado) y el Estado de la provincia de Río Negro; la C.S.J.N. sostuvo que le cabía responsabilidad concurrente al Estado provincial -considerando 5°- "*... por cuanto las deficiencias operativas que condujeron a la muerte de la víctima pudieron haberse evitado o atenuado mediante la adecuada prestación de un servicio fundamental para la actividad aeronáutica cual es el de los operadores de infraestructura que, ejercido de manera compatible con el objetivo primordial de salvaguardar vidas humanas, habría requerido suplir –u observar al menos- las serias deficiencias de la prestación del transporte aéreo*". En el citado caso, "Brescia, Noemí L.", la Corte señaló "*Que la provincia de Bs. As. ha reconocido expresamente que el padre de la actora concurrió al hospital bajo su ámbito a fin de recibir atención médica. Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de asistencia a la salud de la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular*", "*Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen ac-*

Repositorio Institucional

Desde una perspectiva diversa Gordillo afirma que "*la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una obligación legal de cumplir el hecho omitido (art.* 1074)*, sino a una regular ejecución de las obligaciones legales o el ejercicio irregular de sus cargos ... lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado ... por una norma jurídica*"; en su opinión, los funcionarios "*tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determinen específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento, como resultado, de las obligaciones a ellos impuestas*" en los términos del artículo 1112 del código civil[937].

A criterio de Salomoni, en el caso específico de la omisión de ejercicio del poder de policía estatal "*... se puede sostener que tal omisión no genera responsabilidad siempre y cuando no ocasione lesión de un derecho humano reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional ... ni de la norma constitucional original*", al momento en que sostiene que los mencionados tratados integran el cuarto elemento que conforma el concepto jurídico de inactividad u omisión, otorgándole fundamento al instituto[938].

---

tivamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor...".

[937] GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2; cit., 2000, XIX-11.

[938] Jorge L. SALOMONI, "La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina", J.A., 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo, Bs. As., 30/11/05, p. 3. El autor cree que se ha disociado el sistema constitucional del código civil, conforme a su teoría general en materia de derecho administrativo.

Repositorio Institucional

Debe advertirse que el problema del fundamento guarda vinculación con la circunstancia a tenor de la cual, para que un perjuicio real y determinado en la esfera de intereses de un individuo resulte indemnizable por parte del Estado, a más de estar ligado por medio de una relación de causalidad adecuada a un comportamiento omisivo imputable a la persona jurídica Estado, debe implicar la abstención estatal respecto a un obrar exigible al agente público, en virtud de un imperativo legal determinado, vale decir, debe inexcusablemente configurar una *omisión antijurídica* y no una mera abstención material.

d.2. Criterios de acotamiento

La circunstancia indicada en el párrafo anterior ha inducido la búsqueda de criterios de acotamiento que permitan definir pautas de atribución que no redunden en la mera violación al principio *naeminem laedere* por parte del Estado, pautas entre las cuales es posible distinguir:

a) criterios que operan sobre el factor de atribución, otorgando base subjetiva a la responsabilidad estatal por omisión;

b) criterios que procuran acotar el nexo causal, y

c) criterios que limitan la responsabilidad a partir de la diferenciación entre deberes normativos.

Entre los primeros, adoptando una solución ajena a la posición asumida en esta obra, se destaca la opinión vertida por Hutchinson, en su voto en el caso “Sikes”, quien acuerda base subjetiva a la responsabilidad del Estado por omisión, limitando su pro-

Repositorio Institucional

cedencia sólo a los casos en los cuales sea constatable la existencia de culpa o dolo[939].

Entre los segundos cabe citar a Kemelmajer de Carlucci, en particular, a su comentado voto en el caso "Torres", en el cual, con cita del autor italiano Duni, afirma que si bien: *"el ilícito omisivo no puede responder a un principio amplísimo, cual es el del "neminem laedere"... esto no significa que se requiera una omisión típica, a la manera del delito penal. Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual esté obligado a actuar; esta obligación, no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos a) la existencia de un interés normativamente relevante... en la relación cualitativa o cuantitativa... b) la necesidad material en actuar para tutelar ese interés; y c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar..."*[940]. Cabe preguntarse, no obstante, si los tres requisitos enunciados por la jurista constituyen nuevos condicionamientos a la viabilidad jurídica de la responsabilidad del Estado por omisión o si, por el contrario, se encuentran ya contenidos dentro de sus exigencias generales de operatividad.

En este sentido, la referida condición *cualitativa o cuantitativamente relevante* del interés, parece un presupuesto implícito en la condición de *antijuridicidad* que caracteriza a la *omisión* imputable al Estado. Por lo tanto, puede estimarse válida la afirmación a tenor de la cual el juicio hipotético sobre la valoración del interés pertenece al plano normológico de la juridicidad y no al ámbito del

---

[939] Casos "Sykes", CFAp.Cont.Adm.Fed, sala IV, 2 de Julio de 1985, y "Menéndez S.A. c/ B.C.R.A" sala I del mismo tribunal, 30 de Mayo de 1990, L.L. 1990-D, 413. En igual sentido, Guillermo MUÑOZ, "Responsabilidad del Estado por omisión, AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, 2001, p. 93.

[940] Caso "Torres", citado.

Repositorio Institucional

discernimiento judicial, encontrándose subsumido en el tipo legal *omisión antijurídica*. En segundo término, la *necesidad material de actuación del Estado en tutela del interés protegido* es, continuando la misma línea de análisis, una condición imperativa del carácter *antijurídico omisivo* de la responsabilidad; así, si no existe un imperativo legal que el Estado incumple no hay omisión y, por consiguiente, no hay responsabilidad.

Sin embargo, el requisito mencionado en tercer lugar y que está referido a *la relación de proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad de la actuación*, plantea una relación de razonabilidad entre *el beneficio que la acción aparejaría a la esfera de intereses de los particulares y las posibilidades económicas reales del Estado, considerando singularmente el costo que al Estado le irrogaría apartarse de su actitud omisiva, dentro de un marco de respeto por la seguridad jurídica*. La razón que justificaría esta solución es que *en una sociedad los recursos presupuestarios son siempre escasos en relación con las demandas y necesidades de la población*[941].

[941] Este balance entre los beneficios posibles, es decir, la finalidad del acto omitido (que en el caso Torres era la construcción de una represa para evitar las inundaciones de los inmuebles adyacentes a la zona ribereña), y el costo de la disposición de los medios conducentes al logro de ese fin (que en el caso comentado estuvo dado por los dineros públicos que se hubieran debido afectar a la construcción de esa obra, detrayéndoselos, al mismo tiempo, de otras finalidades tal vez más urgentes), resulta de capital importancia a la hora de evaluar si se condena o no al Estado por las consecuencias de su inactividad antijurídica frente a deberes normativos genéricos puestos a su cargo. En aplicación de tal relación fue posible condenar al Estado por incumplimiento de un deber tan genérico como el de *preservar la salud de la comunidad*, si éste ha asumido el compromiso, y lo ha reconocido presupuestariamente, de producir vacunas contra la Fiebre Hemorrágica Argentina. CNCont-Adm., sala IV, junio 2 de 1998, en autos "Viceconte, María Cecilia c/ Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social, según amparo ley 16.986. E.D. Administrativo, agosto de 1998; el Tribunal actuante consideró

Repositorio Institucional

Por último, en vinculación con las doctrinas de acotamiento que operan sobre el nexo causal, Cassagne opina que, además de existir un deber normativo, es menester que tal *deber* ostente la condición de ser *concreto*, es decir que *no opere en dirección genérica y difusa*, explicando que sólo se perfilará la responsabilidad del Estado por omisión "*cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares*" [942]. Para este autor, el derrotero

---

que estando acreditado que la fiebre hemorrágica argentina: "*... es una enfermedad exclusiva de nuestro país, que no está previsto producir vacuna Candid 1 en el extranjero, y que, debido al número de personas a vacunar la producción de esta vacuna no es atractiva desde el punto de vista comercial la disponibilidad de dicha vacuna para la población del área endémica está sujeta a los avances del proyecto de producción de Candid 1 en los laboratorios del Instituto Nacional de enfermedades Virales Humanas ... Que surge claramente de autos que el Estado Nacional, a través del ministerio demandado ha asumido el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina*". En otros casos, la Corte, en instancia originaria, resolvió despachar medidas cautelares, dentro del marco de un proceso de amparo, ordenando prestaciones médicas provisionales a personas que en el marco de las cautelares acreditaron estar impedidas de procurárselas por sí mismas, como así también, una omisión del Estado en el cumplimiento de leyes que ponían en cabeza suya dichas prestaciones - casos "Álvarez, Oscar J. c/ Buenos Aires, Prov. de y otro s/ acción de amparo", sentencia del 12 de julio de 2001, "Orlando, Susana B. C/ Buenos Aires, Prov. de y otros s/ amparo", sentencia del 4 de abril de 2002. En el caso "Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo" (2000), Fallos 323:1339, frente a la requisitoria de entidades no gubernamentales dedicadas a la lucha contra el SIDA, respecto a que el ministerio demandado cumpliese con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos que padecen el mencionado síndrome y suministrase los medicamentos necesarios a tal fin, el procurador actuante, en dictamen que fue hecho suyo por la Corte, señaló que "*El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio*".

[942] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7° edición, cit., t. 1., ps. 518/519. Participa de este grupo TAWIL, quien distingue entre deberes que surgen de nor-

Repositorio Institucional

de la jurisprudencia de la C.S.J.N. indica el seguimiento de una tendencia equilibrada fundada "*... en los estándares medios que permiten calcular el funcionamiento anormal, defectuoso o irregular de las funciones y servicios que deben cumplir los órganos del Estado*"[943].

En el contexto de este trabajo, siguiendo un criterio objetivo ecléctico, es posible estimar que un *plafond* válido de acotamiento de la imputación de daños al Estado en el caso de las omisiones provenientes del incumplimiento de deberes normativos genéricos, surge de la distinción entre el incumplimiento de principios normativos, que, en su condición de mandatos de optimización permiten amoldar la indemnización debida a los *estándares de rendimiento promedio del servicio y las posibilidades presupuestarias del Estado*; y el incumplimiento de reglas, que, según su aplicación al todo o nada, obligan siempre a su fiel cumplimiento por parte del Estado. En el primer caso, la determinación del carácter de

---

mas operativas, cuya omisión sería causa de responsabilidad, y deberes que emanan de normas programáticas cuyo incumplimiento no haría, al menos en principio, responsable al Estado; cfr. Guido S. TAWIL, *Omisión, guerra y responsabilidad del Estado*, L.L. 1991-D-362, comentario al caso "Assmuss, Francisco R., y otros c. Estado Nacional", en el cual la Corte entendió que no cabe responsabilizar al Estado Nacional por daños provocados por fuerzas enemigas a soldados nacionales.

[943] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7° edición, cit., t. 1., ps. 565. Parece ser este el criterio asumido por la C.S.J.N. en el precedente "Mosca", del 6 de marzo de 2007. No obstante, tal como lo señala María JEANNERET de PÉREZ CORTÉS "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, cit., ps. 311/323-, son múltiples las dificultades prácticas que acarrea la determinación de estándares prestacionales promedio a fin de evaluar la existencia de omisiones antijurídicas en la materia, sobre todo en el caso de países cuyo gasto público es altamente inequitativo.

Repositorio Institucional

principio investido por la norma resultará de la apreciación judicial de la amplitud del contenido de su enunciado deóntico[944].

e. Daños causados por cosas

En los términos expuesto en esta obra, resulta de aplicación al caso de los daños causados con las cosas o por su riesgo o vicio, cuando las mismas son de propiedad estatal o están bajo la guarda o custodia del Estado, el artículo 1113 del código civil.

Este es, tal vez, el ámbito en el cual la *pertinencia normativa* es denotada con mayor claridad, pues media la existencia de múltiples precedentes que se hacen eco de tal fundamento, la mayoría de los cuales han sido dictados por tribunales civiles, en tanto que los tribunales con competencia contencioso administrativa tienden a encuadrar el riesgo o vicio de la cosa en la doctrina de la falta de servicio.

Así, en el caso "Bullorini, Jorge A. y otro c. Provincia de Córdoba" -CS, 1994/03/01-, la Corte estableció que "*El uso y goce de los*

[944] Un caso que permite graficar esta idea es "Iturbe, Nora del Carmen y otra c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios", C.S., originario, sentencia del 12 de agosto de 2003, en el cual el tribunal señaló -considerando 6°- "*Que... la procedencia de la pretensión depende de la existencia o no de una omisión antijurídica, dado que en la órbita extracontractual la antijuridicidad es el primer presupuesto inexcusable del deber de responder. En este sentido, tanto las normas de nuestro Constitución Nacional ... como las pertinentes de la Constitución provincial ponen a cargo de la autoridad el ejercicio del poder de policía sobre las aguas a fin de que no afecten la salubridad pública ni la seguridad de las personas, pero de ningún modo imponen específicamente al Estado la obligación de construir efectivamente las defensas necesarias para asegurar los bienes de los habitantes, La Ley Fundamental y de igual manera la Constitución de la provincia no aseguran ni prometen a los ciudadanos que sus bienes estarán a salvo de cualquier hecho, ni surge de sus normas –siquiera implícitamente- el deber jurídico de realizar las obras aludidas para la defensa de los bienes cuya omisión aparejaría el deber de responder*".

Repositorio Institucional

bienes del dominio público por parte de los particulares, importa para el Estado... la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. EL criterio regulador del art. 1113 del cód. civil, autoriza a graduar el factor de imputación en función de la posible eficiencia de la culpa de la víctima en conjunción con el riesgo creado, al disponer que el dueño o guardián podrá eximirse total o parcialmente de responsabilidad, si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"[945].

La Cámara Nacional Civil, en el precedente "Carrazan, Jesús P. y otro c. Coor. Ecol. Área Metropolitana Soc. del Estado CEAMSE s/ daños y perjuicios, sala H, el 26 de mayo de 2002[946], resolvió que "*... en presencia de una acción personal tendiente a obtener la reparación de los perjuicios sufridos por el deceso de un jo-*

---

[945] Cfr. COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, cit., p. 1073; caso publicado en L.L. 1994-C, 178 –en el caso el daño fue ocasionado por el levantamiento pronunciado de la carpeta asfáltica-. En el caso "Moreno, Francisca N. c. Prov. de Buenos Aires" -E.D. Administrativo, julio de 2004, p. 18, C.S.J.N., originario, 9 de marzo de 2004, considerando 7- el Tribunal Cimero señaló *"Que acreditados estos extremos –prestación de servicios urgentes y aviso a los transeúntes por medios sonoros- pierde toda relevancia la condición de embestidor que pudiera revestir el rodado oficial ya que aquella resultaría de no haberse acatado su preferencia de paso. Idénticas consideraciones merecen su alegado exceso de velocidad o la violación de la señal luminosa que autorizaba el avance del conductor del Reanult 19, ya que cualquiera que hubiere sido la indicación de cruce, el vehículo de los actores debió ceder el paso como lo dispone el art. 57, inc. 2, b) del citado reglamento. Más aun, debió detener su marcha tal como lo dispone el art. 84 y no avanzar, por cuanto el estar habilitado para hacerlo no lo eximía en ese caso de adoptar medidas razonables de precaución (conf., Fallos, 311:150)*".

[946] E.D. Administrativo, agosto de 2002, p. 20. De igual modo, si un motociclista choca contra una pila de residuos obrantes en la calzada pública por su culpa exclusiva, no puede imputarse responsabilidad al Estado –en el caso el Gobierno de la ciudad autónoma de Bs.As.-, pues la obstrucción parcial de la calzada no infringe la seguridad del tránsito –CNCiv., sala G, en agosto 26 de 2002, en E.D. Administrativo, noviembre de 2002, p. 22.

Repositorio Institucional

ven que murió de un paro cardio-respiratorio traumático, como consecuencia de asfixia por sumersión... en un formación de agua existente en el predio del CEAMSE... corresponde aplicar el art. 1113, 2° parte del cód. civil, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba prevenida por dicha norma que beneficia al actor y que lleva a presumir la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa con la que se causó el daño"[947].

Por su parte, con fundamento en la falta de servicio aunque mencionando el deber de custodia, la CNCont. Adm. Fed, sala III, indicó en el caso "Casanova Castro, Reynaldo D. y otro v. Estado Nacional" –sentencia del 30 de agosto de 2005- que: *"... si la Policía Federal tenía a su cargo la custodia de los rodados vinculados a procesos judiciales, que se encontraban estacionados en la playa dependiente de la Comisaría n. 47 de esta ciudad, el robo de alguno de éstos – más allá de la circunstancia de que fue cometido por un tercero ajeno a la institución policial-, genera la responsabilidad del Estado con sustento en la existencia de una falta de servicio. Ello es así por cuanto, si la Policía Federal hubiese brindado un adecuado servicio de seguridad sobre los rodados sometidos a su custodia, no hubiese podido tener lugar hecho delictivo alguno con relación a los mismos"*.

Se ha criticado en doctrina la aplicación del artículo 1113 del estatuto civil al problema examinado, en base a considerar la supuesta amplitud desmedida que la norma adquiriría con relación

[947] También la CNac. Civ. Y Com. Fed., sala 3°, agosto de 2004, en el caso "B., A. J. y otros v. Estado Nacional y otros", señaló que cabe atribuir responsabilidad al Estado por los daños sufridos por un menor al caer a las aguas del puerto –desde un muelle habilitado al público-, bajo la consideración del riesgo del muelle art. 1113, párrafo 2, 2° parte del código civil, como así también por la conducta negligente de sus dependientes, dado que las omisiones en el cumplimiento de los deberes que le son propios potenciaron el riesgo de la cosa -extraído del sumario publicado en J.A. Suplemento de Derecho Administrativo, 2004-IV, p. 72-.

