

La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita

SUMARIO: ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. II. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD. 1. RESPONSABILIDAD DIRECTA. 2. RESPONSABILIDAD DE BASE OBJETIVA. 3. REPARACIÓN PLENA. III. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. 1. DAÑO O PERJUICIO. a) *Daño cierto*. b) *Evaluable en dinero*. c) *Subsistente*. 2. POSIBILIDAD DE IMPUTAR JURÍDICAMENTE LOS DAÑOS A ÓRGANOS QUE INTEGREN LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. a) *Daños provocados por agentes estatales*. b) *Daños derivados de los contratistas y concesionarios*. c) *Daños producidos por profesionales que ejercitan funciones públicas*. 3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. d) *Existencia de un factor de atribución*. 1. LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO. a) *La existencia de una obligación de obrar normativamente impuesta*. b) *El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa*. c) *Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible*. 2. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO.

I. ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la Argentina¹, al igual que ha ocurrido en Francia², en

¹ Las notas características del sistema argentino ponen de resalto su clara filiación europea, en particular con los regímenes francés e italiano. En efecto, como en el primero mencio-

Italia³ y en Alemania⁴, es de origen esencialmente jurisprudencial⁵.

La falta de disposiciones constitucionales específicas, como también de un cuerpo legal que regule la responsabilidad del Estado, no ha

cionado, la Administración Pública responde por los daños derivados de la existencia de una falta de servicio, por el riesgo creado y por la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas. Esto último es lo que en Argentina se identifica, siguiendo la tradición italiana, como responsabilidad por actividad lícita o válida.

Al igual que en Francia, la responsabilidad por falta de servicio, cuantitativamente el factor de atribución más importante de nuestro sistema de responsabilidad, se verifica por el incumplimiento de las obligaciones preexistentes (Fallos: 306:2030) o por el funcionamiento anormal o incorrecto de la Administración, y son los jueces quienes aprecian en concreto dicha circunstancia teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124).

A su vez, la influencia italiana se advierte, por un lado, en la distinción básica que se efectúa en nuestro Derecho entre responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, que es fundamentalmente la originada por la configuración de una falta de servicio, y la derivada de comportamientos válidos o lícitos, sustentada en los principios constitucionales de inviolabilidad de la propiedad y de igualdad ante las cargas públicas. Además, por el distinto alcance de la reparación de acuerdo a la causa de los daños. En efecto, si bien median decisiones judiciales y opiniones doctrinales encontradas, tradicionalmente se ha sostenido que el *quantum* indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita, ante la falta de normas que lo establezcan y dado su carácter cuasi expropiatorio, se limita al pago del daño emergente y no al lucro cesante (ver Miguel S. MARIENHOFF, «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado», ED, 114-949, y «Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado», LL, 1993-E, p. 912; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 515; Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2.^a ed. act. y ampl. pp. Bs. As., 2003, pp. 377 y ss.). Este criterio ha sido receptado, a través de numerosas normas dictadas a partir del año 2000, en los supuestos de revocación de contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 96 Decreto 436/2000, art. 12 Decreto 1023/2001, art. 26 Ley 25344, art. 11 Ley 25453).

² André DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1980, p. 693; Jacques MOREAU, «Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés», *Documentación Administrativa*, n.º 239, pp. 175 y ss.; Michel ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, pp. 9 y ss.; Françoise SEMPÉ, «La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia», en la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, editada por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pp. 969 y ss.

³ Marcello CLARICH, «La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, pp. 1005 y ss.

⁴ Fritz OSSENBUHL, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, pp. 931 y ss.

⁵ Ver María Graciela REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As., 1969, pp. 83 y ss.; Alejandro J. USLENGHI, «Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita», en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pp. 49 y ss., y Pablo E. PERRINO, «La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino», RAP, n.º 237, pp. 9-14.

constituido un valladar para que por vía pretoriana –con sustento, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad⁶ (arts. 14 y 17)– se sentaran las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente el resarcimiento de los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes del Estado.

El Derecho argentino carece de un tratamiento normativo sistemático y unitario de la responsabilidad estatal. No existe en el ordenamiento jurídico argentino –federal ni provincial–⁷, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre este instituto. Sólo en áreas específicas, la Nación y las provincias⁸ han dictado normas sobre aspectos muy puntuales, como ocurre, por ejemplo, en los siguientes supuestos: 1) responsabilidad derivada de incumplimientos contractuales⁹; 2) daños que padecen los miembros de las fuerzas de se-

⁶ Conf. Fallos: 253:316; 274:432; 277:225; 300:143; 301:403; 302:159; 305:1045, entre otros. La Corte Nacional también ha fundado la responsabilidad estatal en el principio *alterum non laedere*, de raíz constitucional (Fallos: 308:118; 320:1999, entre otros), y en antiguos pronunciamientos, de principios del siglo XX, en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:107 y 129:5). Asimismo, ha invocado el principio constitucional de igualdad jurídica para fundamentar el deber de responder del Estado por actos válidos. Así ha expresado que el fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños que guarden relación de causalidad con el ejercicio regular de sus poderes propios se halla, en última instancia, en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que el Estado promueve por el interés general y cuyas consecuencias eventualmente dañosas no es justo que sean soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado –más allá de un límite razonable–, sino que debe redistribuirse en toda la comunidad a fin de restablecer la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:1892; 321:3363; conf. Fallos: 293:617, voto concurrente del Dr. Levene, y Fallos: 316:1335, voto disidente del Dr. Barra). Cabe destacar que el primer trabajo en el que se fundó la responsabilidad estatal en la protección de los derechos constitucionales fue el de Rodolfo BULLRICH, intitulado *La responsabilidad del Estado*, publicado en el año 1920. En la misma línea, Miguel S. MARIENHOFF sostenía que el fundamento de la responsabilidad estatal «no es otro que el Estado de derecho y sus postulados». A su juicio, de esos principios de base constitucional, que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del Derecho Público (*Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, t. IV, p. 699).