Repositorio Institucional

al Estado[948]. Sin embargo, cuando se analizan los casos que se citan a fin de probar la hipotéticamente dilatada amplitud de la atribución de daños que resultaría del artículo de marras al Estado[949], es posible colegir que la misma conclusión sería predicable si se empleara en la solución de esos casos la doctrina de la falta de servicio, pues en todos ellos podría alegarse la deficiente prestación de un servicio a cargo del Estado. Es más, en algunas situaciones tales como la del empleo de armas de fuego por personal de las fuerzas de seguridad, el factor de imputación falta de servicio resulta sensiblemente más amplio que el que surge de la representación aparente -artículos 43 y 1113-.

Por ello, dado que el factor de atribución en ambas doctrinas es objetivo, la diferencia entre la aplicación de la teoría de la falta de servicio y la del riesgo, sólo radica en que en el primer caso la carga de la prueba corresponde al actor en tanto que en el segundo media una inversión de la carga probatoria, por la cual el dueño o guardián de la cosa sólo se exime de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima, de un tercero, o el caso fortuito. Ahora bien, debe quedar claro que en el caso de la responsabilidad por riesgo el actor tiene la carga de probar la existencia del daño y las circunstancias en las cuales éste se produjo, eventos muy importantes a

[948] Pablo Perrino, "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI*, cit., p. 165.

[949] Perrino cita como ejemplos de aplicación de la norma en cuestión a los daños provocados por caídas de árboles; bienes accesorios al dominio público; mal estado de aceras, calles y rutas; trampolines instalados por un municipio en una playa que ocasionan daños a un bañista; daños provocados por la caída de mampostería de un edificio público (catedral de Bs.As., caso en que se condenó al Estado en su condición de guardador del inmueble); demolición de un inmueble de propiedad privada para la construcción de una autopista; mal funcionamiento de ascensores en edificios públicos; daños provocados por explosivos, uso de armas de fuego por agentes o miembros de las fuerzas armadas; utilización de un muelle en mal estado; circulación de automotores oficiales, etc.

Repositorio Institucional

los fines de tener por acotada la aplicación del art. 1113 al ámbito de la responsabilidad estatal.

3) EXTENSIÓN Y MODO DE LA REPARACIÓN

a. Extensión de la reparación

Según se expresó en el capítulo anterior, la indemnización plena es una consecuencia directa del carácter siempre ilícito de los actos, hechos u omisiones que dañan a terceros –excepto el caso de la expropiación, conforme las razones oportunamente indicadas-. Por ello, el alcance del resarcimiento está dado, en la legislación civil argentina, por las consecuencias vinculadas por un nexo causal adecuado con el ilícito dañoso imputable al Estado[950], siendo este el único baremo legal a considerar[951].

---

[950] Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANNA, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 280, autores que afirman *"De allí, entonces, que en todos los casos el metro del deber de reparar sea la relación causal que el Derecho señala como relevante, tanto cuando se lo atribuye a título de culpa, como cuando se lo asigna por atribución objetiva"*. Por su parte, señala Roberto LÓPEZ CABANNA, "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", *La Responsabilidad, Homenaje al profesor Isidoro Goldemberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 280, *"Como regla general, la reparación debe ser plena en todos los ordenamientos jurídicos, pero su plenitud está condicionada en cada uno de ellos. En el argentino, en la medida de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que atribuyó el Código Civil en los artículos 901 y siguientes y, en órbita contractual, en la de los artículos 520, 521, 622"*.

[951] Cfr. Gladys S. ÁLVAREZ, Carlos G. GREGORIO y Elena I. HIGHTON, L.L. 1997-C, p. 1045, "Limitación de la Responsabilidad por daños – Un enfoque socio económico", en especial, p. 1059. Estos autores expresan que la limitación de responsabilidad por baremo legal no constituye un incentivo adecuado a fin de evitar la causación de perjuicios, o bien, de alentar la prevención.

Repositorio Institucional

Así, si bien la cuestión de la inclusión del lucro cesante en el resarcimiento a cargo del Estado ha sido doctrinariamente cuestionada en cuanto a su procedencia en los casos de "responsabilidad estatal por actividad lícita"[952], la jurisprudencia ha experimentado importantes variaciones a lo largo del tiempo[953].

A efectos de este análisis resulta de interés recordar que en la causa "Jucalán"[954], la Corte extendió el *plafond* de reparación al lucro cesante, al cual definió –considerando 13- como "*las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debi-*

[952] Véase MARIENHOFF, "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado –Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativo, Justicia distributiva y justicia conmutativa", L.L. 1991-C-p. 1080, texto en el cual el autor señala que "*No procede computar el lucro cesante tratándose de reparar lesiones o agravios a derechos de origen y naturaleza administrativa, o de derechos encuadrados o regidos por el derecho público*" -p. 1086-, pues la justicia distributiva característica del reparto público excluiría por principio general el cómputo de ese rubro.

[953] En el precedente "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios" (1975), la Corte, por mayoría, sostuvo que la revocación por razones de mérito de una habilitación daba derecho a su titular a reclamar sólo el daño emergente de tal situación –considerando 19°-, Fallos 293:617. Esta regla fue confirmada en el precedente "Cantón, Mario E. c. Estado Nacional" (1979) Fallos, 301:403, aunque esta vez con fundamento en la ley de expropiaciones. En el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad" (1984) Fallos 306:1409, el Alto Tribunal extendió la indemnización por revocación de un contrato -por razones de oportunidad, mérito y conveniencia- al lucro cesante derivado de tal rescisión. El *holding* del pronunciamiento antes citado fue revisado en la causa "Motor Once S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires" (1989) Fallos 312:649, L.L. 1989-D-24, en la cual el Supremo Tribunal, siguiendo el dictamen de la procuradora fiscal, resolvió nuevamente la aplicación de la ley de expropiaciones y con ello la limitación del resarcimiento al daño emergente.

[954] "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c. Provincia de Bs. As." (1990), Fallos 312:266, J.A. 1990-II-510.

Repositorio Institucional

da y estrictamente comprobadas", abonando su conclusión en la circunstancia que la limitación a la indemnización plena "... *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* ..."; marginando del debate las cuestiones atinentes a la fuerza mayor, es de interés reflexionar, primero, sobre las posible limitación por vía convencional, y luego, respecto a las limitaciones legalmente impuestas[955].

En relación con las *limitaciones convencionales*, debe afrontarse el punto relativo a los contratos suscriptos con los prestadores de servicios públicos en los cuales el Estado ha convenido la limitación de la responsabilidad de los prestadores –concesionarios o licenciatarios- ante algunos daños[956]. Esta disposición convencional se ha visto desvirtuada, en opinión de cierta doctrina, por el precedente "Ángel Estrada y Cía. S.A."[957], en el cual la Corte ha dispuesto que las multas previstas en el contrato no pueden ser

---

[955] Es de interés confrontar Pablo PERRINO, "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público (El reconocimiento del lucro cesante moderado)", citado.

[956] Señala al efecto Federico CAMPOLIETI -*El costo de falla del servicio público*, E.D. Administrativo, agosto de 2005, ps. 20/24- que "*... la responsabilidad contractual de la distribuidora frente al usuario establecida en el marco regulatorio determina que (i) en caso de incumplimiento en los niveles de calidad establecidos (calidad del producto técnico suministrado, calidad del servicio técnico prestado o calidad del servicio comercial) la distribuidora debe afrontar el pago de las penalidades establecidas por el ente regulador a favor de los usuarios, salvo el caso de dolo o culpa grave, en donde no rige la limitación de responsabilidad al pago de la penalidad, (ii) en caso de alteraciones en los niveles de tensión (calidad del producto técnico) que generen daños en los artefactos o instalaciones del usuario, la distribuidora debe hacerse cargo de su reparación*".

[957] "Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Resolución 71/96 – Secretaría de Energía y Puertos", causa A. 126. XXXVI, considerando 7°, E.D. Administrativo, mayo de 2005.

Repositorio Institucional

consideradas como límite de la responsabilidad de la empresa concesionaria por incumplimiento del contrato de concesión, ni como cláusulas penales, vale decir, como límites convencionales a la responsabilidad, transformando a las cláusulas contractuales atinentes al tema en cuestión en "*... un suerte de cláusula general de responsabilidad contractual objetiva e ilimitada*"[958]. El fundamento otorgado por el Tribunal Cimero a la cuestión en análisis resulta del considerando 9° de la sentencia examinada que al efecto expone: "*... los límites a la responsabilidad deben resultar de la letra expresa de la ley, y dichos límites son válidos siempre y cuando el criterio de distinción establecido por el Congreso para fundar la excepción al régimen general obedezca a fines propios de su competencia y la potestad legislativa haya sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido ...*", por lo tanto una limitación de tipo contractual sería inválida[959].

Tal como se aprecia, la eliminación de la limitación resultante de la vía convencional, exigiéndose al efecto la previsión legal formal, constituye una pauta novedosa de interpretación que permite atisbar múltiples consecuencias en la materia. Por otra parte, resulta interesante señalar que el uso de la expresión "salvo culpa grave o dolo", empleada en los contratos de concesión, traduce una incoherencia respecto del carácter objetivo de la responsabilidad contractual -excepto que se aborde la cuestión desde el paraguas hermenéutico de la falta de servicio en su vertiente subjetiva de presentación-, por tal razón es posible pensar que lo que la ley señala es que el grado objetivo de imprevisión puesto de manifiesto

[958] Según expresa CAMPOLIETI en su artículo "El costo de falla del servicio público".

[959] Señala Campolieti que la atribución del costo del falla del servicio al prestador según un esquema de responsabilidad objetiva e ilimitada contribuirá a elevar los costos de operación del servicio, dadas las previsiones que resultarán pertinentes sumadas a la incertidumbre propia de la situación.

Repositorio Institucional

por los directores del prestador determina el grado de atribución causal de las consecuencias.

En torno a las *limitaciones impuestas por vía legal*, es dable considerar la opinión de Comadira[960], quien cita como ejemplos de manifestaciones de la fuerza expansiva de la expropiación a la ley Nº 13.064, de Obras públicas, en particular a los artículos 38, *in fine*, supresión total de un ítem del contrato por parte del Estado, o la alteración substancial del proyecto cuando la Administración decide variar las obras por razones de oportunidad, artículo 30; supuestos en los cuales se otorga al contratista la posibilidad de rescindir el contrato percibiendo una indemnización. Al mismo tiempo, pone de manifiesto la ley -art. 54, inc. f.-, que no se liquidará al contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas. Refiere también el autor al caso de la ley Nº 12.910, que en su artículo 5° establece que en caso de obras paralizadas, es procedente la rescisión del contrato sin aplicación de penalidades, situación en la cual no le será reconocida a los empresarios ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de la obra que se deja de ejecutar. Por último, Comadira alude al decreto delegado Nº 1023/01, con relación a las contrataciones de la administración pública nacional; a la ley Nº 23.554, art. 35, de Defensa Nacional, que afirma que en caso de requisiciones militares no se paga lucro cesante; y a la ley de emergencia Nº 25.344, artículo 26[961].

---

[960] COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, su necesario encuadre en el Derecho Público", cit.

[961] Es dable mencionar también, como ejemplos de regímenes legales que acotan la indemnización en caso de responsabilidad objetiva, admitiendo su ampliación en caso de concurrir dolo o culpa grave, a la ley de navegación N° 20.094 y al código aeronáutico, ley N° 17.285.

Repositorio Institucional

No obstante lo expuesto por la autorizada doctrina referida en el párrafo anterior, es posible considerar que los ejemplos mencionados no importan el establecimiento de una regla general de indemnización acotada sino limitaciones razonables a la responsabilidad derivadas de un marco legal de adhesión –ley de obras públicas-, o bien de situaciones de grave riesgo social -requisiciones militares y leyes de emergencia- previstas legalmente[962].

Por último, la regla civil de indemnización plena ha sido receptada por el Alto Tribunal, en el precedente "El Jacarandá", al afirmar: "*Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas ...*"[963].

---

[962] Es válido traer a colación que, en la citada causa "Aquino" -considerando 14- la Corte Suprema expresó "*... el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños...*".

[963] "El Jacarandá c. Estado Nacional s/ juicio de conocimiento", sentencia del 28 de julio de 2005, E.D. Serie Especial de Derecho Administrativo, septiembre de 2005, p. 22, considerando 9, con la disidencia de la Dra. Highton de Nolasco, en cuyo voto adhirió a la doctrina de la fuerza expansiva de los principios de la expropiación para el caso de la llamada responsabilidad estatal por actividad lícita. Con anterioridad, se inclinó en sentido favorable al reconocimiento de la indemnización plena la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, cfr. Carlos A. ANDREUCCI, "Responsabilidad del Estado por acto lícito y seguridad jurídica –Análisis para una mejor interpretación y legislación-"; E.D. Administrativo, junio de 1998, p. 8. Véase también, David PATCHMAN "Responsabilidad del Estado derivada de los daños ocasionados por su actividad lícita. El fallo "jacarandá", Suplemento de Derecho Administrativo de E.D., 31 de agosto de 2006.

Repositorio Institucional

b. Modo de la reparación

Existen en la legislación civil dos maneras de reparar el daño patrimonial, por vía de la denominada reparación natural o *in natura*, consistente en la reintegración en forma específica, de modo tal que las cosas retornen a su condición anterior al evento dañoso; y la reparación por equivalente o indemnización, mediante la cual se resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño[964].

La indemnización puede ser reclamada por los damnificados directos, o bien, en su caso, por los perjudicados indirectos[965].

4) LA ACCIÓN DE DAÑOS EN CONTRA DEL ESTADO

Constituye el tema del acápite lo atinente al ejercicio de la acción de daños y perjuicios en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. Corresponde, por lo tanto, tratar acá las cuestiones relativas a los sujetos activos y pasivos de la acción de daños y perjuicios –en particular la coordinación de la responsabilidad del Estado con la de los funcionarios públicos-, como así también, los puntos relativos al tipo de proceso por el cual tramita la acción contra el Estado, el fuero competente a fin de entender en tales asuntos, las condiciones relativas a la habilitación de la instancia judicial y el plazo de prescripción de la acción.

---

[964] Cfr. ZANNONI, *EL daño en la responsabilidad civil*, tercera edición, cit. p. 287. La cuestión está regida por el art. 1083 del código civil que al efecto expresa: *"El resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero"*

[965] Código civil, artículos 1068, 1069, 1077 y 1079 y 1080. Véase al efecto el caso "Montini, Julio H. c. Empresa FF.CC. Argentinos" (1986) Fallos 308:1655.

Repositorio Institucional

a. Responsabilidad de los funcionarios públicos

El primer punto a abordar es el relativo a la coordinación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario público, al momento en que un particular perjudicado decide intentar una acción de daños y perjuicios.

En este sentido, es claro que el individuo puede dirigir su acción contra el Estado, responsable indirecto del daño, en tanto se encuentren satisfechas las condiciones relativas a imputabilidad y relación causal; no obstante, cabe preguntarse si es posible demandar, al mismo tiempo, al funcionario dañador –responsable directo-, o si tal acción está vedada al particular, correspondiéndole sólo al Estado.

En caso que se admita la posibilidad de accionar contra ambos –Estado y funcionario- debe determinarse qué condición jurídica reviste la obligación a su cargo, ¿se trata de una obligación de sujeto plural, simplemente mancomunada o solidaria? Por otra parte, si el sistema sólo posibilita la acción contra el Estado, o bien, si resultando posible ambas acciones el damnificado decide demandar solamente al Estado, procede discernir si la acción de recupero a intentar por parte de la persona jurídica debe asumir la forma de la *actio in rem verso*, o bien, la de una acción afín a la relación contractual que la vincula con el agente.

Vistos los interrogantes propuestos, es dable comenzar este análisis coincidiendo con Gordillo respecto a que *"[E] está sujeto a la responsabilidad del art. 1112 todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal"*[966]; de este modo, el artículo 1112 del código es la norma que específicamente regula la responsabilidad civil de los

[966] GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., XIX-9.

Repositorio Institucional

funcionarios públicos respecto de terceros, evento que limita las potestades legislativas provinciales en tal materia[967].

En el sentido expuesto, son agentes públicos los funcionarios y empleados que desarrollan tareas en cualquiera de las esferas de poder –ejecutiva, legislativa y judicial- sin perjuicio de las particularidades que en torno al punto de la responsabilidad plantea la actividad de jueces y legisladores[968]. Los funcionarios públicos que constitucionalmente deben ser sometidos a juicio político o jurados de enjuiciamiento –o desafuero- no pueden ser responsabilizados por daños sin cumplir, de modo previo con tal requisito[969].

En los términos del citado artículo, resultan legitimados activos para intentar una acción de responsabilidad por daños contra los funcionarios públicos sólo los particulares damnificados, siendo

---

[967] Sin perjuicio de que las restantes responsabilidades -contable, disciplinaria y administrativa- estén regidas por la legislación provincial. Es necesario recordar que, a diferencia de lo sostenido por Gordillo, este trabajo no recoge la teoría del órgano, razón por la cual se entiende que el texto del artículo 1112 del código civil sólo refiere a los funcionarios públicos.