⁷ Sobre las facultades de las provincias para legislar en materia de responsabilidad estatal, ver Beltrán GAMBIER, y Pablo E. PERRINO, «¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?», JA 1996-IV, p. 793.

⁸ Son numerosas las Constituciones provinciales que contienen previsiones básicas sobre la cuestión bajo examen –vgr., Constituciones provinciales de Misiones (art. 80), Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25), Tierra del Fuego (art. 188)– y también las que contemplan la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados por sentencias condenatorias erróneas –vgr., Constituciones provinciales de Córdoba (art. 42, párrafo 2.º), Chaco (art. 24), Chubut (art. 28), Formosa (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 11), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro (art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art. 9, párrafo 6.º) y Tierra del Fuego (art.40)–.

⁹ Por ejemplo: arts. 62, inc. a), y 64, inc. b), de la Ley 6021 (t.o. por Decreto 536/95), Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires; art. 71 del Decreto 3300/72, Reglamento de

guridad¹⁰; 3) daños causados en el marco de la relación de empleo público¹¹; 4) perjuicios producidos por error judicial en materia penal¹²; 5) daños generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad¹³; 6) perjuicios generados con motivo de la constitución de servidumbres administrativas¹⁴; como así también el caso de los daños expropiatorios¹⁵, cuyo fondo común con la responsabilidad estatal es evidente, pues mediante ambas figuras se trata de compensar los daños producidos a administrados por actuaciones administrativas.

Ante la falta de una legislación específica, durante mucho tiempo se buscó sustentar el deber de reparar del Estado en las previsiones del Derecho Civil, en el cual se reglaba desde 1870¹⁶, de manera orgánica, el fenómeno resarcitorio.

Tal solución –loable en su momento, ya que posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba– actualmente constituye una respuesta equivocada, porque, salvo los daños provocados por comportamientos estatales en relaciones de Derecho Privado, la responsabilidad de los poderes públicos constituye un instituto de corte claramente iuspublicístico. De ahí que, hoy en día, si bien se sigue acudiendo a la legislación civil para resolver los problemas que presenta la responsabilidad estatal, se hace de manera analógica¹⁷, es decir, produciendo

Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires; art. 9, incs. a) y c), de la Ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, y art. 11, incs. a) y b), Ley 9645, Concesión de obras públicas municipales.

¹⁰ Ley 19101, modificada por la Ley 22511, Orgánica de las Fuerzas Armadas; Ley 19349, modificada por Ley 22534, Orgánica de la Gendarmería Nacional; Ley 12992, con sus modificatorias Leyes 20281 y 23028, Orgánica de la Prefectura Naval.

¹¹ Ley 11757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párrafo; y 24); Ley 11758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); Decreto-Ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la Policía bonaerense (art. 116, inc. e).

¹² El derecho a ser indemnizado en caso de haber sido condenado por una sentencia firme debido a un error judicial está expresamente consagrado en el art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica, norma de jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y también en numerosas Constituciones provinciales (ver nota 7). Asimismo, el Código Procesal Penal de la Nación, en el art. 488, y el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el art. 477, reconocen el derecho a una reparación económica de toda persona condenada por error a una pena privativa de la libertad.

¹³ Art. 37 de la Ley 16970, de Defensa Nacional, y su Decreto reglamentario 739/67.

¹⁴ Arts. 11 y 12 de la Ley 8398, Servidumbre administrativa de electroducto de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁵ Por ejemplo: las Leyes de expropiaciones 21499, en el ámbito nacional, y 5708 de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶ El Código Civil fue sancionado por Ley 340, el 25 de septiembre de 1869, y entró a regir el 1.º de enero de 1871.

¹⁷ Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959. Ello es así salvo respecto del art. 1112 del Código Civil, pues al establecer dicha norma la responsabilidad de los funcionarios por su obrar irregular, y fundarse en ella la responsabilidad estatal por falta de servicio, su aplicación es directa. Sin embargo, la Corte Nacional ha expresado que tal precepto se aplica por vía

la adaptación de las soluciones previstas en el Derecho Privado al ámbito público y no de manera directa o subsidiaria.

II. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD

El régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita tiene las siguientes características.

1. RESPONSABILIDAD DIRECTA

Como lo ha establecido la Corte Nacional a partir del año 1984, al fallar el caso «Vadell»¹⁸, siguiendo las enseñanzas de la doctrina¹⁹, la responsabilidad estatal es siempre directa, y no refleja o indirecta. No es aplicable, por ende, como antiguamente postulaba la jurisprudencia²⁰, lo dispuesto en el art. 1113, 1.^a parte, del Código Civil, norma que regula la responsabilidad indirecta del patrón o empleador por el comportamiento de sus dependientes.

La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados a la Administración se explica a través de la teoría del órgano²¹. Consecuentemente, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura de la Administración, él se identifica con la propia autoridad administrativa.

2. RESPONSABILIDAD DE BASE OBJETIVA

No se discute que la responsabilidad estatal con sustento en el factor de atribución riesgo es de índole objetiva²². También cuando el deber de responder deriva de la existencia de una falta de servicio, la

subsidiaria (Fallos: 306:2030; 312:1656; 318:193; 320:266, entre otros). Ver lo que se explica más adelante al examinar a la falta de servicio como el principal factor de atribución de la responsabilidad del Estado.

¹⁸ Fallos: 306:2030 y en ED, t. 114, pp. 215 y ss., con nota de Juan Carlos CASSAGNE, «La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte».

¹⁹ Rafael BIELSA, «Responsabilidad del Estado como poder administrador», JA, t. 43, p. 416; MARIENHOFF, *ob. cit.*, t. IV, p. 715.

²⁰ Fallos: 169:111; 182:5; 259:261; 270:404; 278:224; 288:362, entre otros muchos.

²¹ Ver Pablo E. PERRINO, «La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio», ED, t. 185, p. 781.

²² Felix A. TRIGO REPRESAS y Rubén H. COMPANUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Hammurabi, Bs. As., 1986, t. 2.º, p. 25.

mayoría de la doctrina²³ afirma que la responsabilidad del Estado es de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquélla se configure. La culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo²⁴. De ahí que se diga que, como en Francia, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, pues no es preciso individualizar a su autor²⁵.

Según puede advertirse, el concepto de responsabilidad objetiva que aquí empleamos no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, tal como lo hace el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 (art. 1606), que la define como aquella que se produce cuando «conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla». Es que la responsabilidad por falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. Ello es así pues, en tales casos, el comportamiento desplegado por la Administración no es irrelevante para la configuración de la falta de servicio, ya que no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización²⁶. Como lo explicaremos más adelante, en los casos de responsabilidad estatal por falta de servicio es preciso demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración²⁷, cuya determinación debe realizarse sobre la base de

²³ CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 503; 548-551; 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, p. 109; Ismael MATA, «Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía», en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 176; Eduardo MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, pp. 63 y ss., y Viviana M. BONPLAND, «Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)», LL, 1987-A, pp. 784 y 786. En cambio, afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: Tomás HUTCHINSON, «Los daños producidos por el Estado», *Jus*, n.º 38, p. 63, y REIRIZ, «Responsabilidad del Estado», en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 226.

²⁴ Ver PERRINO, «La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita», cit.

²⁵ André DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence», París, 1980, p. 721.

²⁶ Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 177-185 y 258-259) y lo distingue del modelo español, en el cual el concepto de lesión resarcible y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (Luis Martín REBOLLO, «Puntos de inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración Pública», trabajo inédito, año 2004).

²⁷ De ahí que en un trabajo anterior hemos señalado que si bien no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir por falta de servicio, sí lo es acreditar la falta o culpa del «sistema administrativo» o de la «organización administrativa» («La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita», cit.).

una «apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño»²⁸.

3. REPARACIÓN PLENA

En los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita se indemnizan la totalidad de daños ocasionados, ya sean éstos de carácter patrimonial o extrapatrimonial, presentes o futuros, comprendiendo no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante.

III. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En general, la doctrina²⁹ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁰ coinciden en señalar que los presupuestos para que se torne viable la responsabilidad estatal son cuatro: 1) daño o perjuicio; 2) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio; 3) posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó; y 4) la existencia de un factor de atribución. Seguidamente los examinaremos.

1. DAÑO O PERJUICIO

El primero de los requisitos que debe verificarse para la viabilidad de la responsabilidad estatal es la existencia de un daño o perjuicio injusto. Sin daño no se genera el deber de reparar. El daño constituye un elemento capital para la existencia de la responsabilidad.

En sentido jurídico, el daño consiste en la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales³¹. El interés es el núcleo de la tutela.

²⁸ Fallos: 321:1124, también en LL 1998-C, p. 317, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, «Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas», y en JA, t. 1999-I, p. 380, con nota de Félix A. TRIGO REPRESAS, «El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario».

²⁹ CASSAGNE, *ob. cit.*, t. I, pp. 555 y ss., y MERTEHIKIAN, *ob. cit.*, pp. 103 y ss.

³⁰ Fallos: 315:2865; 320:266; 321:1776 y 2144, entre otros.

³¹ Alberto J. BUERES, «El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta», publicado en la obra colectiva *Derecho de daños*, dirigida por Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, La Rocca, Bs. As., 1991, p. 167; conf. Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1982, p. 6; VÁZQUEZ FERREYRA, *ob. cit.*, p. 174, y COMPANUCCI DE

Como ha señalado DE CUPIS: «Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción»³².

Para que prospere una pretensión indemnizatoria, el daño por el que se demanda debe cumplir las siguientes condiciones: el perjuicio deberá ser cierto en cuanto a su existencia, evaluable económicamente y subsistente.

a) *Daño cierto*

En primer lugar, el daño no debe ser hipotético, potencial o conjetural³³. El perjuicio indemnizable debe consistir en un detrimento real y no en meras especulaciones sobre daños o pérdidas contingentes o dudosos³⁴.

La pérdida de la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no conjetural³⁵.

CASO, *ob. cit.*, pp. 145-147. La tesis que define al daño a partir del interés ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas «Revestek S.A.» (Fallos: 317:1531) y «Columbia» (Fallos: 319:2658). Así, en el primero de los pronunciamientos citados, mediante el cual se rechazó la pretensión indemnizatoria, textualmente expresó: «Aun cuando el administrado entienda haber sufrido un perjuicio directo y cierto, éste puede no ser reparable porque no resulta de una lesión a una situación jurídicamente protegida. Falta, pues, uno de los elementos que componen el daño: la lesión a un interés protegido por el derecho. No se trata como se sostenía antiguamente, de una condición de la admisión de la acción (Hariou, comentario a la decisión "Rucheton", C.E. 11 de mayo de 1928, S.1928.3.97), sino de un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable (Daloz, Encyclopédie de Droit Public, Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique, Préjudice reparable, n.º 213/215). En ausencia de este presupuesto no puede sostenerse que se ha vulnerado un derecho jurídicamente protegido y que existe en consecuencia un daño resarcible por el Estado con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante la carga pública (arts. 17 y 16 de la Constitución Nacional)» (consid. 8 del voto de los Dres. Nazareno, Belluscio y Bossert).