[968] Así, por ejemplo, señala Aída KEMELMAJER de CARLUCCI en relación con la responsabilidad de los jueces que integran tribunales colegiados -en su artículo "El deber de los jueces de reparar el daño causado", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 93/128, en especial, p. 125- "*Si la resolución dictada por culpa, dolo o error inexcusable emana de un tribunal colegiado, no responde el que votó en disidencia, desde que él no causó el daño, no fue autor del acto lesivo*". Por su parte, resulta de muy difícil conceptualización el problema de la responsabilidad civil de los legisladores por los daños resultantes del ejercicio de su actividad específicamente legislativa.

[969] Cfr. Enrique MÜLLER, "Problemática de las acciones de la víctima contra funcionarios y el Estado", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 157; Carlos A. ECHEVESTI, "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", AA.VV., *Responsabilidad de los funcionarios*, Hammurabi, Bs. As., 2003, p. 116. Confróntese también los precedentes "Irurzún, Ricardo E. c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios" C.S. 12 de abril de 1994; y "Tortorelli, Mario N.", antes citado.

Repositorio Institucional

bienal el plazo de prescripción de esa acción por aplicación del artículo 4037 del texto civil[970].

En caso que el particular dañado decida intentar sólo una acción directa contra el Estado, o bien en la hipótesis que sólo éste asuma el pago del total de la condena –si se considerase a la obligación como solidaria-, la acción de regreso del Estado contra el funcionario –siempre y cuando su actuación haya sido ilícita- estará regida, en el ámbito federal[971], por el artículo 130 de la Ley de Administración Financiera Nº 25.156, que resulta el estatuto especial de aplicación a la situación descripta[972]. Esta acción prescribe

---

[970] Se expide en sentido contrario el profesor CASSAGNE, en cuya opinión, en caso de faltas de servicio –artículo 1112 del código civil-, sólo es dable que el particular damnificado demande al Estado; en tanto que, si media la existencia de una falta personal -en los términos del artículo 1109 del estatuto civil- estima viable el ejercicio de la acción directa contra el funcionario –en este caso el Estado no es responsable-. Por último, en la hipótesis de concurso de faltas sería posible demandar a ambos -*Derecho Administrativo*, cit., t. 1, cit, ps. 533/535.

[971] En este caso, las provincias podrán prever, en sus propias legislaciones de contabilidad o de administración financiera, el modo en que debe ejercerse la acción de regreso en caso de daños causados por el obrar ilícito de sus funcionarios o empleados.

[972] El artículo 130 de la LAF dispone que "*Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoria General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes de responsabilidad patrimonial*"; se trata como dice IVANEGA, de una responsabilidad contractual, de base subjetiva, que debe ser determinada en sede judicial. Cfr. Miriam M. IVANEGA, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco, Bs. As., 2003, ps. 272/284. Afirma la autora citada que "*... resultaría filosófica y jurídicamente válido interpretar que el artículo 1112... consagra un principio general de responsabilidad, que bien puede ser considerado fundamento o elemento esencial de la relación funcionario-Estado. Pero no debe soslayarse que esta responsabilidad, partiendo de la Constitución Nacional, encuentra su regulación específica en normas propias de derecho público, como por ejemplo en el ámbito nacional la ley*

Repositorio Institucional

a los diez años -artículo 4023 del código civil-, contados desde la comisión del hecho que generó el daño o desde que éste se produjo, en caso de que fuera posterior.

La obligación que pesa sobre el agente dañador –responsable directo- y el Estado –responsable indirecto- es una obligación indistinta[973], conexa o concurrente[974], de modo tal que el particular

24.156, y en la esfera de las provincias en sus respectivas leyes de Administración financiera y/o de contabilidad. En lo que hace a la ley 24.156, los artículos 130 y 131 no contienen clasificación alguna de responsabilidad patrimonial, ya sea directa o por acción de regreso... comprendiendo todo tipo de responsabilidad que reúna los presupuestos necesarios para su configuración", ps. 243/254.

[973] En el precedente "Tortorelli", la Corte calificó a una obligación que pesaba sobre un Estado provincial y un juez de esa provincia, sobre la base de existencia de un error judicial *in procedendo*, como obligación concurrente o *in solidum*.

[974] Esta caracterización de la obligación que pesa sobre los funcionarios y el Estado es sugerida por la profesora Aída KEMMELMAJER –"La responsabilidad del Estado –enfoque jurídico privado-", cit., ps. 76/80- en cuya opinión "*Las obligaciones conjuntas no ofrecen sólo dos opciones: mancomunidad simple o solidaridad; por el contrario, además de la clasificación de obligaciones divisibles e indivisibles –que sólo se aplican a las obligaciones de sujeto plural-, se encuentran las obligaciones indistintas, conexas o concurrentes, que son aquellas en las cuales dos o más sujetos aparecen obligados con respecto al acreedor por una misma presentación, pero en virtud de distintas fuentes jurídicas, de forma tal que las diversas deudas son independientes entre sí, pese a existir entre ellas la conexión resultante de estar referidas a un idéntico objeto*". Una consecuencia muy importante de esta categorización, es que a estas obligaciones concurrentes no se le aplican la mayor parte de los efectos expansivos de las obligaciones solidarias, entre ellos el relativo a la interrupción del curso de la prescripción. De este modo, en la circunstancia analizada se preserva la responsabilidad del funcionario, aunque este no necesariamente deba ser demandado en el caso concreto por el particular, a la par de garantizarse a la víctima que puede demandar al Estado sin necesidad de demandar previamente al funcionario (la autora cita como ejemplo al artículo 1122 del código civil que al efecto señala que el damnificado por el hecho del de-

Repositorio Institucional

dañado puede elegir demandar sólo al Estado, sólo al funcionario, o bien a ambos[975].

pendiente puede perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligado a llevar a juicio a los autores del hecho). Para el profesor GORDILLO, en cambio -*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, cit., XIX-25-, se trata de una obligación conjunta *in solidum*, de modo tal que el artículo 1112 autorizaría a que tanto los particulares cuanto los demás funcionarios públicos y también el Estado puedan exigir del funcionario la regular prestación del servicio, o, en su caso, el resarcimiento por la irregular prestación. En igual sentido, para Gordillo la acción del Estado contra el funcionario, en caso de resultar procedente, es la directa instituida en el artículo 1112 –no la *in rem verso* del artículo 1123- dado que el artículo 1112 funciona a modo de elemento legal del contrato de empleo público. No obstante, estima que, dado el carácter contractual de la relación entre el funcionario y el Estado, la prescripción de la acción se opera en el plazo decenal establecido en el artículo 4023. En igual sentido se pronuncia MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. VII *El error judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 29.

[975] Para ECHEVESTI, "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", AA.VV. *Responsabilidad de los funcionarios*, Hammurabi, Bs. As., 2003. ps. 43/126, p. 44, "*El régimen legal de la responsabilidad aquiliana del funcionario público se encuentra previsto en el Libro II, Sección II, Título IX ("De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos") en la regla del artículo 1112 del Cód. Civil. Así también en el título VIII, si el obrar del funcionario configura un delito. La responsabilidad instituida en la regla citada es impuesta al agente o funcionario frente a los perjuicios que su irregular desempeño haya provocado a terceros*". Agrega el autor que -p. 48-: "*A los requisitos comunes a toda responsabilidad, el daño y la imputación, deben agregarse los propios: el acto funcional y el cumplimiento irregular presuntivo de culpa*", extremos que deben ser probados por el damnificado –p. 61-. Expresa también que "*La actividad dañosa irregular del agente genera su deber de responder, al mismo tiempo que origina la responsabilidad extracontractual del Estado*", p. 65. Por otra parte, estima en principio que la acción para que el Estado le reclame al funcionario lo que ha pagado por él es la *in rem verso* del artículo 1123 del C.C. "*Recuérdese que la víctima puede demandar al funcionario sin necesidad de hacer lo propio con el Estado y viceversa (art. 1122, Cód. Civil). Pero, si demanda al Estado sin traer a proceso al funcionario... para que la acción de reintegro contra el responsable se haga factible sería menester su citación por el Estado demandado, para serle luego oponi-*

Repositorio Institucional

b. Habilitación de la instancia judicial

Lograr el acceso a la instancia judicial federal de control de la actividad e inactividad del Estado demanda el cumplimiento de ciertas condiciones establecidas en el título IV de la ley de procedimiento administrativo.

Así, el agotamiento de la instancia administrativa previa opera, junto al recaudo de introducción de la demanda o, en su caso, del *recurso* directo, dentro del plazo de caducidad, como un extremo de cumplimiento indispensable a fin de tener por habilitado el proceso administrativo, proveyendo a la apertura de la etapa de control judicial del poder estatal.

La C.S.J.N. ha tenido ocasión de expresar en el precedente *Serra*, que el propósito focal de la llamada habilitación de instancia radica en otorgar a la Administración, como una de las esferas del poder estatal, un momento para reconsiderar sus decisiones u omisiones sin intervención del poder judicial, brindando, al mismo tiempo, un marco temporal de seguridad jurídica a fin de garantir estabilidad a los actos estatales que procuran la satisfacción de intereses públicos, en el marco de la función administrativa[976].

No obstante, tal justificación de cometidos debe ser sometida a un juicio estricto de razonabilidad, pues toda regla que limite el

---

ble la sentencia condenatoria. Ello a fin de garantizarle al agente el ejercicio de su derecho de defensa. La medida de la repetición por parte de la persona jurídica pública va a estar dada por la proporción en que el juez gradúe la participación del funcionario en la causación del daño", p. 66.

[976] Fallos (1993) 316:2454; cfr. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t.1, con la colaboración de Laura M. Monti, La Ley, 2002, p. 408. Véase también, Fabián O. CANDA y Julio P. COMADIRA, "Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la C.S.", E.D. Administrativo, diciembre de 2005, p. 1.

Repositorio Institucional

acceso al control judicial, ciñendo el esquema de contrapesos constitucionales propio de los sistemas judicialistas, debe ser interpretada restrictivamente[977].

Por esta razón, la calificación de "*exorbitante*" con la cual habitualmente se connota al régimen dentro del cual se incluyen los mencionados recaudos, *propios* de la habilitación de la instancia procesal administrativa, resulta *a priori* inadecuada, en tanto desvía el foco de atención resultante del propósito protectorio antes considerado, direccionándolo, en cambio, hacia la gestión del poder como esquema de trascendencia preponderante[978].

En el plano dogmático normativo, los lineamientos actuales de la jurisprudencia en materia de *habilitación de la instancia judicial* resultan de los precedentes "*Gorordo*"[979], con relación a la posibilidad del control oficioso de los extremos de admisibilidad de la acción judicial en el proceso administrativo, y "*Tajes*"[980], a propósito de la concreción *in limine litis* del referido control, ambos emanados del Tribunal Cimero. Por otra parte, la citada jurisprudencia (sin soslayar la emergencia pública como dato fáctico) indujo al legislador a modificar –por ley Nº 25.344- el apartado final del

---

977 Alberto B. BIANCHI, "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", L.L., 1995-A, 397. Aunque concebida como implícita, la garantía a la tutela judicial efectiva ostenta en el derecho argentino jerarquía constitucional, encontrándose normada expresamente en los artículos 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica; cfr. Pablo PERRINO, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa", Revista de Derecho Público; Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2003-1, p. 261.

978 Cfr. Elías P. GUASTAVINO, *Tratado de la "jurisdicción administrativa" y su revisión judicial*, T. 1, segunda edición actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989, ps. 270/271.

979 Fallos 322:74.

980 Fallos 322:555.

Repositorio Institucional

texto del artículo 31 de la LPA, que al efecto dispone "*Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente*".

Con particular relación al recaudo de la vía previa en materia de actos administrativos, la Procuración del Tesoro de la Nación, ha tenido ocasión de expresar que: "*Una razonable hermenéutica de los principios de la ley 19.549 y su reglamento lleva a sostener ... que se estableció un sistema para la impugnación de actos administrativos de alcance particular (aun cuando se tratara de actos de ejecución o aplicación de actos generales), consistente en el otorgamiento de recursos administrativos que exigen su agotamiento para habilitar la ocurrencia ante el Poder Judicial; y se contempló un régimen diferente para la impugnación directa de los actos de alcance general, a través de un reclamo impropio y su denegatoria ... que constituyen, por sí, el único recaudo para acceder a la instancia judicial*"[981]. Puede inferirse de lo expuesto que, en el

[981] P.T.N., 29 de julio de 1994, con comentario de Javier I. BARRAZA y Fabiana H. SCHAFRIK, "Breve análisis de la impugnación del acto administrativo de alcance general a la luz de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", R.D.A. En contra, Mario REJTMAN FARAH, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, La Ley, Bs. As., 2000, p. 27. En relación con la hipótesis en examen, las normas legales y reglamentarias de aplicación son el artículo 24°, inc. a) de la LPA que al efecto establece que el acto de alcance general será impugnable por vía judicial "*Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10*"; el artículo 73 del decreto Nº 1759/72 - t.o. dec. 1883/91.- en tanto dispone que "*Los actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título, ello sin perjuicio de lo normado en el artículo 24, inc. a), de la Ley de Procedi-*

Repositorio Institucional

marco de la LPA, recursos y reclamos importan vías excluyentes -no alternativas- para el acceso a la instancia judicial de control[982].

Dentro del contexto indicado, señala el profesor Comadira que en el derecho positivo argentino "*El reclamo... constituye... o un medio de impugnación directa de actos de alcance general –artículo 24, inc. a), de la ley- o un instrumento para cuestionar el accionar administrativo que no configure actos administrativos –artículo 30 de la ley-.*"[983].

---

mientos Administrativos, siendo el acto que resuelve tal reclamo irrecurrible. Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público". Finalmente, el artículo 83 del citado decreto dispone que "*Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente causados*".

[982] Tal como en su momento lo expusieran Muñoz y González Arzac; cfr. Guillermo MUÑOZ, "Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos", R.D.A., N° 5, Depalma, Bs. As.; Rafael GONZÁLEZ ARZAC, "Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales", E.D. (t. 51) 953.

[983] COMADIRA, cit., p. 440. Referir al reclamo administrativo dentro del contexto del procedimiento administrativo argentino, implica cargar con la analogía conceptual -al menos desde un enfoque iusfilosófico realista- relativa al uso multívoco del vocablo, con el cual se alude tanto a las meras reclamaciones o reclamos innominados, según la denominación que les acuerda un sector de la doctrina -CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, p. 590; Pedro ABERASTURY (h) y María Rosa CILURZO, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, ps. 169/170, quienes distinguen entre: *reclamos innominados* o meras reclamaciones y *reclamos nominados*, categoría en la cual incluyen al reclamo contra actos de alcance general y al reclamo previo a la demanda judicial-; cuanto al rotulado *reclamo* impropio del artículo 24 inc. *a)* de la ley Nº 19.549 –conforme la expresión que acuñara Juan F. LINARES -*Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Bs.

Repositorio Institucional

Conforme la segunda acepción, la reforma que la ley Nº 25.344 introdujo al artículo 32 de la LPA Nº 19.549, reanimó su condición de paso obligatorio previo a la demanda judicial; de acuerdo con su redacción actual, la norma contempla tres excepciones expresas a la vía del reclamo; en primer lugar, la hipótesis de exclusión dispuesta por ley –v. gr. art. 53 de la ley de expropiaciones Nº 21.499, supuesto de la expropiación irregular-; en segundo término, los casos en que se intente una acción de repetición contra el Estado con relación al monto afrontado con ocasión de una ejecución promovida por el Fisco, o bien, en el caso de pago indebido de un tributo –ello sin perjuicio de la aplicación de la norma particular al caso (ley Nº 11.683); y, por último, en la hipótesis en que se demande al Estado por el pago de daños y perjuicios derivados de su responsabilidad extracontractual.

Este último supuesto, además de excluir el caso del reclamo por daños deducido como pretensión accesoria a la nulidad de un acto administrativo -caso en el cual se impone el intento previo de la vía establecida en el artículo 23 de la LPA[984]-, ha dado lugar a cuestionamientos en razón de la pretendida derogación material del decreto Nº 28.211/44, a tenor del cual se difiere la determinación de los daños y perjuicios reclamados al Estado a la sede judicial, invocándose en tal sentido que, de otro modo, se sometía a la

---

As., Astrea, 1974-, y al reclamo administrativo previo a la demanda judicial, normativamente contenido en los artículos 30° a 32° de la ley federal de procedimientos administrativos. Para un análisis detallado de la cuestión, véase Oscar A. CUADROS, "Cuestiones relativas al reclamo administrativo", AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, RAP, Bs. As., 2006.

[984] De conformidad a la interpretación jurisprudencial resultante de los casos "Mevopal", CS 26 de noviembre de 1985; "Petracca" CNCont. Adm. Fed., en pleno, 24 de abril de 1986, J.A. 1986-III, p. 661; "Serra", cit.; y "Gypobras", L.L. 1995-E, p. 473, con nota de Guido S. TAWIL, "El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema".

Repositorio Institucional

Administración a una actuación del tipo de juez y parte. A tal respecto, la P.T.N. ha resuelto, en precedentes reivindicables a los propósitos de este trabajo, que, en aquellas situaciones en las cuales la responsabilidad del Estado resulta indubitable y lo reclamado es una suma líquida, acceder a lo peticionado por la vía del reclamo es perfectamente legal. De modo concordante, se ha dicho que el decreto en cuestión se opone al principio procedimental de verdad material, habiendo sido derogado institucionalmente por la ley Nº 19.549[985]. En sentido contrario, se ha expresado que la reforma introducida en el art. 32 ha reafirmado la vigencia del decreto en cuestión[986].