³² Adriano DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2.ª ed. italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 109.

³³ Fallos: 311:2863; 313:907 y 1465; 316:1891 y 2137; 317:536.

³⁴ Así ha expresado el máximo tribunal de la República que «para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro» (Fallos: 317:1225).

³⁵ Fallos: 318:1715 y 318:2002, voto del Dr. Bossert, y causas D. 207 XXXIII, «Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/San Luis, provincia de s/daños y perjuicios», sent. del 17/3/98, y Z.15 XXIII, «Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, provincia de y otros s/sumario», sent. del 28/4/98; y Cam. Civil y Com. de Salta, causa «González de Burgos, Joaquina c. Provincia de Salta», LL suplemento de Doctrina y Jurisprudencia Noroeste Argentino, del 27/8/97, con nota de Jorge Mario GALDÓS, «Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances».

Es importante resaltar que no sólo los perjuicios actuales o presentes son resarcibles, sino también el daño futuro, en la medida en que medie certidumbre acerca de su existencia³⁶.

b) *Evaluable en dinero*

Lo que significa que el daño debe ser susceptible de ser compensado monetariamente.

c) *Subsistente*

El perjuicio no debe haber desaparecido al tiempo de ser resarcido porque el obligado lo ha reparado³⁷.

Sin embargo, conforme lo ha señalado TRIGO REPRESAS, también será procedente la indemnización aun en ausencia del daño actual, en razón de su desaparición sobreviniente por otras circunstancias ajenas, a el o los bienes dañados, si permanece o se mantiene respecto del pasado un ataque cierto, no reparado, a los derechos e intereses del demandante; pues entonces en ese momento pretérito ya quedó fijado y definitivamente incorporado a su patrimonio el derecho al resarcimiento, el que seguirá subsistiendo, por tanto, hasta su efectivo pago por el obligado³⁸.

2. POSIBILIDAD DE IMPUTAR JURÍDICAMENTE LOS DAÑOS A ÓRGANOS QUE INTEGREN LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El autor material del hecho dañoso debe estar integrado a la estructura de la Administración, bien sea –como dice GONZÁLEZ PÉREZ– en su condición de autoridad, empleado en régimen administrativo o laboral, contrato o que realice una gestión *de facto*³⁹.

La regla indicada requiere algunas precisiones más, las cuales seguidamente efectuaremos en forma separada según el autor causante del perjuicio.

³⁶ Conf. Fallos: 307:1515; 311:233 y 744; 312:2266; 317:318, entre otros.

³⁷ Félix TRIGO REPRESAS, «Subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial», publicado en la obra colectiva *Temas de responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1981, pp. 31 y ss.

³⁸ TRIGO REPRESAS, *ob.antes cit.*, p. 54; conf. COMPANUCCI DE CASO, *ob. cit.*, pp. 150-151.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 279.

a) *Daños provocados por agentes estatales*

Si el obrar lesivo proviene de una persona física determinada que se desempeña como un servidor público, para imputar la responsabilidad al Estado es preciso demostrar que aquél ha obrado en el ejercicio de las funciones propias del ente público en el cual presta servicios, y que ha actuado dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones⁴⁰. Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración⁴¹.

Consecuentemente, no serán imputables a la Administración los perjuicios resultantes de las faltas personales de los empleados o funcionarios públicos. Frente a una falta personal responderá en forma exclusiva y directa frente al damnificado el empleado o funcionario público (art. 1109 del Cód. Civil)⁴².

b) *Daños derivados de los contratistas y concesionarios*

Por no estar insertados en los cuadros de la Administración, no puede atribuirse responsabilidad al Estado por los daños derivados de sus contratistas⁴³. De ahí que, por regla, no puede comprometer la responsabilidad de la Administración la actividad dañosa de los concesionarios de servicios y de obras públicas⁴⁴.

En principio, por los perjuicios que deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario. Ello es así porque el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado, sino una persona jurídica distinta que actúa *per se*, a su cuenta y a riesgo, tal como lo disponen la generalidad de los marcos regulato-

⁴⁰ Conf. Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. I, cap. XII, pp. 4-7, y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2.^a ed., Madrid, 1998, t. I, p. 357.

⁴¹ Renato ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 3.^a ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 90; conf. GORDILLO y SANTAMARÍA PASTOR, *ob. y ob. antes cit.*

⁴² CASSAGNE, *ob. cit.*, t. I, pp. 311-312.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, t. II, p. 388.

⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 280; conf. CASSAGNE, *ob. cit.*, t. I, p. 562; Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2.^a ed. act. y ampl., Bs. As., 2003, p. 374; Alejandro PÉREZ HUALDE, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Depalma, Bs. As., 1997, pp. 55 y ss.; Ismael FARRANDO, «La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios», publicado en la obra colectiva *Servicios públicos*, Dike, Mendoza, 2001, pp. 180 y ss.

rios. El resarcimiento de los perjuicios está comprendido en el riesgo propio de la concesión. Por lo demás, la privatización de los servicios públicos implica no sólo el traslado de la gestión de la actividad, sino también la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación⁴⁵. Como se ha expresado, la idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general⁴⁶.

De ahí que deviene razonable concluir que la traslación de prestaciones a los concesionarios mediante la técnica concesional ha importado, tal como lo determinan la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos, que sean éstos quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones que antes correspondía al Estado sufragar⁴⁷.

En nada altera lo expuesto el hecho de que la Administración sea la titular del servicio concedido (*publicatio*) y delegue parcialmente el ejercicio de funciones en el concesionario, pues ello no basta para imputar al Estado las consecuencias que deriven de la actuación de aquél⁴⁸.

c) *Daños producidos por profesionales que ejercitan funciones públicas*

Tampoco son imputables a la Administración los daños producidos por los profesionales libres o privados que ejercitan una función de naturaleza pública, como es el caso de los escribanos⁴⁹.

⁴⁵ Pablo E. PERRINO, «La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados», en obra colectiva *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, pp. 163-166.

⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, pp. 132-133.

⁴⁷ Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 6.^a ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2003, t. II, cap. XX, pp. 8 y ss.

⁴⁸ Conf. Tomás HUTCHINSON, «Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito», *Revista de Derecho de Daños*, Accidentes de tránsito-III, pp. 319-320, y Carlos M. GRECCO, «Responsabilidad del estado por actividad de concesionarios y licenciarios», en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 308. Como señala Santiago MUÑOZ MACHADO: «Ni la titularidad del servicio, ni el hecho de que el concesionario pueda ejercer algunas funciones públicas por delegación de la Administración, permiten convertir toda la actividad del concesionario en actividad delegada, ni transformar al concesionario en un órgano de la Administración» (*La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, p. 131). En contra: Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, n.º 44-45, pp. 215-250, y en nuestro país: César CHÁVEZ, «Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos», RAP, n.º 224, pp. 5 y ss., en especial p. 17.

⁴⁹ Ver Pablo E. PERRINO, *La responsabilidad disciplinaria de los escribanos*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 88, nota 149.

En el ya citado caso «Vadell», la Corte Nacional rechazó la pretensión de la actora de responsabilizar a la Provincia de Buenos Aires por los daños ocasionados por el irregular ejercicio de la actividad profesional de un notario, al considerar que éste no expresa la voluntad estatal, la cual únicamente es exteriorizada por medio de sus órganos.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El tercer requisito que debe verificarse para que exista el deber de reparar concierne al vínculo causal que debe mediar entre el daño y la conducta estatal por acción u omisión⁵⁰.

Conviene recordar que el nexo causal no sólo sirve para determinar la autoría material del daño, sino también la extensión del resarcimiento, esto es, cuáles son las consecuencias que deben ser indemnizadas⁵¹.

Determinar cuándo un comportamiento es causa de un determinado resultado dañoso no es tarea fácil. Nuestro ordenamiento jurídico civil, aplicable análogamente al ámbito de la responsabilidad estatal⁵², siguiendo las aguas de la antigua legislación prusiana, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada, cuyo primer expositor fue VON KRIES a fines del siglo pasado⁵³. Según esta teoría, para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir *per se* el daño. De tal modo, es preciso distinguir entre causa y condición. Es causa adecuada aquella condi-

⁵⁰ La jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación sigue un criterio marcadamente restrictivo para valorar la configuración del nexo causal en pleitos en los que se demanda al Estado por omisión en el ejercicio de sus funciones de vigilancia. Así ha ocurrido, entre otros, respecto de reclamos por daños ocasionados por accidentes en rutas con motivo del ingreso de animales, los causados en el marco de espectáculos deportivos y los derivados de la ingesta de alimentos en mal estado (Fallos: 315:1480, 1902 y 2330; 316:2136, entre otros).

⁵¹ Sintéticamente, el régimen de extensión del resarcimiento previsto en el Código Civil argentino es el siguiente: las consecuencias inmediatas siempre son indemnizables (art. 903 del CC). A su vez, en materia extracontractual, las consecuencias mediatas son indemnizables cuando fueren previsibles o el autor las hubiere efectivamente previsto (art. 904 del CC). Por su parte, las consecuencias causales no son resarcibles, salvo que el autor las tuviere en mira al cometer el hecho ilícito (art. 905 del CC). Por último, las consecuencias remotas nunca se indemnizan (art. 906 del CC).

⁵² CASSAGNE, «Las grandes líneas de la evolución...», cit., p. 1232; Fallos: 308:2095 y 315:2319, disidencia de los Dres. Barra y Fayt.

⁵³ Isidoro H. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1984, pp. 30 y ss.

ción que normalmente resulta idónea para producir el resultado. En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado.

No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, además de la actividad o inactividad de la Administración, por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales casos, la Administración responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, debe exonerársela de toda responsabilidad en la hipótesis en que la concate-nación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados.

Por lo demás, conforme lo han resuelto en forma reiterada nuestros tribunales, la relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada⁵⁴.

d) *Existencia de un factor de atribución*

Por factor de atribución se entiende el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado⁵⁵. Mediante esta figura se explica la razón por la cual un determinado sujeto deberá soportar los efectos del daño producido. Vale decir, responde al interrogante acerca del porqué debe un agente reparar este daño. La respuesta a este interrogante puede ser de índole subjetiva (por su obrar culposo) o de carácter objetiva (vgr., por ser el dueño o guardián de una cosa riesgosa, etc.)⁵⁶.