Otra hipótesis de excepción al reclamo administrativo previo es la de *ritualismo inútil*, pese a su ausencia expresa del texto del texto legal, pues una solución en contrario resultaría lesiva de la garantía de defensa en juicio[987]. Una situación evidente de ritualismo inútil es la vinculada al planteo de inconstitucionalidad de actos administrativos, en razón de la inhibición que a tal efecto recae sobre la Administración Pública, de acuerdo a lo resuelto por

---

[985] MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit. ps. 219/220.

[986] Citándose al efecto dictámenes 232-303; cfr. Ernesto A. MARCER, *Demandas contra el Estado*, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, p. 49.

[987] Pablo E. PERRINO, "La excepción de ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344", R.D.A., cit., p. 407. En igual sentido, Héctor M. POZO GOWLAND, "Cambios en el contencioso-administrativo federal. El reclamo administrativo", E.D. serie especial de Derecho Administrativo, 29 de diciembre de 2000, ps. 1/9, en particular p. 9. En el mismo orden de ideas, la Sala I de la CFedCont.Adm. ha puesto de manifiesto "*Que lo relativo al ritualismo traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido...*", causa: "Ramos, Silvia del Milagro y otro c. E.N. D.G.F.M. s/ empleo público", E.D. serie especial de Derecho Administrativo, 27 de marzo de 2002, p. 15, considerando 5°.

Repositorio Institucional

la C.S.J.N. en los precedentes "Ingenio y Refinería San Martín de Tabacal" y "Provincia de Mendoza"[988].

c. Régimen de demandas contra la Nación

c.1. Etapas evolutivas y efectos de la sentencia

Se ha señalado en doctrina que, en el derecho argentino es dable distinguir cinco etapas en materia de demandas contra la Nación: *a)* Reclamación legislativa (1863-1872); *b)* Venia legislativa previa (1872-1900); *c)* Venia legislativa y reclamación administrativa (1900-1932); *d)* Reclamación administrativa previa (1932-1972); y, *e)* Reclamo administrativo (1972)[989].

Sin perjuicio de reconocer que aun hoy se debate acerca de la derogación o vigencia de la ley Nº 3.952 de demandas contra la Nación, es dable coincidir con el sector doctrinario que afirma que "*... las disposiciones de los artículos 30 y ss. de la ley Nº 19.549, importan el establecimiento de normas generales para llevar al Estado a juicio cuando, como principio, no se trate de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance general o particular, con la consiguiente derogación, en lo pertinente de la ley Nº 3952. El régimen sería también comprensivo de las causas civiles en las que se debatan cuestiones regidas por el derecho común*"; conforme a esta doctrina, la vigencia del título IV de la LPA se extiende a la actividad administrativa y reglamentaria de la Administración

[988] Fallos 269:243 y Fallos 298:511.

[989] Cfr. Jorge SARMIENTO GARCÍA, "La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la instancia administrativa", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo X, El proceso administrativo en la República Argentina*, Dike, Bs. As. 2004, p. 221. Véase también, Juan O. GAUNA, "El proceso administrativo en el orden nacional argentino –origen y evolución-", *Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos CASSAGNE –director-, Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 29.

Repositorio Institucional

Pública, del poder legislativo y del poder judicial, así como respecto de los actos administrativos dictados con relación a un contrato administrativo[990]. Respecto a los organismos militares y de defensa y seguridad cabe consignar, al menos en principio, la inaplicación de la LPA de acuerdo a lo resuelto en diversos precedentes que han sido ratificados en el caso "Resch" del año 2005[991].

En torno al llamado efecto declarativo de las sentencias dispuesto por el art. 7° de la ley Nº 3952, se ha expresado que, tal efecto se vio limitado o eliminado, por carriles diversos; en primer lugar, de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema en el caso "Pietranera, Josefa y otros c/ Gobierno Nacional s/ desalojo"[992]; en segundo término, en razón de que, con relación a las sentencia que condenan a pagar una suma de dinero, la ley de contabilidad de 1956 disponía que se habilitara automáticamente una partida presupuestaria para el pago a cargo del Estado; y, por último, en virtud de lo normado en el decreto ley 16.986/66, regulatorio de la acción de amparo, en cuyo artículo 12 se expresa que la sentencia que admite la acción debe contener -incs. b) y c)- la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución, como así también la determinación del plazo para el cumplimiento de lo resuelto[993].

---

[990] María JEANNERET de PÉREZ CORTEZ, "Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo", *Procedimiento administrativo*, cit., p. 133.

[991] Cfr. CANDA y COMADIRA, "Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la CS (El caso "Resch" y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad; la inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso Administrativo)", E.D. Administrativo, diciembre de 2005, ps. 1/5.

[992] Fallos 265:291 (1966). En este precedente se fijó judicialmente un plazo a fin de que el Estado desalojase un inmueble –obligación de hacer-.

[993] Cfr. ABERASTURY, *Ejecución de sentencias contra el Estado –consolidación de deudas del Estado Nacional-*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p.

Repositorio Institucional

Por su parte, la ley de emergencia Nº 23.696 dispuso la suspensión del procedimiento de ejecución de sentencias, indicando en su artículo 52 el procedimiento judicial para compeler al Estado al pago de las condenas con posterioridad al vencimiento del plazo de suspensión. Luego se dictó la ley Nº 23.982 que estableció la consolidación de las deudas del Estado de causa o título anterior al 1° de abril de 1991, reglamentándose en su artículo 22 el mecanismo de cobro de las obligaciones de fecha posterior a la consolidación[994]. A su turno, la sanción de la ley Nº 24.624, de presupuesto del año 1995 -cuyas normas, en algunos casos, se incorporaron a la ley complementaria permanente de presupuesto- fijó que los pronunciamientos judiciales que condenaran al Estado al pago de una suma de dinero serían satisfechos entre las autorizaciones para efectuar gastos contenidos en el presupuesto general de la Administración nacional[995]. Por último, la nueva consolidación dispuesta por la ley de emergencia Nº 25.344, dejó subsistente el procedimiento establecido en el artículo 22 de la ley 23.982[996].

---

50. El autor afirma -p. 52- que la ley 19.549 dejó subsistente a la ley 3.952 para el caso de los organismos militares y de defensa y seguridad.

994 Razón que induce a Aberastury a afirmar que al año 1989 el efecto declarativo de las sentencias sólo alcanzaba a los decisorios que condenaban al Estado a obligaciones de dar sumas de dinero, ya que en los otros casos mediaba el reconocimiento legal de las facultades del juez a fin de imponer plazos de cumplimiento al Estado, cit., p. 53.

995 Cfr. los artículos 67 a 69 del texto ordenado de esta ley dec. 689/99. Las dos leyes citadas reglamentaron la ejecución judicial de las sentencias, estableciendo el término en el cual debía hacerse el pago.

996 Cfr. ABERASTURY, *Ejecución de sentencias contra el Estado – consolidación de deudas del Estado Nacional*, cit., p. 54. En su capítulo V, la ley N° 25.344 estableció un régimen de consolidación de deudas del Estado Nacional que comprendió las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000, y en un plazo similar, a las obli-

Repositorio Institucional

En conclusión, en el caso de las sentencias que imponen u obligan a hacer, no hacer o dar cosas distintas a sumas de dinero, la ejecutividad de la sentencia no está puesta en tela de juicio. En sentido contrario, las condenas que imponen al Estado la obligación de dar sumas de dinero se encuentran reglamentadas por la legislación glosada[997].

---

gaciones previsionales. Las normas contenidas en el capítulo referido están reglamentadas en el anexo IV del decreto 1116/00.

[997] *Idem*, p. 64. Con relación a este último punto la citada reglamentación es la contenida en el artículo 22 de la ley N° 23.982, al cual remite el artículo pertinente de la ley N° 25.344, confrontado con lo dispuesto en el artículo 68 de la ley permanente de presupuesto (t.o. 1999, dec. 689/99) y las normas pertinentes de la ley 24.156 de administración financiera. En lo atinente a la ejecución de las sentencias véase la citada obra de Aberastury -ps. 64/91-, y, en lo que especialmente toca a la procedencia de embargos una vez dictadas sentencias de trance y remate confróntese las ps. 87/91. En torno a este punto debe considerarse la inembargabilidad de los bienes dominiales y la de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Estado –cfr. art. 67 de la ley complementaria permanente de presupuesto-. La lectura que Aberastury hace de las normas citadas es la siguiente -p. 74-, "*El crédito se torna en ejecutorio en el momento en que, constitucionalmente, vence el periodo de sesiones ordinarias del Congreso al año siguiente al dictado de la sentencia judicial firme. Al día siguiente el acreedor se encuentra procesalmente habilitado par iniciar la ejecución judicial del crédito reconocido judicialmente en la medida en que no se lo hubiera abonado. Si hubiera transcurrido el plazo correspondiente al periodo ordinario de sesiones del año posterior al del reconocimiento del crédito, se debe examinar si el acreedor se encuentra en condiciones de iniciar el procedimiento de ejecución judicial de sentencia con posterioridad al 30 de noviembre de este ejercicio, o si en virtud de lo preceptuado en la Ley Permanente de Presupuesto, artículo 68, debe forzosamente dejar transcurrir otro período más de sesiones ordinarias para estar en condiciones procesales de iniciarla. La cuestión a dilucidar es, ante todo, fáctica y dependerá del comportamiento del Poder Ejecutivo Nacional, ya que el mismo debe, en forma expresa, adecuar su conducta a las normas legales indicadas; esto es, debe acreditar haber comunicado la existencia del crédito al Congreso en el tiempo previsto en el artículo 22 de la ley 22.839 (sentencia firme dictada con posterioridad al 31 de agosto del año calendario) y/o que se ha ago-*

Repositorio Institucional

c.2. Aspectos procesales

La organización de los tribunales en razón de fueros dotados de competencias diversas es una cuestión de política judicial. En este sentido, la organización judicial de las provincias está reservada a su ámbito decisorio, sin ingerencia del Estado Federal[998].

En el orden nacional, media la existencia de un fuero especializado en la materia administrativa, cuya competencia le ha sido asignada por ley[999], tramitándose la causas en base a la pautas referidas al momento de tratar el problema de la habilitación de la instancia, con la aplicación supletoria de la legislación procesal civil dada la inexistencia de una ley especial[1000].

---

tado la partida correspondiente, que en forma expresa contenía el crédito nacido del pronunciamiento judicial. De no acreditar, de manera fehaciente en el proceso, encontrarse en cualesquiera de estas dos situaciones enumeradas, la excepción de espera debe ser desestimada". Por último, el autor recalca -p. 75-, que esta espera no es aplicable a las sentencias derivadas de juicios de expropiación.

[998] Prueba de ello es la variedad de soluciones adoptadas en el contexto del derecho público provincial.

[999] Juan F. LINARES, "Lo contenciosoadministrativo en la justicia nacional federal", L.L. t. 94, ps. 919 y ss.

[1000] La ley N° 25.344, 14 de noviembre de 2000, en su capítulo IV –De los juicios contra el Estado Nacional- dispone: art. 8°.-"*En todos los casos, promovida una acción contra los organismos mencionados en el artículo 6°* (organismos de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias), *cualquiera sea la jurisdicción que corresponda, se remitirá por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y se procederá, cumplido este acto, a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal*"; artículo 9°.- "*Admitido el curso de la acción, se correrá traslado por el plazo de (30) días o*

Repositorio Institucional

En principio, el proceso por el cual tramitan las causas contra el Estado, como así también el tribunal competente, resultan

el mayor que corresponda, para que se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda. El traslado se efectuará por oficio dirigido al Ministerio, Secretaría de la Presidencia de la Nación o entidad autárquica pertinente. Cuando la notificación se cursara a Ministerio o Secretaría de la Presidencia diversa al que legalmente corresponde, los plazos de contestación sólo comenzarán a correr desde la efectiva recepción del oficio por el organismo competente, acreditada mediante el sello de su mesa de entradas"; artículo 10.- "*En las causas que no fuera menester la habilitación de la instancia, se cursará de igual forma y manera la notificación a la Procuración del Tesoro de la Nación con una anticipación no menor de treinta (30) días hábiles judiciales al traslado de la demanda que se curse al organismo pertinente*"; artículo 11.- "*En los juicios de amparo y procesos sumarísimos no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 8°, 9° y 10 de la presente ley*". A su turno, en el Anexo III del decreto 1116/00 del 19 de noviembre de 2000, se prevé la reglamentación del capítulo IV de la ley 25.344, el artículo 5° expresa que la comunicación a cursar a la P.T.N en los términos del art. 6° de la ley pude ser realizada mediante oficio judicial; o el formulario que obra como anexo I de la reglamentación; o por carta documento que contenga los mismos datos indicados en el formulario antes referido; o por otro medio fehaciente; en todos los casos deberá intervenirse la pieza mediante la imposición del sello del tribunal respectivo, art. 6°. El artículo 7° señala que, en caso de optar por remitir la comunicación por medio de oficio judicial o del formulario, los mismos deben ser presentados ante las agencias de la AFIP o sucursal del Banco de la Nación Argentina, donde se sellará y fechará, entregándose la copia de la pieza como constancia de recepción. El art. 8° establece que en los juicios de significación económica relevante (monto pretendido no inferior a un millón de pesos), el oficio o el formulario deberá ser presentado con copia ante la mesa de entradas de la P.T.N... El artículo 9 indica la dirección a la cual debe remitirse la carta documento en caso de que se opte por tal mecanismo. Por último, el artículo 12 establece que quienes promovieren juicios contra el Estado Nacional, sus organismos o entidades, remitirán a la P.T.N., al sólo efecto de su conocimiento, copia de la demanda y de la prueba documental, en los términos del art. 8° de la ley 25.344, mediante la remisión de un oficio judicial que contendrá los datos requeridos en la norma legal y que deberá ser acompañada con el formulario obrante como anexo I de la reglamentación y agrega "*No se correrá traslado de la demanda hasta que conste en autos en forma fehaciente el diligenciamiento del oficio requerido*".

Repositorio Institucional

determinados por el contenido de la pretensión a la cual se intenta dar curso mediante la acción expresada en el texto de la demanda. Así, aun cuando el demandado sea el Estado, sólo tramitan ante los tribunales contencioso administrativos algunas causas, tales como: las impugnaciones de los artículos 23 y 24 de la LPA; la demanda posterior al reclamo judicial conforme los artículos 30 a 32 de la LPA -excepto el caso de los daños y perjuicios que no devengan de un acto administrativo cuya nulidad se haya peticionado-; las acciones de amparo intentadas contra actos, hechos u omisiones estatales; las acciones meramente declarativas y autónomas de inconstitucionalidad; el amparo por mora de la administración; los procesos cautelares accesorios a las acciones descriptas y las medidas cautelares autónomas; las causas inherentes a las fuerzas armadas y los organismos de defensa y seguridad; las causas judiciales trabadas en materia tributaria y también los recursos directos interpuestos contra las decisiones del Tribunal Fiscal de la Nación, y los entes reguladores en los casos previstos en los marcos respectivos[1001]. En otros casos, aun siendo el Estado el sujeto demandado la competencia está atribuida a otros jueces –v. gr. ejecuciones fiscales, responsabilidad por daños derivados de cosas de propiedad estatal o por accidentes de tránsito, etc.-.

Así, la relación entre jurisdicción competente y derecho aplicable no es directa, pues si bien desde un punto de vista objetivista se intentar definir la competencia del fuero contencioso administrativo a partir de la aplicación preponderante del derecho administrativo, en muchos casos esa jurisdicción viene determinada por la presencia subjetiva del Estado en la relación jurídica que da origen al pleito que se ventila ante el tribunal. De este modo es posible defender la pertinencia normativa de la legislación civil a los problemas vinculados con la responsabilidad extracontractual del

[1001] MARCER, *Demandas contra el Estado*, cit., *passim*.

Repositorio Institucional

Estado a la par de afirmar que por razones de especialización y dada las modulaciones que la cuestión adquiere en el caso del Estado dañador, es conveniente la intervención de un tribunal con conocimiento específico en temas administrativos[1002].

d. Plazo de prescripción de la acción

Según ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la prescripción de la acción contra el Estado en los casos de responsabilidad por daños prescribe a los dos años, conforme lo dispuesto en el artículo 4037 del código civil[1003].

La cuestión ha dado lugar a diversas interpretaciones, entre las cuales se destaca la de Cassagne, para quien el artículo 4037, en tanto alude a la *responsabilidad civil*, sólo puede ser aplicado al

---

[1002] ECHEVESTI, "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", AA.VV., Responsabilidad de los funcionarios, Hammurabi, Bs. As., 2003. ps. 43/126, en especial, p. 66, señala que "... *la apertura de campos de competencia en razón de la persona (Estado), en una materia (derecho de daños) que ha alcanzado una formulación única proyectada desde la víctima, si no es tomada como una mera división judicial del trabajo, puede significar un resabio cultural de fueros especiales, a través del cual se exhume la amenaza de la indemnización eufemística, La última conquista de la conciencia jurídica moderna en la materia dice: el juez del daño es el juez civil*".

[1003] Casos "Cipollini, Juan S. c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra s/sumario" (1978) Fallos 300:143, considerando 6°, y "Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ restitución de dólares", sentencia del 4 de junio de 1985, Fallos 307:821, considerando 4°. En el plenario "Ricci, Carlos A. V. Municipalidad de la Capital" (1988), expresó la CNCiv., por mayoría, que el plazo aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado *por su actividad lícita* está regido por el art. 4037 del C.C. que al efecto estatuye el plazo de 2 años; en sentido contrario, la minoría entendió que por no tratarse de una situación de *responsabilidad estricto sensu*, tal como aparece referido en el art. 4037, debe aplicarse analógicamente a la especie el artículo 56 de la ley de expropiaciones que establece un plazo de 5 años.