En Argentina, los dos factores de atribución más importantes y de carácter genérico que dan lugar al deber de reparar estatal por sus comportamientos ilícitos sometidos al Derecho Público son: 1) la falta de servicio, y 2) el riesgo creado. A ellos hay que agregar otros establecidos por el legislador para supuestos específicamente delineados y que se

⁵⁴ Fallos: 312:1382; Cont. Adm. Fed., Sala II, causa «Transportes Río de La Plata S.A. c/Secretaría de Hacienda y otro», sent. del 1/6/2000, LL, t. 2000-D, p. 534, con nota de Alberto B. BIANCHI, «La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores».

⁵⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, *ob. cit.*, p. 193, y Rubén H. COMPANUCCI DE CASO, «Fundamentos de la responsabilidad Civil: culpa y riesgo», en la obra colectiva *Derecho de Daños*, La Rocca, Bs. As., 1989, p. 57.

⁵⁶ Antiguamente, cuando el escenario de la responsabilidad estaba dominado por la idea de culpa como único fundamento del deber de reparar, no se hablaba de factores de atribución, sino de «imputabilidad». Más recientemente, debido a la aparición de los criterios de imputación de carácter objetivo, se ha modificado la denominación de «imputabilidad» por la de «factores de atribución», en tanto ésta engloba, además de los subjetivos (como la culpa), a los objetivos (como el riesgo creado, la garantía, etc.).

sustentan en razones de diversa índole (vgr., tutela del crédito⁵⁷, seguridad social⁵⁸, equidad⁵⁹, garantía⁶⁰, enriquecimiento sin causa, etc.).

1. LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO

El factor de atribución más relevante es la falta de servicio, la cual se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública. Éste se puede producir tanto por actos de alcance individual o general, como por operaciones materiales de los agentes estatales, y, según lo ha resuelto la Corte Nacional en el ya citado caso «Vadell»⁶¹, se sustenta en el art. 1112 del Código Civil⁶².

⁵⁷ En virtud de lo dispuesto en el derogado art. 56 de la Ley 21526, de entidades financieras, y con la finalidad de evitar las bruscas alteraciones que en la composición de la base monetaria y de los recursos financieros pudieran provocar los retiros masivos de dinero en caso de crisis de la entidad financiera, durante mucho tiempo el Banco Central de la República Argentina actuaba como garante de los depósitos bancarios. De acuerdo a lo establecido en la norma citada, en caso de liquidación por quiebra de la entidad receptora del depósito, la entidad rectora del sistema financiero estaba obligada a reintegrarle al depositante el monto de la inversión efectuada.

⁵⁸ Tal como acontece con las disposiciones de las leyes de las fuerzas armadas y de seguridad –Ley 19101, modificada por la Ley 22511, Orgánica de las Fuerzas Armadas (arts. 76-78); Ley 19349, modificada por Ley 22534, Gendarmería Nacional (arts. 96 y 97); Ley 12992, modificada por la Ley 23028, régimen de retiros y pensiones del personal de la Prefectura Naval Argentina (art. 11); Ley 16973, que reconoce un subsidio extraordinario de carácter indemnizatorio para los parientes de miembros de la Policía Federal fallecidos en cumplimiento del deber–, que establecen un sistema especial de reparación a las víctimas o sus deudos por los daños producidos en el desempeño de sus funciones. Según lo ha sostenido la Corte Nacional a partir del precedente registrado en Fallos: 184:373, las normas indicadas establecen un régimen de responsabilidad regido exclusivamente por el Derecho Público, razón por la cual, como lo ha establecido posteriormente el mismo tribunal (Fallos: 318:1959), sólo ante la existencia de lagunas normativas puede acudirse a las soluciones del Derecho Privado mediante el recurso de la analogía (ver Javier H. LÓPEZ CALDERÓN, «Responsabilidad del Estado por infortunios en el ámbito militar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *Rev. de Der. Adm.*, n.º 36-38, pp. 411 y ss.).

⁵⁹ Razones de equidad fueron alegadas, primero en el Decreto de necesidad y urgencia 70/91 y después por la Ley 24043, para reconocer una indemnización a aquellas personas privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto en el último período de ruptura del orden constitucional.

⁶⁰ En más de una ocasión, el Poder Ejecutivo Nacional, con motivo de medidas de cese general de actividades (paros) dispuestas por diversas entidades sindicales, dispuso que el Estado Nacional garantizaba y se hacía responsable de la seguridad de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga, subterráneos y de superficie, y automotor de carga y pasajeros de jurisdicción nacional en todo el territorio del país, y que se hacía cargo de las indemnizaciones que correspondieren por los daños a las personas y a los bienes que fueran consecuencia directa de la prestación del servicio durante el cese de actividades, pero sólo cuando no estuvieren cubiertos por los seguros obligatorios que deben contratar los transportistas (vgr., Decretos 448/2000, 844/2000 y 1097/2000).

⁶¹ Fallos: 306:2030 y en ED, t. 114, pp. 215 y ss., con nota de Juan Carlos CASSAGNE, «La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte».

⁶² Es justo señalar que la fundamentación de la responsabilidad directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en el ejercicio de la función pública en el art. 1112 del Có-

Cabe destacar que, no obstante su ubicación en el Código Civil, la norma referida constituye una disposición de Derecho Público, en tanto prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública⁶³.

La responsabilidad por falta de servicio abarca no sólo los supuestos de daños producidos por la actividad de la Administración, sino también los causados por su inactividad u omisión⁶⁴. La clave para de-

digo Civil había sido expuesta con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Nacional *in re* «Vadell» por Juan Francisco LINARES, en un trabajo publicado en la revista *La Ley* titulado «En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público» (LL, t. 153, p. 601), publicado en el año 1974, y por Juan Carlos CASSAGNE, en dos trabajos publicados en la revista *El Derecho* titulados «En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado» (ED, t. 99, p. 987) y «La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo» (ED, t. 100, p. 986), publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y, con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra *Derecho Administrativo* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 298-299). A juicio de estos autores, y contrariamente a la opinión tradicional de la doctrina (Henocho AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, t. II, p. 68; Enrique DÍAZ DE GUIJARRO, «Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones entre sí de los funcionarios públicos», JA, t. 61, p. 531; Jorge J. LLAMBIÁS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, t. IV-B, pp. 113 y ss., y *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449; BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. III, p. 271; Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, 4.ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, t. II, pp. 486 y ss.; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, dirigido por Augusto C. Belluscio, coordinado por Eduardo A. Zannoni, comentario al art. 1112, Astrea, Bs. As., 1884, t. 5, pp. 403-421; Elías P. GUASTAVINO, «Responsabilidad del funcionario y de la Administración», ED, t. 116, p. 398; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.ª ed ampl. y act., Astrea, Bs. As., 1993, pp. 472 y ss.; Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3.ª ed. aument. y actual., Platense, La Plata, 1996, t. V, pp. 736 y ss.; Rubén H. COMPANUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Astrea, 1997, p. 652; y entre los administrativistas cabe citar a: BIELSA, *ob. cit.*, t. III, pp. 274 y ss.; Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, TEA, Bs. As., 1951, t. III, pp. 543 y ss.; Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, t. III-B, pp. 381 y ss.; Manuel M. DíEZ, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1971, t. V, pp. 122 y ss.; Bartolomé A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2.ª ed., Bs. As., 1976, t. I, pp. 872 y ss.; GORDILLO, *ob. cit.* t. II, cap. XIX, pp. 3 y ss., y Adolfo R. VÁZQUEZ, *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Abaco, Bs. As., 1990, pp. 324 y ss.), Vélez Sarfield, autor del proyecto de Código Civil, en el art. 1112 no reguló la responsabilidad del funcionario, sino la del Estado. Prueba de ello —afirmar— es que en la fuente de este precepto, que es el comentario de AUBRY y RAU al art. 1384 del Código Civil francés, no existe una sola palabra sobre la responsabilidad del agente, sino exclusivamente a la del Estado. Según LINARES y CASSAGNE, el codificador utilizó como fuente de la mencionada disposición la 4.ª edición del *Cours de Droit Civil Français* de AUBRY y RAU, editado en París en 1871, en el cual en el tomo y IV, párr. 447, p. 758, se expresa: «El Estado representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio». Respecto de la fuente doctrinaria del art. 1112 utilizada por Vélez Sarfield, ver Viviana M. BONPLAND, «Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)», LL, 1987-A, pp. 779 y ss., y GUASTAVINO, *ob. cit.*, pp. 399-401.

⁶³ CASSAGNE, *ob. cit.*, t. I, p. 285.

⁶⁴ Conf. Beltrán GAMBIER, «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia», LL, 1990-E, pp. 617 y ss., en especial p. 626;

terminar la existencia de una falta de servicio por inacción⁶⁵ se encuentra en la configuración de una omisión antijurídica, la cual se genera cuando, impuesto un comportamiento determinado por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc., incluso los principios generales del Derecho), la Administración se abstiene de actuar pese a que existía su deber de hacerlo.

De modo tal que para que medie inactividad administrativa deben reunirse las siguientes tres condiciones⁶⁶:

a) *La existencia de una obligación de obrar normativamente impuesta*

Es preciso que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en forma genérica o difusa⁶⁷.

Si bien corresponde al legislador y a la propia Administración dictar las normas que fijen las pautas o criterios a los que ella debe someterse y cuyo quebrantamiento generará su deber de responder, ello no siempre es así.

La ausencia de regulaciones específicas y concretas que fijen la forma en que la Administración deberá llevar a cabo su quehacer, como también los niveles mínimos del servicio, ocasiona un delicado problema para los jueces al momento de evaluar si el comportamiento administrativo fue regular o irregular y, por ende, configuró una falta de servicio.

ver Julio R. COMADIRA y Fabián CANDA, «Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)», nota al fallo de la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa «Wellcome Argentina Limited», LL, 1996-A, p. 600. Una opinión contraria ha sostenido Miguel S. MARIENHOFF, para quien «la falta de servicio carece de trascendencia teórica como fundamento de la responsabilidad por las consecuencias de actos o hechos omisivos», en tanto el deber de reparar estatal en tales casos se sustenta en lo dispuesto en el art. 1074 del Código Civil aplicable por vía de la analogía (*Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, p. 78).

⁶⁵ Conf. GAMBIER, *ob cit.*, pp. 617 y ss., en especial p. 626; ver Julio R. COMADIRA y Fabián CANDA, «Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)», nota al fallo de la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa «Wellcome Argentina Limited», LL, 1996-A, p. 600. Una opinión contraria ha sostenido MIGUEL S. MARIENHOFF, para quien «la falta de servicio carece de trascendencia teórica como fundamento de la responsabilidad por las consecuencias de actos o hechos omisivos», en tanto el deber de reparar estatal en tales casos se sustenta en lo dispuesto en el art. 1074 del Código Civil aplicable por vía de la analogía (*Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, p. 78).

⁶⁶ Marcos GÓMEZ, PUENTE, *La inactividad de la Administración Aranzadi*, Pamplona, 1997, pp. 58 y ss.