Repositorio Institucional

Estado, de modo analógico, en el caso de responsabilidad derivada de actos ilícitos. En sentido contrario, la responsabilidad derivada de actos lícitos estaría regida por el artículo 4023 del estatuto civil que fija en diez años el plazo de prescripción de la acción[1004].

Con relación a la oposición de la defensa de prescripción, el Alto Tribunal expuso en "Suraltex", interpretando el texto del artículo 3962 del código civil, *"... que la defensa de prescripción, en tanto fue opuesta en la oportunidad de contestar la demanda, ha sido planteada en tiempo oportuno, sin que obste a ello que la parte demandada hubiese efectuado presentaciones anteriores en estos autos sin hacer referencia a esa excepción"*[1005].

En torno al arduo problema del comienzo del cómputo del plazo de prescripción, en el mismo precedente el Tribunal señaló que *"El punto de partida de dicho plazo debe computarse a partir del momento en que la demandante tomó conocimiento de los daños que reclama, sin que obste para ello la circunstancia de que los perjuicios pudieren presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso de la prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro"*[1006].

[1004] CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, p. 508. Respecto de este acápite véase también, Hernán CELORRIO, "Prescripción y Responsabilidad del Estado", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit. ps. 405/410; Jorge C. ALBERTSEN, "Cuestiones éticas en torno a la oposición de la excepción de prescripción contra la acción de responsabilidad del Estado", en la misma obra, ps. 411/417.

[1005] "Suraltex S.R.L. (en liquidación) y otro c. Estado Nacional – AFIP – ANA – s/ determinación y cobro de daños y perjuicios" (2002) Fallos 325:491, considerando 7. En el caso había mediado un pedido previo de beneficio de litigar sin gastos.

[1006] Considerando 8°. En "Santa María Estancias Saltalamacchia y Cía. S.C.A. c/ Buenos Aires, Prov. de s/ resarcimiento de daños y lucro cesante", del 5 de noviembre de 2002, la Corte reitera que, considerando 5°, *"Que según la juris-*

Repositorio Institucional

En materia de dispensa de la prescripción cumplida (artículo 3980 del código civil), expone el Alto Tribunal en el considerando 14 del precedente citado, que ese artículo "*... requiere para su aplicación la concurrencia de razones impeditivas que deben ser apreciadas concretamente en relación a la persona que invoca su concurrencia... y no puede operar ante consideraciones de índole general...*"[1007].

Por último, la sentencia anotada permitiría intelegir –*de lege ferenda*-, que a fin de considerar la interrupción de la prescripción en curso, debe acreditarse que las actuaciones administrativas previas estaban enderezadas al reclamo de daños y perjuicios[1008]. Este tema guarda estrecha vinculación con el relativo a si la interposición no obligatoria de un reclamo administrativo previo suspende el plazo de prescripción –LPA art. 32, inc. b), con fundamento en que el Estado no podría legalmente acordar el pago de una

prudencia de este Tribunal, el punto de partida de la prescripción debe ubicarse en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer o, en otros términos, desde que la acción quedó expedita...".

[1007] Esta cuestión adquirió trascendencia a raíz del problema de las indemnizaciones acordadas por detenciones ilegales durante el gobierno militar de 1976/1983; el problema en esos casos radicó en saber si la prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por detenciones ilegales operadas durante ese periodo se comenzaba a computar desde el momento en que cesaba la detención o desde el comienzo del periodo democrático en el año 1983 en el cual la posibilidad de peticionar la indemnización devenía realmente factible. Cfr. MERTEHIKIÁN, *La responsabilidad pública*, cit., ps. 176/187.

[1008] Cfr. considerando 12. En el caso la Corte sólo expresa que no se había probado en autos que las actuaciones administrativas hubieran estado dirigidas al reclamo de los daños y perjuicios. No obstante, debe considerarse que en "Columbia Cía. Financiera" (2000) Fallos 323:1897, la Corte había distinguido, a los efectos precitados, si el reclamo era por daños y perjuicios o por otro tema, negándole sólo en el último caso valor interruptivo, sin expedirse expresamente respecto de la primera alternativa-.

Repositorio Institucional

indemnización de daños y perjuicios- tópico discutido en doctrina[1009].

Previo a clausurar este acápite resulta importante indicar que el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios, en el caso de que se la haya intentado con posterioridad al planteo de la acción de nulidad del acto administrativo –resultando la primera accesoria y subordinada a la segunda[1010]-, debe contarse desde el momento en que adquiera firmeza la sentencia que declara la invalidez del acto[1011].

[1009] Cfr. MERTHEIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit., ps. 220/224, autor que afirma que el reclamo previo *interrumpe* la prescripción en curso -en la medida que no se declare la caducidad del procedimiento administrativo y que medie congruencia entre el reclamo y la posterior demanda judicial-, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1°, inc. e), ap. 9°, in fine de la LPA y en que la excepción impuesta en el artículo 32, b) del referido texto debe interpretarse a favor del particular y no en su contra, con lo cual, interpuesto el reclamo la Administración tiene el deber de responder -artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 19.549.

[1010] Señala Juan C. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, ps. 510/511 "*... la acción de daños y perjuicios tendrá, excepcionalmente, autonomía respecto de la acción de nulidad, cuando haya caducado el derecho a demandar directamente al Estado lo que no impediría promover después una acción tendiente al resarcimiento de los daños causados por el acto que se reputa ilegítimo aun cuando la acción se funde en las consecuencias perjudiciales de una invalidez absoluta o de una nulidad relativa, cuya acción aun no hubiere prescripto. La jurisprudencia no ha seguido, en general, este criterio, lo cual obedece al antiguo dogma del carácter revisor que se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, exigiendo la existencia de un acto previo para la habilitación de la instancia, lo que constituye un privilegio inadmisible que contradice el principio de la tutela judicial efectiva*".

[1011] Cfr. Fabián O. CANDA, "Dos cuestiones propias del proceso contencioso: daños derivados de un acto administrativo tachado de ilegítimo y el plazo de prescripción del acto administrativo nulo", E.D. Administrativo, marzo de 2005, p. 15, comentario al caso "B., E. F. c. E. N.-Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", CNCont.-adm.Fed., sala III, septiembre 20-2004. Canda recuerda que el caso sigue en la línea de los precedentes "Alcántara Díaz de Colodrero", Fallos

Repositorio Institucional

5) CONCLUSIÓN: EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN REPARATORIA

Resulta pertinente concluir este capítulo señalando que, tal como lo ha expuesto Bianchi[1012], si bien el alto grado de avance logrado en el plano teórico respecto a lo que debe ser un Estado responsable resulta equiparable y hasta superior a los estándares de responsabilidad civil que exhiben Estados desarrollados; esa satisfacción dogmática se ve rápidamente empañada al ser confrontada la realidad presente en la emergencia permanente, la consolidación de deudas, el pago de sentencias con bonos, el *default* soberano y los obstáculos puestos a la cobrabilidad de las acreencias respecto del Estado.

Esta es la paradoja insita al esquema argentino de responsabilidad estatal, paradoja que desnuda las deficiencias estructurales de un sistema cuya reforma trasciende largamente el plano de las soluciones jurídicas.

319:1476, "Nava", Fallos, 319:1532; y "Bottaro", E.D. Administrativo, noviembre de 2004. Lo antedicho genera un efecto particular, pues si bien el plazo de prescripción de la acción de daños se cuenta a partir de la expiración del plazo para demandar la nulidad del acto administrativo, señala CASSAGNE -*Derecho Administrativo*, t. 1, cit., ps. 508/509- que el artículo 4030 del código civil sólo se aplica por vicio de error porque los demás supuestos contemplados en esa norma generan siempre una nulidad absoluta, cuya acción es imprescriptible. No obstante, es dable consignar que la supuesta imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta ostenta un carácter paradojalmente relativo, pues atacar la nulidad aun absoluta de un acto administrativo requiere de la interposición de recursos dentro de plazos perentorios.

[1012] BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, cit. p. 17.

Repositorio Institucional

Repositorio Institucional

CONCLUSIONES GENERALES

Las principales aportaciones argumentales sostenidas en este trabajo pueden resumirse del siguiente modo:

1. Las reglas de interpretación sentadas por el Tribunal de Conflictos francés en el caso “Blanco” (1873) -a tenor de las cuales la responsabilidad del Estado no es general ni absoluta, no estando por ello regida por el derecho civil- crearon un marco teórico favorable a la sectorización dogmática de las cuestiones jurídicas -cuestiones de derecho público/cuestiones de derecho privado-.

2. Así se crearon bases hermenéuticas singulares respecto de la teoría clásica de la justicia, en virtud de las cuales fue posible establecer una asociación *sui generis* entre los términos *justicia distributiva*, *régimen exorbitante* y *bien común*, a fin de elaborar un régimen normativo diferenciado del derecho civil para su aplicación a la función administrativa estatal –derecho público, administrativo en la especie-.

3. En el contexto expuesto, el *principal corolario* resultante del examen de la evolución histórica del derecho vernáculo radica en que *las premisas del caso Blanco* -vertidas en el marco de un sistema de *doble jurisdicción* con antecedentes políticos originales y en un momento histórico en el cual la responsabilidad aquiliana estatal iniciaba el camino hacia su reconocimiento formal- *al ser trasladadas a un esquema jurisdiccional judicial* como el argentino, *oscurecieron el panorama interpretativo local en la materia, implicando un obstáculo para la adhesión a un modelo normativo*

Repositorio Institucional

homogéneo en la regulación de la responsabilidad aquiliana del Estado.

4. Por otra parte, según ha podido confrontarse en el desarrollo de esta obra, la interpretación formulada por la teoría dominante en la Argentina se contrapone al esquema presente en los principales sistemas jurídicos extranjeros, en los cuales se observa una dependencia entre la normativa que provee a la regulación de la responsabilidad estatal –de fuente pretoriana o legal, en el último caso de tinte procesal o de fondo, y, respecto de la última hipótesis, de tipo iuspublicista o iusprivatista- y el esquema jurisdiccional adoptado; sin que la estructura jurisdiccional asumida en cada caso constituya un óbice para la eficacia de la protección del individuo dañado, como eje del deber reparatorio estatal.

5. A mayor detalle, cada sistema comparado ha sido moldeado a partir del devenir histórico local en la conformación del derecho, de modo tal que la calificación de las reglas aplicables trasunta un fenómeno *ex post* y no una mera apreciación dogmática dispuesta *a priori*.

6. Por tal razón se expresa en esta obra que el problema de la responsabilidad aquiliana estatal debe ser replanteado desde sus raíces, abordándoselo desde un perfil científico cuya indagación abarque las dimensiones analítica, empírica y normativa de la dogmática jurídica.

7. En virtud de ello, se ha propuesto como fundamentos de validez de la tesis sostenida una concepción política y procedimental de justicia que anima a la asunción de la integración normativa del sistema jurídico mediante principios y reglas cuya operatividad en el nivel constitucional define el ámbito didáctico del derecho público, y a aceptar la prioridad política de lo justo sobre lo bueno como pauta interpretativa del sistema jurídico.

Repositorio Institucional

8. Sobre tales bases se ha edificado la *teoría de la pertinencia normativa*, en atención a la cual, en el derecho argentino, *la responsabilidad extracontractual del Estado está propiamente regida por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen aplicable en consideración a la unidad conceptual del principio constitucional que ordena no dañar a otro, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado de las eventuales víctimas.*

9. La principal consecuencia práctica resultante de la aplicación de la teoría de la pertinencia normativa radica en que la prueba del daño, sumada a la prueba de la vinculación causal entre el perjuicio y el obrar –por acción u omisión- de un funcionario público –o, en su caso, al hecho u omisión material de un empleado-, brindan el marco probatorio general a cargo del actor, sin que sea necesario acreditar la existencia de negligencia o dolo en el obrar de los referidos sujetos, o de falta en la prestación del servicio estatal. Esta afirmación pone de manifiesto que, a efectos de eximirse de responsabilidad corresponde al Estado acreditar el cumplimiento regular de la obligación a su cargo -diligencia del funcionario actuante (desde el enfoque subjetivista), o bien, prestación regular del servicio (desde el enfoque objetivista)-, invirtiéndose, de hecho, la carga probatoria.

10. Es posible inferir del desarrollo dogmático expuesto que las ideas fundamentales concebidas por *la tesis de la pertinencia normativa* gozan, en el sistema jurídico argentino, de crédito prudencial y retórico. Por ello, es dable defender la razonabilidad de las premisas a tenor de las cuales:

a) el sometimiento de la responsabilidad aquiliana estatal a las reglas civiles que rigen la reparación de daños otorga a la cuestión sistematicidad normativa y previsibilidad jurisprudencial; y que,

Repositorio Institucional

b) ese marco normativo no impide considerar las modulaciones que devienen de la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado y su carga indemnizatoria consecuente, ni su inclusión dentro del marco didáctico o pedagógico del derecho administrativo.

En relación con la premisa expuesta en primer término es válido afirmar que el derrotero jurisprudencial descrito permite comprobar que los tribunales argentinos, si bien orientados en función del organicismo y de la teoría de la falta de servicio según una vertiente objetiva, emplean en diversas ocasiones las normas civiles de modo propio -v. gr. casos de daños causados con cosas de propiedad estatal-. Por otra parte, en lo atinente a la determinación del daño y la relación causal los extremos civiles se aplican de modo directo, con lo cual la cuestión de la independencia de las soluciones del derecho público sólo atañe a los recaudos relativos a la imputación y a la atribución, campos en los cuales, sin embargo, ha podido observarse que el empleo de las fórmulas civiles relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas brinda un marco apropiado de contención normativa.

En lo que toca a la segunda premisa, ha quedado probado que de la aplicación de la legislación civil no se infiere, necesariamente, el desconocimiento de la realidad que particularmente presenta el Estado dañador -macropropietario, pasible de innumerables omisiones, principal de miles de dependientes, etc.-. Es más, en algunos casos -v. gr. daños causados con armas de fuego- es el empleo de la teoría de la falta de servicio como esquema de fundamentación lo que contribuye a ampliar el ámbito de imputación de daños al Estado.

Así, aun cuando el respeto que merecen las doctrinas que defienden la aplicación a la materia de un régimen específico de de-

Repositorio Institucional

recho público no sea un punto que esta tesis ponga en discusión, debe tenerse presente que, en la mayor parte de los casos, tal aserto sólo está fundado en una interpretación particular de la teoría clásica de la justicia, o bien en la formulación dogmática que suscriben sus expositores respecto de la integración, interpretación y validez del sistema jurídico, al igual que lo que acontece con la *teoría de la pertinencia normativa*. Se trata, entonces, de teorías competitivas cuya difusión jurisprudencial dependerá de sus bondades y deficiencias a la luz del criterio de los operadores jurídicos.

Por ello, no conviene perder de vista que, cualquiera sea la posición que finalmente se adopte, el propósito central del debate en torno a la responsabilidad del Estado radica en que, como lo señalara el maestro Comadira *"... si el Estado y sus funcionarios no son responsables por los daños causados por su actuación, la juridicidad se convertiría en una expresión esperanzada de juristas vocacionales, en una explicación ingenua o hipócrita de los docentes en Derecho administrativo, o en una aspiración siempre incumplida de quienes quieran creer en la República"*[1013].

[1013] Julio R. COMADIRA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima –su necesario encuadre en el Derecho público-", cit., p. 574.

Repositorio Institucional

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abad Hernando, José Luis;

Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

Ábalos, María G.;

"Responsabilidad del Estado"; AA.VV., *Derecho Administrativo*, I. Farrando y P. R. Martínez (Directores), Depalma, Buenos Aires, 1999.

Aberastury, Pedro (h);

"Responsabilidad del Estado por actividad normativa", AA.VV. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Ejecución de sentencias contra el Estado –consolidación de deudas del Estado Nacional-, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

Aberastury, Pedro (h) y Cilurzo, María Rosa;

Curso de Procedimiento Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Abrevaya, Alejandra D.;

Responsabilidad civil del Estado, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

Acuña Anzorena, Arturo;

"La responsabilidad extracontractual del poder público – comentario al caso "Marquez c/ prov. de Córdoba", La Ley, t. 24, p. 459.

Aftalión, Enrique R., Vilanova, José, y Raffo, Julio;

Introducción al Derecho, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Aguiar, Henoch D.;

Repositorio Institucional

Hechos y Actos Jurídicos –en la doctrina y en la ley-, T. III, Actos Ilícitos, Responsabilidad Civil, 2, TEA, Bs. As., 1950.

Aguilar Valdez, Oscar;

"Responsabilidad del Estado por su actividad financiera", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Albertsen, Jorge C.;

"Cuestiones éticas en torno a la oposición de la excepción de prescripción contra la acción de responsabilidad del Estado", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Alessi, Renato;

Instituciones de Derecho Administrativo, t. II, Bosch –Casa Editorial-, Barcelona, 1970, traducción de la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Pratz.

Alexy, Robert;

Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, traducción de Ernesto Garzón Valdés.

El concepto y la validez del derecho, Gedisa, España, segunda edición, 2004, Barcelona.

Derecho y Razón Práctica, BÉFDP, México, 1998.

Alferillo, Pascual;

"Reflexiones sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio – económicos", Conferencia dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Privado. Inédito.

Altamira Gigena, Julio I:

Responsabilidad del Estado, Astrea, Buenos Aires, 1973.

"Responsabilidad del Estado", AA.VV., Temas de Derecho Administrativo III, Foro de abogados de San Juan, I. D. A., San Juan, 1999.

Lecciones de Derecho Administrativo; Advocatus, Córdoba, 2005.

Altamira, Pedro G.;

Repositorio Institucional

Responsabilidad extracontractual del Estado, Assandri, Córdoba, 1942.

Alterini, Atilio Aníbal;

Responsabilidad Civil –Límites de la reparación civil-, segunda edición, tercera reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J., y López Cabana, Roberto M.;

Derecho de Obligaciones –civiles y comerciales- segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto;

Temas de Responsabilidad Civil, Ciudad Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1999.

Álvarez Álvarez, Fernando;

"Responsabilidad del Estado por su actividad judicial: panorama actual y propuestas de mejora", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, diciembre de 2002.

Álvarez, Gladys S., Gregorio, Carlos G. y Highton, Elena I.;

"Limitación de la Responsabilidad por daños – Un enfoque socio económico", La Ley 1997-C, p. 1045.

Andorno, Luis O;

"La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", AA.VV., *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Andreucci, Carlos A.;

"Responsabilidad del Estado por acto lícito y seguridad jurídica – Análisis para una mejor interpretación y legislación" ; El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, junio de 1998.

Aparicio Pérez, Miguel A. (director);

Textos Constitucionales, EUB, Barcelona, 1995.

Arazi, Roland;

Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 1, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 1999.

Repositorio Institucional

"Responsabilidad por daños en el proceso". Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Arrabal de Canals, Olga P.;

"Análisis crítico de la responsabilidad del Estado por los entes descentralizados, con particular referencia al Banco Central de la República Argentina y los bancos de datos", AA. VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Buenos Aires, 2005.

Arrabal, Mariana N.;

"Cosa juzgada irrita y responsabilidad del Estado por error judicial en procesos de naturaleza dispositiva", tesina inédita presentada para optar por el título de magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.

Atienza, Manuel;

El sentido del derecho, Ariel-Derecho, España, 2001.

Aubry, C., et Rau, C.;

Cours de Droit Civil Français, quatrième édition, tome quatrième, Paris, imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie., Paris, 1871.

Bachof O.;

"German Administrative Law with special reference to the latest developments in the system of legal protection", 2 Int¨l & Comp. LQ 368, 380; 1953.

Balbín, Carlos F.;

"Responsabilidad del Estado en el ámbito de la Ciudad autónoma de Buenos Aires", AA.VV., La responsabilidad del Estado, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

"La responsabilidad del Estado por los entes descentralizados", AA.VV. La responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Barra, Rodolfo C.;

Repositorio Institucional

Tratado de Derecho Administrativo, t.1, Ábaco, Buenos Aires, 2002 y t. 2, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

"Responsabilidad de Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", El Derecho tomo 122, página 859.

"La sustantividad del contrato administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, abril de 1999.

Barraza, Javier I;

Responsabilidad extracontractual del Estado, La Ley, Buenos Aires, 2003.

Barraza, Javier I., y Schafrik, Fabiana H.:

"Breve análisis de la impugnación del acto administrativo de alcance general a la luz de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", Revista de Derecho Administrativo, comentario a dictamen de la P.T.N., 29 de julio de 1994.

Barrese, María Julia;

"Responsabilidad del Estado ¿materia incluida o excluida de la acción procesal administrativa? –Especial referencia a la Provincia de Neuquén-", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado, Dike, Buenos Aires, 2004.

Belluscio, Augusto C. (Director) y Zannoni, Eduardo A. (Coordinador);

Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, t. 5, Buenos Aires, 1° edición 1984, 3° reimpresión, 2002; t. 1, cuarta reimpresión, 1993.

Bezzi, Ana M.;

"Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires, El nuevo código contencioso administrativo - Cauce procesal y responsabilidad – Derecho ambiental", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Bianchi, Alberto B.;

"Constitución y Administración (Una relación tensa y compleja)", El Derecho, diario del 18/08/2004.

Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1999.

Repositorio Institucional

"Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", La Ley, 13 de diciembre de 1996.

"¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", La Ley, 1995-A, 397.

"Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo" –nota al caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad", El Derecho 111-550, (1984).

"Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)", El Derecho, Suplementos de Derecho Administrativo del 28 de octubre y del 26 de noviembre de 1999.

"La responsabilidad de los Entes Reguladores", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

"¿Son indemnizables las restricciones administrativas al dominio?", El Derecho, tomo 123, página 269, comentario al caso "Juillerat, Milton E. C Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires".

Bidart Campos, Germán J.;

"¿Hay un derecho a reparación por la privación de libertad? (Disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal)"; Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

"Una brillante sentencia de Mendoza sobre la responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal", El Derecho, t. 139, p. 147.

Bielsa, Rafael;

Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, 2° edición, t. 1, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1929.

Derecho Administrativo, cuarta edición, t. II, Librería y Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947.

"Responsabilidad del Estado como poder administrador"; comentario al fallo "Tomás Devoto y Cia.", J. A., tomo 43, p. 416.

Black´s Law dictionary;

Repositorio Institucional

Sixth edition, West Publishing Co., 1990, Saint Paul, Minn, U.S.A.

Bledel, Rodolfo;

Introducción al Derecho Público Anglosajón, Depalma, Buenos Aires, 1947.

Bonpland, Viviana M. C.;

"Responsabilidad Extracontractual del Estado (análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código)", La Ley 1987-A-779.

Bosch, Jorge T.;

"La Responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos", La Ley 57-894.

Botassi, Carlos;

"Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder judicial. Condenas erróneas e irregularidades procesales", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

"Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló", nota al fallo "Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar", SCBA mayo de 2002, J.A. 2002 IV-416.

Braibant, Guy et Stirn, Bernard;

Le droit administratif français, Presses de Sciences Politiques et Dalloz, Paris, 2002.

Brebbia, Roberto H.;

"Responsabilidad civil e ilicitud", El Derecho 1980, página 903.

"Las personas jurídicas –y las sociedades comerciales en particular- como sujetos pasivos de agravio moral", nota al fallo "Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy" La Ley 1991-A-50.

Breyer, Stephen G. & Stewart, Richard B.;

Administrative Law and Regulatory Policy –Problems, Text, and Cases, Third edition, Little, Brown and Co., Boston – Toronto – London, U.S.A., 1992.

Bueres, Alberto J;

Repositorio Institucional

Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

Código Civil y normas complementarias; análisis doctrinario y jurisprudencial, t. 3 A, Alberto Bueres –dirección-, Elena I. Highton –coordinación, Buenos Aires, 1999.

Bullrich, Rodolfo;

La Responsabilidad del Estado, Jesús Menéndez, Editor, Buenos Aires, 1920.

Nociones de Derecho Administrativo, redactadas a base de las conferencias del profesor titular Dr. R. Bullrich, por Juan B. Arcioni y José M. Garciarena, Buenos Aires, Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, 1925.

Bustamante Alsina, Jorge H.,

"¿La responsabilidad del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?", La Ley 1998-C-201.

Teoría General de la Responsabilidad Civil, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

"Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", La Ley 1991-E, 1376.

"Contaminación del agua y acción de amparo", nota al fallo "Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro s/ amparo", la C 1° CC San Isidro, Sala I, en el mes de junio de 1998, publicado en E.D., t. 178, p. 752.

Bustamante, Jorge E.;

"Análisis económico de la responsabilidad civil", AA.VV, *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, director: Alberto Bueres, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Bustelo, Ernesto N.;

"Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI*, Dike, Bs. As., 2005.

"Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Buenos Aires, 2005.

Cabral, Luis C.;

Repositorio Institucional

Compendio de Derecho Penal y otros ensayos, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimpresión, 1997.

Campolieti, Federico;

"El costo de falla del servicio público", El Derecho Administrativo, 2005, p. 627.

Canasi, José;

Derecho Administrativo, volumen IV, Depalma, Buenos Aires.

Canda, Fabián O.;

"Dos cuestiones propias del proceso contencioso: daños derivados de un acto administrativo tachado de ilegítimo y el plazo de prescripción del acto administrativo nulo, El Derecho Administrativo, 2005, p. 67, nota al fallo "B., E. F. c. E. N.- Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", CNCont.- adm.Fed., sala III, septiembre 20-2004.

Canda, Fabián O. y Comadira, Julio Pablo;

"Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la C.S.", El Derecho Administrativo, 2005, 719.

Cann, Steven J.;

Administrative Law, second edition, Sage Publications, Thousand Oaks London New Delhi, 1998, p. 350.

Canosa, Armando N.;

"Nuevamente el artículo 1113 del código civil y la responsabilidad del Estado", El Derecho, tomo 157, página 84, nota al fallo "Pose, José D. c/ Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios" –Fallos (1992), 315:2834.

Caputi, Claudia;

"La responsabilidad estatal derivada de omisiones en el desempeño de la policía de seguridad", Régimen de la Administración Pública –RAP-, 310:59.

"Un fallo interesante sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos en el sistema norteamericano – Comentario al caso "Hope" de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.", EDA, 2001/2002-875/884.

Chapus, René;

Repositorio Institucional

Droit administratif général, tome 1, 15° édition, Montchrestien, Paris, 2001.

Chibán, Nora;

"Responsabilidad del Estado en la provincia de Salta", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Clarich, Marcello;

"La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: Caracteres generales y tendencias recientes", AA.VV., *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, obra dirigida por Javier Barnés, Madrid, 1995.

Craig P.P.;

Administrative Law, fifth edition, Thomson Sweet & Maxwell, Great Britain, 2003.

Carranza Latrubese, Gustavo;

Responsabilidad del Estado por su actividad lícita, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.

Carrió, Genaro R.

Notas sobre Derecho y Lenguaje, cuarta edición corregida y aumentada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990.

Casas, Juan A., y Romero Villanueva, Horacio J.;

Expropiación, ley Nº 21.499, comentada anotada y concordada con las normas provinciales, Astrea, Buenos Aires, 2005.

Cassagne, Juan C.;

Derecho Administrativo, octava edición, LexisNexis Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2006. También ha sido consultada la séptima edición de esta obra, LexisNexis Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2002.

Contratos Administrativos, 2º edición –con la colaboración de Estela Sacristán-, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

"Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, noviembre de 1998.

Repositorio Institucional

"La delimitación de la categoría del contrato administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, marzo de 1999.

"De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto de 2001.

"El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites", La Ley 2002-A-484, nota al fallo "Danese", CFCA Sala V, 19/06/01.

"El sistema judicialista americano: sus raíces hispánicas", El Derecho Administrativo, 2006, p. 522.

"Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI*, Dike, Buenos Aires, 2004.

"Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración", La Ley, 28 de julio de 2005.

"La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", nota al fallo "Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires" (1984), El Derecho 114-215 (Fallos 306:2030).

"La responsabilidad del Estado por omisión", nota al fallo: SCMza "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza p/ Daños y Perjuicios, La Ley 1989-C-511.

Celorrio, Atanasio H.;

"Prescripción y Responsabilidad del Estado", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Colautti, Carlos E.;

Responsabilidad del Estado –problemas constitucionales-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

Colomer, Eusebi;

El Pensamiento Alemán de Kant a Heidegger, I, La Filosofía Trascendental: Kant; Herder, Barcelona, 1993.

Correa, José L.;

Repositorio Institucional

"Responsabilidad del Estado por disparo de arma de fuego de personal policial", La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, febrero de 2003.

"Responsabilidad del Estado por omisión en el control de actividades fiscalizadas", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Buenos Aires, 2005.

Comadira, Julio R.;

"El servicio público como título jurídico exorbitante", EDA, 2003, p. 587.

Elementos de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2005.

"La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima –Principio de Juridicidad y Responsabilidad del Estado-", EDA, 2001-2002, p. 756.

Derecho Administrativo –Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios- 2° edición actualizada y ampliada, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

"La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, su necesario encuadre en el Derecho Público", AA.VV. "*La responsabilidad del Estado*", Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Procedimientos Administrativos –con la colaboración de Laura M. Monti-, T. 1, La Ley, Buenos Aires, 2002.

Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O.,

"Responsabilidad del Estado por omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)", nota al fallo "Wellcome Argentina Limited c/ Estado Nacional", La Ley 1996-A-600.

Coviello, Pedro J. J.;

"La responsabilidad del Estado por su actividad lícita", EDA, 2000, p. 418.

La Protección de la Confianza del Administrado –Derecho Argentino y Derecho Comparado-, LexisNexis Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004.

Repositorio Institucional

"La confianza legítima", El Derecho, t.177, página 895.

"El caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos", Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, N° 9/10.

"La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal –En especial la responsabilidad por actividad lícita, la responsabilidad por omisión y la responsabilidad judicial", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Cuadros, Oscar A.;

"Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino"; El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, miércoles 12 de marzo de 2003.

"Cuestiones relativas al reclamo administrativo", AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2006.

"Responsabilidad del Estado por omisión: el problema acerca de los requisitos para su configuración en el caso de deberes normativos genéricos", Semanario Jurídico, Córdoba, 19 de noviembre de 1998.

Bases constitucionales de la regulación pública, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999.

"La justicia como equidad: introducción a la teoría política de John Rawls", Revista Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, año XXVII, 2004, N° 37.

D´Argenio, Inés;

"Un enfoque *erróneo* en la concepción del derecho administrativo", Revista de Derecho Administrativo, Lexis- Nexis Depalma, N° 48, 2004.

David, René;

Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, traducción de la 2° edición francesa, Aguilar, Madrid, 1969.

Davis, Kenneth C.;

Administrative Law, sixth edition, West Publishing Co., ST. Paul Minn., 1977.

Repositorio Institucional

de Estrada, Juan R.;

"Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales", El Derecho 102-839.

De Laubadère, André; Venezia, Jean-Claude; Gaudemet, Yves;

Traité de Droit Administratif, t. 1, 14º édition, L.G.D.J, Paris, 1996.

Droit Administratif –manuel-, 17 édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002.

Delpiazzo, Carlos E.;

"Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual", El Derecho, Serie Especial de Derecho Administrativo, marzo de 2000.

Dicey, Albert Venn;

An introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10 edition, Londres, Macmillan, 1959 - El Imperio de la Ley (*The Rule of Law*): su naturaleza y usos generales (traducción de Ernesto Schaffran Adizzi corregida por Oscar Aguilar Valdez).

Diez, Manuel M.;

Derecho Administrativo, t. V, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

Manual de Derecho Administrativo –con la colaboración de Tomas Hutchinson-, t. 2, sexta edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

Donna, Edgardo A. y Aboso, Gustavo E;

"Aspectos penales y civiles de la responsabilidad de los magistrados por el error judicial, –a propósito del art. 270, Cód. Pen.", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Dromi, Roberto;

Derecho Administrativo, 10° edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

Dworkin, Ronald;

Los derechos en serio, Ariel-Derecho, España, 1° edición, 4° reimpresión.

Repositorio Institucional

Echevesti, Carlos;

"El lenguaje y la ciencia jurídica del daño", AA.VV., *La Responsabilidad*, Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.

"Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", AA.VV., *Responsabilidad de los funcionarios*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

El Federalista,

Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

Entrena Cuesta, Rafael;

Curso de Derecho Administrativo, Volumen I/1, undécima edición, Tecnos, Madrid, 1995.

Escola, Héctor J;

Compendio de Derecho Administrativo, volúmenes I y II, Depalma, Buenos Aires, 1984.

Farrando (h), Ismael;

"La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios", Actualidad en Derecho Público, vol. 15/16, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

"La responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza", AA.VV., *La Responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Fassi, Santiago C., y Ghebart, Marcelo;

Concursos y Quiebras, Astrea, Buenos Aires, 1996.

Finnis, John;

Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S.

Fiorini, Bartolomé A.;

Manual de Derecho Administrativo, segunda parte, La Ley, Buenos Aires, 1968.

Repositorio Institucional

Derecho Administrativo, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

Fonrouge, Máximo;

"La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., *Contratos Administrativos*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenoas Aires, 2000.

Fontán Balestra, Carlos;

Tratado de Derecho Penal, t. II, parte general, 2º edición, 4º reimpresión, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995.

Forsthoff, Ernst;

Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958.

Galli Basualdo, Martín;

Responsabilidad del Estado por su actividad judicial; hammurabi, Buenos Aires, 2006.

Gambier, Beltrán;

"El urbanismo y el derecho de propiedad en un fallo de la Corte", El Derecho, t. 126, página 823.

"La actividad urbanística, la disminución del valor de los inmuebles y la responsabilidad del Estado", nota al fallo "Cordés", C.Nac.Civ, sala "D", 19/12/88, El Derecho, t. 133, página 669.

"La responsabilidad estatal por causas vinculadas a emprendimientos urbanísticos (autopistas urbanas) y el artículo 2620 del C.C. en un fallo de la Corte", Régimen de la Administración Pública, N° 136, página 26, nota al fallo "Beccan, Manuel de Jesus c/ M.C.B.A", del 9/5/89.

Gambier, Beltrán y Perrino, Pablo;

"¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", Jurisprudencia Argentina, Derecho Administrativo, 6 de noviembre de 1996.

García de Enterría, Eduardo;

La lengua de los derechos –La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa-, Alianza Editorial, España, 1999.

Repositorio Institucional

"Un paso capital en el derecho constitucional Británico: El poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el derecho comunitario (sentencia Equal Opportunities Commissión de la Cámara de los Lores del 3 de marzo de 1994)"; Revista de Derecho Administrativo, año 7, Depalma, Buenos Aires, 1995.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R.;

Curso de Derecho Administrativo, t. II, séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, reimpresión 2001.

Garrido Falla, Fernando;

Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II (Parte General: Conclusión), octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, página 218.

Gauna, Juan O.;

"Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

"El proceso administrativo en el orden nacional argentino – origen y evolución-", *Derecho Procesal Administrativo*, Juan Carlos Cassagne –director-, hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Ghersi, Carlos A.;

Teoría general de la reparación de daños, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003.

"Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales", Jurisprudencia Argentina, N°5867, 9- II-94.

Gherzi de Sánchez, Arabela;

"La Responsabilidad del Estado por los actos del registro de la propiedad inmueble", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La Responsabilidad del Estado*, Dike, Buenos Aires, 2004.

Grecco, Carlos M.;

"Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Goane, René M.;

Repositorio Institucional

"Responsabilidad del Estado en la provincia de Tucumán", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Goldemberg, Isidoro H.;

La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1984.

González Arzac, Rafael;

"Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales", El Derecho, tomo 51, página 953.

González Pérez, Jesús;

"La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)", AA.VV., *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

Goodnow, Frank J.;

The principles of the Administrative Law of the United States, G.P. Putnam´s sons, New York and London, 1905.

Gordillo, Agustín;

Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, t. 2, 4° edición, Bs. As., 2000.

Guastavino, Elías P.;

"Indemnización por actividad lesiva del Estado", El Derecho tomo 118, página 190.

Tratado de la "jurisdicción administrativa" y su revisión judicial, T. 1, segunda edición actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989.

Gutiérrez Colantuono, Pablo A.;

"La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del derecho público provincial", *Responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Halperín, David A.;

Repositorio Institucional

"La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas", Revista de Derecho Administrativo, año 3, 1991, Depalma, Buenos Aires.

Hart, H.L.A.;

El Concepto de Derecho, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1998.

Hauriou, André;

"La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado", La Ley, t. 4, 1936, Sección doctrina.

Hauriou, Maurice:

Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris, 12º édition, 2002, revue et mise à jour par André Hauriou, réédition présentée par Pierre Delvolvé et Franck Moderne (la douzième et dernière édition est parue en 1933 aux éditions Sirey).

Prefacio a la quinta edición de sus "Precis de Droit Administratif et droit publique général", París, 1903; en: "Obra escogida", traducción de Santamaría Pastor y Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

Huici, Héctor M.;

"La responsabilidad del Estado por omisión", La Ley 1993 -D-829.

Hutchinson, Tomás;

"La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público"; AA.VV., *Contratos Administrativos*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

Ibarlucía, Emilio A.,

"La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o la revocación de la prisión preventiva", El Derecho, 3/2/98, tomo 176, página 755.

Ildarraz, Benigno;

Repositorio Institucional

"Responsabilidad del Estado en la provincia de Córdoba", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Ivanega, Miriam M.;

Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

Jeanneret de Pérez Cortez, María;

"Control judicial – Habilitación de la instancia judicial", AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

"Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo", AA.VV. Procedimiento Administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

"Responsabilidad del Estado en materia de salud pública", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Kelsen, Hans;

Teoría Pura del Derecho. Edición de la Baconnière, Neuchatel, Suisse, título de la edición francesa: *Théorie pure dudroit, Introduction a la science du droit*. Eudeba, Buenos Aires, 4° edición, 1999.

Kemelmajer de Carlucci, Aída;

"El Derecho de Daños en el marco del Derecho Constitucional", AA.VV., *Las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo*, Régimen de la Administración Pública, año XXVI-309.

"El deber de los jueces de reparar el daño causado", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

"La Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Ediciones UNSTA, Tucumán, 1982.

Repositorio Institucional

Lachaume, Jean-François;

Droit administratif, 13º edition, Presses Universitaires de France, Thémis, Les Grandes Décisions de la Jurisprudente, Paris, 2002.

Laferrière, M. F.;

Cours de Droit Public et Administratif, cinquiè édition, revue, augmentée, tome premier, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d´état, Paris, 1860.

Landi, Guido – Potenza, Giuseppe;

Manuale di Diritto Ammnistrativo, nona edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1990.

Leonardi De Herbón, Hebe M.;

"La regla naeminem laedere en el derecho constitucional", AA.VV., *La Responsabilidad*, Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Lepenies, Irmgard;

"La responsabilidad del Estado y del Funcionario Público en la provincia de Santa Fe", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Liendo, Horacio T.;

"La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo", La Ley 1983-B-951.

Linares, Juan F.;

"En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", La Ley 153-606.

"Lo contencioso administrativo en la Justicia Nacional Federal", La Ley t. 94, página 919.

Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986.

"Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo", Buenos Aires, Astrea, 1974.

Linares Quintana, Segundo V.;

"La responsabilidad del Estado legislador", La Ley, páginas de ayer, año 4, N° 10 – Noviembre de 2003.

Repositorio Institucional

Lisa, Federico J.;

"La responsabilidad del Estado en la provincia de Santa Fe (con particular referencia a la actividad ilegítima)", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Long, M., Weil, P., et Braibant G;

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Droit Public: R. Cassin - M. Waline; Sirey, Paris, 6 édition, 1974.

López Cabana, Roberto M.;

"Limitaciones a la íntegra reparación del daño", AA.VV, *La Responsabilidad*, Homenaje al profesor Isidoro Goldemberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

López, Lucio V.;

Derecho Administrativo Argentino, Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902.

López, Mario J.;

Introducción a los Estudios Políticos, Vol. 1, Depalma, 2° edición ampliada, Buenos Aires, 1992.

Lorenzetti, Ricardo;

Las normas fundamentales del derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

"Fundamento constitucional de la reparación de los daños", L.L. 2003-C-1184.

Llambías, Jorge J.;

"Daños causados por productos elaborados", La Ley 1979, B-1093.

Maiorano, Jorge L.;

La expropiación en la ley 21.499, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.

"Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos", La Ley 1984-D. Secc. Doctrina, página 983.

Repositorio Institucional

Mairal, Héctor A.;

Control Judicial de la Administración Pública, volumen 1, Depalma, Buenos Aires, 1984.

"Los meros pronunciamientos administrativos", AA.VV., *Derecho administrativo* –en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff-, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

"De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, septiembre de 1998.

"La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano"; El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, noviembre de 2000.

"El aporte de la crítica a la evolución del derecho", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, diciembre de 1998.

Marcer, Ernesto A.;

Demandas contra el Estado, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

Marienhoff, Miguel S.;

"Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público", El Derecho, t. 169, p. 1093.

Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, 6° edición actualizada, Buenos Aires, 1997.

Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

"Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", La Ley, 1983-B-910.

"Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado –Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativo, Justicia distributiva y justicia conmutativa", La Ley 1991-C- 1080.

Repositorio Institucional

"El acto administrativo "bilateral" y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo atinente al contrato y al cuasi contrato administrativo", nota al fallo "Metalmecánica", Fallos 296:672.

Martín Mateo, Ramón;

Manual de Derecho Administrativo, novena edición, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

Martini, Juan P.;

"Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado", Revista de responsabilidad civil y seguros, La Ley, diciembre de 2005, p. 35.

Mata, Ismael;

"Responsabilidad del estado por el ejercicio del poder de policía", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Mayer, Otto;

Le Droit Administratif Allemand, tome quatrième, partie spéciale, édition francaise par l´auteur, Paris, V. Girad & E. Brière, 1906.

Mazzarolli, L., Pericu, G., Romano A., Roversi Monaco F. A., Scoca F. G. (a cura di);

Diritto administrativo, II, AA.VV. Monduzzi Editore, Roma, 1993.

Mertehikian, Eduardo;

La responsabilidad pública –Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema-, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

Moderne, Franck;

La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés, EDA, 2004, ps. 465/474.

Moisset De Espanés, Luis;

"El acto ilícito y la Responsabilidad Civil", AA.VV., *La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Monti, Laura M.;

Repositorio Institucional

"Aspectos de la Regulación de la Responsabilidad del Estado en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", AA.VV., *La responsabilidad del Estado,* Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

"Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia"; AA.VV., *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

"La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos", AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2004.

Morand-Deviller Jacqueline;

Cours de Droit Administratif, 3º édition, Montchrestien, Paris, 1993.

Morello, Augusto M.;

"El derecho de daños en la Corte Suprema", AA.VV., *Responsabilidad por daños –homenaje a Jorge Bustamante Alsina-* director: Alberto Bueres, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Moretti de Troglia, Rosana;

"Responsabilidad del Estado por el hecho judicial y responsabilidad personal del juez", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo, XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Buenos Aires, 2005.

Mosset Iturraspe, Jorge;

Responsabilidad por daños, tomo X, La responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004. Tomo III, *El acto* ilícito, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2004. T. VII, *El error judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

"Visión jusprivatista de la Responsabilidad del Estado", Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

"La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo", AA.VV., *La Responsabilidad –Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Müller, Enrique;

Repositorio Institucional

"Problemática de las acciones de la víctima contra funcionarios y el Estado", Revista de Derecho de Daños N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

Muñoz, Guillermo;

"Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos", Revista de Derecho Administrativo N° 5, Depalma.

"Responsabilidad del Estado por omisión", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Muratorio, Jorge I.;

"Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Nino, Carlos S.;

Introducción al análisis del derecho, 2° ed. ampliada y revisada, 9° reimpresión, Astrea, Bs.As., 1998.

Derecho, Moral y Política, Ariel-Derecho, Barcelona, 1994.

La constitución de la democracia deliberativa; Gedisa, Barcelona, 1997.

Nuñez, Ricardo C.;

Derecho Penal Argentino, t. 1º, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959.

Orgaz, Alfredo;

El daño resarcible (Actos ilícitos), 2° edición revisada y actualizada, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1960.

La ilicitud (*extracontractual)*, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1° edición, 1973, 1° reimpresión, 1974.

Ossenbühl, Fritz;

"La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", AA.VV., *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, obra dirigida por Javier Barnés, Madrid, 1995.

Repositorio Institucional

Palacio, Lino E.;

El Recurso Extraordinario Federal, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Palazzo, José L.;

Responsabilidad extracontractual del Estado, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Parejo Alfonso, L. (coordinador), Jiménez-Blanco, A., Ortega Álvarez, L.;

Manual de Derecho Administrativo, Parte General, 4º edición corregida, aumentada y puesta al día, Ariel S.A., Barcelona, 1998.

Patchman, David;

"Responsabilidad del Estado derivada de los daños ocasionados por su actividad lícita. El fallo "jacarandá", EDA, 2006, p. 658.

Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L.;

Tratado de la argumentación (La nueva retórica), traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989.

Pérez Hualde, Alejandro;

El concesionario de servicios públicos privatizados –La responsabilidad del Estado por su accionar-, Depalma, Buenos Aires, 1997.

Pérez Hualde, Alejandro y Bustelo, Ernesto N.;

"Barreto": La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", Suplemento La Ley, Administrativo, 6 de septiembre de 2006.

Perrino, Pablo E.;

"El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público (El reconocimiento del lucro cesante moderado)", *Cuestiones de contratos administrativos*, RAP, Bs. As., 2007, p. 353.

"Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Repositorio Institucional

"La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia"; AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2004.

"La responsabilidad del Estado por riesgo", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XII, Dike, Buenos Aires, 2005.

"El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa"; Revista de Derecho Público; Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003- 1.

"La excepción de ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344", Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires.

Petrella, Alejandra;

"Acerca de la responsabilidad pública en el ámbito de la Ciudad autónoma de Buenos Aires", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Pithod, Eduardo L.;

"Responsabilidad del Estado por acto lícito", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XII, Dike, Buenos Aires, 2005.

Pizarro, Ramón D.;

Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa – contractual y extracontractual-, Parte General, Tomo I, La Ley, Bs. As., 2006.

Pozo Gowland, Héctor M.;

"Cambios en el contencioso-administrativo federal. El reclamo administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, diciembre de 2000.

Prieri Belmonte, Daniel A.;

"Responsabilidad del Estado por daños causados por leyes declaradas inconstitucionales – El caso de la ley de riesgos del trabajo", La Ley 18 de agosto de 2000.

Ramírez Calvo, Ricardo;

Repositorio Institucional

"Los poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el Derecho Público Argentino –Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense-", El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, 22 de octubre de 2002 y 22 de noviembre de 2002.

Ratzinger, Joseph;

Fe, Verdad y Tolerancia –El Cristianismo y las religiones del mundo-, quinta edición, Sígueme, Salamanca, 2005.

Rawls, John;

Collected Papers, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, Second Printing, 1999.

La justicia como equidad –una reformulación-; Paidos, España, 2002.

Justicia como equidad; Tecnos, Madrid, 1999.

Lecciones sobre la historia de la filosofía moral; Paidós, España, 2001.

Liberalismo Político, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Debate sobre el liberalismo político, Paidós, España, 1998 (con Jürgen Habermas).

Teoría de la Justicia, edición en español del Fondo de Cultura Económica, traducción de María Dolores González, primera reimpresión de la primera edición mexicana, Bs. As., Argentina, 1993.

Rebollo, Luis M.;

"Prevención, Intervención, Reparación: Una reflexión sobre el derecho administrativo ante los riesgos del desarrollo", Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis Depalma, N° 48, Buenos Aires, 2004.

Reiriz, María Graciela;

"Responsabilidad del Estado", AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, Eudeba, 1969.

Repositorio Institucional

"Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado", AA.VV., *Las bases constitucionales del derecho administrativo*, Régimen de la Administración Pública, Año XXVI, Nº 309.

Rejtman Farah, Mario;

Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa, La Ley, Buenos Aires, 2000.

Rivero, Jean et Waline, Jean;

Droit Administratif, 19º edition, 2002, Dalloz, Paris

Rocca, Inés E.;

"El agente público. Inexistencia de Responsabilidad personal frente al damnificado", AA.VV., *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Fundación de Derecho Administrativo, Miguel A. López Olvera y Juan Martín Vocos Conesa –coordinadores, Bs. As., 2003.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime;

"Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", EDA, 2002, ps. 667/675.

Rodríguez Chiantore, Enrique;

"La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad", EDA, 2004, p. 590.

Rosatti, Horacio D.;

"La Responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica", Revista de Derecho de Daños, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Sabine, George H.;

Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, tercera edición en español corregida y aumentada, segunda reimpresión, México, 1998.

Sacristán, Estela B.;

"Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado*, Dike, Bueno Aires, 2005.

Repositorio Institucional

Sagüés, Néstor Pedro;

"Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación", El Derecho, lunes 2 de junio de 2003.

Salomoni, Jorge L.;

"Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, marzo de 2000.

"La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina", J.A., 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 30/11/05.

"Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino", AA.VV., Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales -jerarquía, impacto y derechos-, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.

Salvat, Raymundo M.;

Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, t. 1 - actualizado por Romero del Prado, Víctor N.-, TEA, Buenos Aires, 1950.

Sammartino, Patricio E.;

"La responsabilidad del los poderes públicos en la ciudad de Bs. As.", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Sánchez, Alberto M;

"La responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de San Juan", AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Santamaría Pastor, Juan A.;

Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2002.

Santiago, Alfonso;

Bien Común y Derecho Constitucional –El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político-, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Sarmiento García, Jorge H.;

Repositorio Institucional

"Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XII, Dike, Buenos Aires, 2005.

"La responsabilidad del Estado por el acto judicial y la responsabilidad patrimonial de los jueces", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo XI, La responsabilidad del Estado, Bs. As., Dike, 2005. "Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al "Contrato Administrativo", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, diciembre de 1998.

"La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la instancia administrativa", AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo X, El proceso administrativo en la República Argentina*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2004.

Sarría, Félix;

Derecho Administrativo, 3° edición, primer tomo, Peuser, Córdoba, 1946 y 4° edición, Córdoba, 1950.

Sartori, Giovanni;

¿Qué es la democracia?, Taurus, Argentina, 2003.

La sociedad multiétnica –Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros-, Taurus, España, 2001.

Savater, Fernando;

El valor de elegir, Ariel, Buenos Aires, 2003.

Sá Zeichen, Gustavo E. P.;

"La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los Entes Reguladores de servicios públicos", Revista de Derecho Administrativo, año 10, Buenos Aires, Depalma, 1998.

Schwartz, Bernard;

Administrative Law, third edition, Little, Brown and Co., Boston, Toronto, London, 1991.

Serna, Pedro y Toller, Fernando;

La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales –Una alternativa a los conflictos de derechos-, La Ley, Bs. As., 2000.

Sesín, Domingo J.;

Repositorio Institucional

"Responsabilidad del Estado en la provincia de Córdoba", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Singh, Mahendra P.;

German Administrative Law in common law perspective, Springer- Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1985.

Soler, Sebastián;

Derecho Penal Argentino, t. I, TEA, 5º edición actualizada por Guillermo J. Fierro, Bs. As., 1988.

Soria, Daniel F.;

"Responsabilidad Estatal en el marco de la actividad urbanística, consideraciones y apuntes jurisprudenciales", *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, año XXVIII – 326, Buenos Aires, 2005.

Soto Kloss, Eduardo;

Derecho Administrativo, Bases Fundamentales; Tomo II, El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Spota, Alberto G.;

"La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública", nota al fallo "Ferrocarril Oeste" La Ley 12-122.

Sotelo de Andreau, Mirta G.;

"Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado en función legislativa", AA.VV., *La responsabilidad del Estado*, Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005.

Tawil, Guido S.;

"El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema", nota al fallo "Gypobras", L.L. 1995-E, p. 473.

La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, Depalma, Buenos Aires, 2° edición, 1993.

Repositorio Institucional

"La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano", La Ley 1988-C, 651.

"Omisión, guerra y responsabilidad del Estado", La Ley 1991-D-362, comentario al caso "Assmuss, Francisco R., y otros c. Estado Nacional".

Testoni, Silvia; y Rodríguez, María José;

"La responsabilidad del Estado. Perfiles actuales. Su evolución en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación. Colofón: La responsabilidad del Estado en la emergencia", EDA, 2001-2002, p. 806.

Tribe, Laurence H.;

American Constitutional Law, second edition, The Foundation Press, New York, 1988.

Trigo Represas, Félix A.;

"Daños punitivos", AA.VV., *La Responsabilidad*, Homenaje al profesor Isidoro Goldemberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J.;

Tratado de la responsabilidad civil, T. IV., La Ley, 2004.

Touchard, Jean;

Historia de la ideas políticas, 5° ed., 8° reimpresión, Tecnos, Madrid, 2000.

Urrutigoity, Javier;

"El carácter local del derecho administrativo argentino", Revista Documentación Administrativa, 267/268, El derecho administrativo en Argentina, situación y tendencias actuales (I) septiembre 2003 – abril 2004.

"Responsabilidad del Estado por actividad judicial", *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Dike, Buenos Aires, 2005.

Uslenghi, Alejandro J.;

"Planificación urbana y responsabilidad estatal", AA.VV., *Derecho Administrativo –en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff-*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.

Repositorio Institucional

"Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", AA.VV., *La responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Vázquez, Adolfo R.;

Responsabilidad aquiliana del Estado y de sus funcionarios, 2° edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Vedel, Georges;

Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

Videla Escalada, Federico;

"La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos", El Derecho, t. 116, página 751 (1986).

Vigo, Rodolfo (h);

Prólogo a la obra: *Bien Común y Derecho Constitucional –El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*- autor, Santiago, Alfonso (h); Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

Virga, Pietro;

Diritto amministrativo, I principi 1, quinta edizione riveduta e aggiornata, 1999, Giuffrè editore – Milano, 1999.

Wade, H.W.R & Forsyth, C.F;

Administrative law, eighth ed., Oxford University Press.

Weber, Max;

Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 2° edición en español, primera reimpresión argentina, 1992.

Weil, Prosper;

Derecho Administrativo, Civitas, Madrid.

Weingarten, Celia;

Repositorio Institucional

"La responsabilidad del Estado por la ruptura de la confiabilidad de las políticas económicas", Revista de Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

Ymaz Videla, Martín R. e Ymaz Cossio, Esteban Ramón;

"Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas", La Ley 1997, F- 1013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro;

Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2003

Zannoni, Eduardo;

E*l daño en la responsabilidad civil*, 2° edición, Astrea, Buenos Aires, 1987 y 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2005.

Zanobini, Guido;

Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, parte general, traducción de la 5º edición, Buenos Aires, 1949, Ediciones Arayú.

Zilli de Miranda, Martha y Nielsen Federico

"La responsabilidad del Estado por daños causados a un conscripto por hecho de guerra –un caso de responsabilidad estatal por omisión ilegítima-", en la obra de Julio Comadira, *Colección de análisis jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Zingaretti, Gisella,

"La responsabilidad del Estado por actividad ilegítima de un agente de policía. Actualidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación a la luz del caso "Lioi" de la Cámara Civil y Comercial", EDA, 2005, p. 259.

Repositorio Institucional

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

"Agencia Marítima Rioplast S.A." (1992), Fallos 315:2865.

"Agropecuaria del Sur S.A." (2003), Fallos 326:1238.

"Aguilar Patricia M.", 30 de mayo de 2006 –causa A.820.XXXIX-.

"Alcántara Díaz Colodrero" (1996), Fallos 319:1476.

"Alfredo Marietta Maumetal" (1995), Fallos 318:74.

"Alimentos Mayosol S.R.L." (1998), Fallos 311:1220.

"Álvarez, Oscar J.", (2001), Fallos 324:2042.

"Amiano, Marcelo E." (2003), Fallos 326:4445.

"Ángel Estrada y Cía." (2005), EDA, 2005, p. 91.

"Aquino, Isacio" (2004), Fallos 327:3753.

"Arroyo, Carlos M." (2001), Fallos323:4019.

"Azzetti, Eduardo N." (1998), Fallos 321:3363.

"Asoc. Benghalensis" (2000), Fallos 323:1339.

"Asoc. Escuela Popular Germano-Arg. Belgrano" (1959), Fallos 245:146.

"Automotores Faillace Triangeli" (1973), Fallos 287:108.

"B.C.R.A. en Centro Financiero S.A." (2003), Fallos 326:678.

"Banco de la Nación Argentina" (2001), Fallos, 324:1243.

"Bank of New York S.A." (2005), EDA, 2006, p. 28.

"B., B. G." (1994), Fallos 317:728.

Repositorio Institucional

“Balda, Miguel A.” (1995), Fallos 318:1990.

“Barreto” (2006), Fallos 329:759.

“Boccara, Armando” (1970), Fallos 277:225.

“Bonadero Alberdi de Inaudi” (1988), Fallos 311:1018.

“Bourdieu” (1925), Fallos 145:307.

“Brescia, Noemí L.” (1994), Fallos 317:1921.

“Brumeco S.A.” (1990), Fallos 313:907.

“Buenos Aires Eximport” (1993), Fallos 316:397.

“Bullorini, Jorge”, L. L. 1994-C-178.

“Cachau, Oscar” (1993), Fallos 316:1335.

“Cadesa S.A.” (1989), Fallos 312:343.

“Cahiza” (1937), Fallos 177:237.

“Caja de Seguros S.A.” (2006), Fallos 329:695.

“Cambios Teletour S.A.” (1987), Fallos 310:203.

“Cantón, Mario E.” (1979), Fallos 301:403.

“Carlos Reisz y Cía. S.R.L.” (1960), Fallos 248:79.

“Carvallosa” (1988), Fallos 311:1668.

“Cid, Patricia G.” (2000), Fallos 323:2944.

“Cipollini, Juan S.” (1978), Fallos 300:143.

“Cirlafin S.A.”, E.D. t. 166, p. 267.

“Coco, Fabián A.” (2004), Fallos 327:2722.

“Colavita, Salvador” (2000), Fallos 323:319.

“Columbia Cia. Financiera” (2000), Fallos, 323:1897.

“Columbia S.A.” (1992), Fallos 315:1026.

“Compañía de gas del Rosario” (1916), Fallos 124:315.

“Cia. Arg. de Navegación N. Mihanovich Ltda.” (1916), Fallos 123:407.

“Compañía Financiera S.I.C.S.A.” (1985), Fallos 307:1668.

“Contreras” (2006), Fallos 329:1311.

“Corio, Luis” (1904), Fallos 99:83.

Repositorio Institucional

"Corporación Inversora Los Pinos" (1975), Fallos 293:617.

"Cossio" (2004), Fallos 327:5295.

"Cueva, Cayetano" (1909), Fallos 111:333.

"Cura, Carlos A." (2004), Fallos 327:1738.

"Deoca" (D.,C. del R. c. F. L.) (2001), Fallos 324:170.

"Decker" (2003), Fallos 326:964.

"De Gandía, Beatriz" (1995), Fallos 318:845.

"Devoto" (1933), Fallos 169:111.

"Domínguez, Emilia R." (2002), Fallos 325:210.

"Dughera" (1909), Fallos 112:78.

"Echegaray" (1941), Fallos 190:457.

"Eduardo Sánchez Granel" (1984), Fallos 306:1409.

"Egüés, Alberto J." (1996), Fallos 319:2527.

"El Jacarandá S.A." (2005), Fallos 328:2654.

"España y Río de la Plata S.A." (1993), Fallos 316:2136.

"Establecimientos Americanos Gratry S.A." (1938), Fallos, 180:107.

"Estado Nacional c/ Provincia de Río Negro" (1994), Fallos 317:146.

"Estancias Marré S.A." (1993), Fallos 316:1428.

"Etcheverry Luisa M." (1986), Fallos 308:2494.

"Expreso Hada S.R.L." (2002), Fallos 325:1265.

"Fabro, Victor" (2000), Fallos 323:3568.

"Ferreira, Víctor D." (2006), Fallos 329:646.

"Ferrocarril Oeste" (1938), Fallos 182:5.

"Filcrosa S.A." (2003), Fallos 326:3899.

"Fisco Nacional c/ Arrupé" (1934), Fallos 176:111.

"Friar S.A." (2006), E. D. Administrativo, octubre de 2006.

"Furnier" (1994), Fallos 317:1006.

"Galanti" (1987), Fallos 310:2824.

"Gallegos Botto" (1974), Fallos 290:71.

Repositorio Institucional

“García, Ricardo” (1992), Fallos 315:1892.

“Gómez, Gerardo” (1969), Fallos 273:111.

“Gómez, José C.” (1865), Fallos 2:36.

“González, Carlos” (1995), Fallos 318:77.

“Gorordo”, (1999), Fallos 322:74.

“Gorosito” (2002), Fallos 326:11.

“Gothelf” (2003), Fallos 326:1269.

“Greco, Domingo O.” (2003), Fallos 326:750.

“Gunther” (1986), Fallos 308:1118.

“Gypobras” (1995), Fallos 318:441.

“Hotelera Río de la Plata” (1985), Fallos 307:821.

“Ingenio y Refinería San Martín de Tabacal S.A.”, Fallos 269:243.

“Irurzún, Ricardo E.”(1994), Fallos 317:365.

“Iturbe, Nora del Carmen” (2003), Fallos 326:2749.

“Jucalán Forestal Agropecuaria S.A.” (1989), Fallos 312:2266

“Kasdorf S.A.” (1990), Fallos 313:284.

“Laboratorios Ricar” (1995), Fallos 318:2311.

“Labrué” (1948), Fallos 211:46.

“Lanati, Marta N.” (1991), Fallos 314:661.

“Laplacette, Juan” (1943), Fallos 195:66.

“La República Cia. de Seguros Generales S.A.” (2004), Fallos 327:106.

“Ledesma S.A.” (1989), Fallos 312:2022.

"Ledesma, Luis”, L. 171. XLI. del 11 de julio de 2006.

“Lema, Jorge H.” (2003), Fallos 326:820.

“Lindoro ICSCA” (2005), Fallos 328:1466.

“Livio Porta” (1973), Fallos 286:334.

“López, Juan de la Cruz y otros” (1998), Fallos 321:1712.

“Los Lagos” (1941), Fallos 190:142.

“Luis Federico Santa Coloma” (1986), Fallos 308:1160.

Repositorio Institucional

“Malmann, Antonio J.” (2000), Fallos 323:2357.

“Mendoza, Beatriz S.” (2006), 20 de junio, M1569 XL, Originario.

“Metalmecánica S.A.C.I.” (1976), Fallos 296:672.

“Mevopal” (1985), CS 26 de noviembre de 1985.

“Mocchi, Ermanno” (2003), Fallos 326:847.

“Montagna, María L.” (2004), Fallos 327:1780.

“Montini, Julio H.” (1986), Fallos 308:1655.

“Moreno, Francisca N.” (2004), Fallos 311:150.

“Mosca, Hugo A.” (2007), 6 de marzo de 2007.

“Motor Once S.A.” (1989), Fallos 312:649.

“Nápoli, Erika E.” (1998), Fallos 321:3630.

“Odol S.A.I.C.” (1982), Fallos 304:651.

“Olycon”, Fallos 298:198.

“Orlando” (2002), Fallos 325:519.

“Panizo, Manuel M.” (1978), Fallos 300:639.

“Pensavalle” (1976), L.L. 1977-B-220.

“Petruccelli” (1989), Fallos 312:956.

“Pietranera” (1966), Fallos 265:291.

“Piria” (1939), Fallos 185:105.

“Pose, José D.” (1992), Fallos 315:2834.

“Prada, Iván R.” (1993), Fallos 316:1465.

“Provincia de La Pampa” (1962), Fallos 252:375.

“Provincia de Mendoza”, Fallos 298:511.

“Revestek S.A.” (1995), Fallos 318:1531.

“Rivero Haedo” (1937), Fallos 177:171.

“Robles, Ramón” (2002), Fallos 325:1855.

“Rodríguez Sampaio” (2002), Fallos 325:3300.

“Román S.A.C.” (1994), Fallos 317:1233.

“Rosa, Carlos A.” (1999), Fallos 322:2683.

Repositorio Institucional

"Ruiz, Mirta E." (1989), Fallos 312:2138.

"Sánchez Puppulo, E." (1974), Fallos 288:362.

"Santa Coloma" (1986), Fallos 308:1160.

"Santa María Estancias Saltalamacchia y Cía." (2002), Fallos 325:2949.

"Scamarcia, Mabel" (1995), Fallos 318:1715.

"S.A. de Tranvías Anglo-argentina", J. A. 1965-VI-372.

"S.A. Organización Coord. Argentina" (1998), Fallos 321:174.

"Sandoval, Héctor" (1997), Fallos 320:1344.

"Scheffer Ana T." (1998), Fallos 323:2131.

"Sánchez, Héctor D." (S., H. D.) (2003), Fallos 326:1561.

"Serra, Fernando H." (1993), Fallos 316:2454.

"Servicio de Parques Nacionales c/ Franzini" (1995), Fallos 318:445.

"Serradilla", S. 2790. XXXVIII, 12 de junio de 2007.

"Seste y Seguich" (1864), Fallos 1:317.

"Suraltex S.R.L." (2002), Fallos 325:491.

"Syntex S.A." (2000), Fallos 323:3665.

"Tajes" (1999), Fallos 322:555.

"Tejedurías Magallanes" (1989), Fallos 312:1659.

"Tecnobeton S.A." (1996), Fallos 319:2666.

"Tomassoni" (1910), Fallos 113:111.

"Tortorelli, Mario N." (2006), 23 de mayo, Originario, T. 632. XXXII.

"Vadell" (1984), Fallos 306:2030.

"Valle, Roxana E." (2003), Fallos 326:1299.

"Vicente" (2003), Fallos 326:4003.

"Videla Cuello" (1990), Fallos 312:316.

"Vignoni, Antonio S." (1988), Fallos 311:1007.

"Winkler, Juan L." (1983), Fallos 305:1045.

"Yofre de Vaca Narvaja" (2004), Fallos 327:4241.

"Zacarías" (1998), Fallos 321:1124.

Repositorio Institucional

"Zulema Galfetti de Chalbaud" (2006), sentencia del 9 de mayo.

CÁMARA FEDERAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"B., E. F. c. E. N." (2004), sala III.

"Chein, Graciela C." (1989), sala I, J. A., 1989-IV-157.

"C., H. N." (2005), Sala III, E.D. Administrativo, noviembre de 2005.

"D. V.", (2000), sala IV E. D. Administrativo, julio de 2000.

"Figueroa Eduardo A." (2000), sala III, E.D.Administrativo, 09/2000.

"Lusquiños, Horacio R." (1999), sala II, E.D. Administrativo 08/ 1999.

"Menéndez S.A. c/ B.C.R.A" (1990), sala, L. L. 1990-D, 413.

"Petracca" (1986), CNCont. Adm. Fed., en pleno, J.A. 1986-III, p. 661.

"Ramos, Graciela P." (2005), E. D. Administrativo, junio de 2000.

"Ramos, Silvia del Milagro" (2002) E.D. Administrativo, marzo, Sala I.

"Sykes", CFAp.Cont.Adm.Fed, sala IV, 2 de Julio de 1985.

"Viceconte, María C.", E. D. Administrativo, agosto de 1998.

"Wellcome Argentina Limited", L.L. 1996-A-600.

CÁMARAS FEDERALES Y NACIONALES EN LO CIVIL Y COMERCIAL

"B., A. J." (2004), CNac.Civ.yCom.Fed., sala 3°, J.A. Adm., 2004-IV.

"Carrazán, Jesús P." (2002), Sala H, E.D. Adm., agosto de 2002.

CNCiv., sala G, en agosto 26 de 2002, en E.D. Adm., noviembre de 2002.

"C., L.E." (2004), CNCom.,sala D, (2004), L. L. 2005-A, 720.

"G., D. A.", CNCiv.yCom.Fed., sala II, E.D. Adm., septiembre de 2002.

"Lioi", Sala III, 24 de febrero de 2005.

Repositorio Institucional

"M.de L., M.N." CNCiv.yCom.Fed., sala I, 17/04/2001, E. D. 20/01/03.
"Medina, Alberto A." (1985), C. N. C., sala C, 14 de mayo de 1991.
"Ricci", En pleno, J. A. 1988-II-347.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

"Colegio de abogados de la Prov. de Bs. As.", L.L. Bs.As., 2003-395.
"Sociedad de Fomento Cariló" (2002), SCBA, J. A. 2002 IV-416.
"Fundación Pro Tigre" (1998), C1°CC San Isidro, Sala I, E.D. 178,752.

PROVINCIA DE MENDOZA

"C., H. L." (2002) SCMza., E. D. Administrativo, octubre 2002.
"Díaz de Ghiotti", (1996), SCMza.
"Ladino, Luis", SCMza, Revista del Foro de Cuyo Nº 48, p. 266.
"Torres, Francisco", SCMza., L. L. 1989-C-511.
"P.M.O." (1989), Juzgado civil Nº 14 de la 1° circ. Mendoza.