⁶⁷ CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 301.

En tales casos, la Administración responderá cuando transgreda o no alcance los estándares medios y comparativos de actuación, que deberán ser fijados por los tribunales⁶⁸, lo cual trae aparejado un serio riesgo, pues si se fijan ficticiamente los niveles de normalidad de los servicios por encima de lo que acontece en la realidad se producirá la admisión generalizada de la responsabilidad estatal, y si, por el contrario, el parámetro se determina muy por debajo del rendimiento real, la responsabilidad pasará a ser algo excepcional⁶⁹.

Por tal motivo, para la determinación de estos estándares de rendimiento medio del servicio deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos⁷⁰.

Es evidente, entonces, que no existe una pauta fija y única aplicable en todos los tiempos y lugares.

b) *El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa*

Lo cual puede deberse a la total pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo (omisión relativa)⁷¹.

c) *Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible*

Pues, como dice NIETO: «*el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible*»⁷². Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño mediante el ejercicio de sus funciones de policía. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa⁷³.

⁶⁸ Luis Martín REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», DA, n.º 237-238, p. 55.

⁶⁹ Ver Alejandro NIETO, prólogo al libro de A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981, p. 18.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, t. II, p. 394.

⁷¹ Francisco Javier DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 247.

⁷² *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121.

⁷³ Manuel REBOLLO PUIG, «Servicios Concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho del otro», *Poder Judicial*, n.º 20, p. 50.

2. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

El segundo factor de atribución genéricamente invocado para sustentar el deber de reparar estatal es el riesgo creado, introducido en el art. 1113, 2.^a parte, del Código Civil a partir de la reforma de la Ley 17711, del año 1968.

La prime cuestión a señalar se vincula con la generosa aplicación de este factor de carácter objetivo a todo tipo de pleitos, o sea, no sólo en los que es parte demandada el Estado. Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia comparten una conceptualización muy amplia de lo que se debe entender por «riesgo de la cosa»⁷⁴, apoyada a veces en la teoría del riesgo provecho, otras en la del riesgo creado y también en la tesis del acto anormal, que supera de la letra del art. 1113, 2.^a parte, del ordenamiento civil, como ocurre, por ejemplo, con las denominadas actividades peligrosas o riesgosas⁷⁵.

Por otro lado, se entiende casi sin vacilaciones que la cosa productora de riesgo, en los términos del citado precepto de la legislación civil, es aquella que, en función de su naturaleza o según su modo de utilización, genera riesgos a terceros⁷⁶, por lo que aun una cosa inerte —la que considerada en sí misma puede no ser peligrosa—, en ocasiones, en función de las circunstancias del caso, puede alcanzar ese carácter⁷⁷.

En lo que concierne estrictamente a la temática que nos ocupa, el examen de la jurisprudencia permite advertir aplicaciones inadecuadas de la teoría del riesgo, ya sea porque con ella se aprehenden supuestos que en verdad caen en el ámbito del factor falta de servicio⁷⁸, o porque

⁷⁴ Ver: Jorge Mario GALDÓS, *¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarfield?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, pp. 428 y ss.

⁷⁵ Ver Ricardo Luis LORENZETTI, «Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino», publicado en la obra colectiva *Derecho de Daños*, dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y coordinada por Carlos A. Parellada, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1993, t. I, pp. 347 y ss. En el despacho mayoritario elaborado en las Jornadas Bonaerenses, llevadas a cabo entre el 27 al 29 de octubre de 1994 en la ciudad de Junín, se concluyó que «el art. 1113 del código civil comprende las actividades riesgosas aunque no hayan sido utilizadas cosas en la causación del perjuicio». En cambio, en el despacho de la minoría se expresó que dicho precepto «sólo se refiere al riesgo creado proveniente de una cosa, y no comprende por extensión al que resulta de la actividad riesgosa realizada sin intervención de cosas» (JA, 1995-II, p. 995). La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas fue expresamente reglada en el proyecto de Código Civil de 1998 en los arts. 1661 y 1665.

⁷⁶ SCBA, L.44069, «Conti, Óscar v. Arias, Francisco s/indemnización por daños y perjuicios», sent. del 17/12/91, base de datos JUBA, sum. B.41.781.

⁷⁷ LORENZETTI, *ob. cit.*, pp. 346-347, y GALDÓS, *ob. cit.*, p. 448.

⁷⁸ En este sentido, ver la nota crítica que efectúa Armando N. CANOSA al fallo de la Corte Nacional «Pose» («Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado», ED, 157, p. 84).

al otorgársele al art. 1113, 2.^a parte, del Código Civil un alcance desmedido se provoca la expansión excesiva del deber de reparar estatal. Así, en numerosas ocasiones se ha condenado al Estado en casos en los que, además de no obtener ningún provecho o beneficio de la cosa productora del perjuicio, ni haber generado la situación de daño, tampoco tenía ningún tipo de control o dominio sobre aquéllas, ni medios para evitar la producción del perjuicio.

La aplicación laxa del art. 1113, 2.^a parte, del Código Civil a la responsabilidad pública estatal termina muchas veces por convertir al Estado en una especie de asegurador universal de todos los riesgos que depara la vida en sociedad⁷⁹.

El problema señalado surge, en gran medida, al utilizar indiscriminadamente el art. 1113⁸⁰, establecido para regular un supuesto específico de responsabilidad civil entre sujetos privados, en un ámbito sensiblemente diferente como es el de la responsabilidad de Derecho Público del Estado, en el cual su aplicación sólo puede efectuarse mediante la técnica de la analogía⁸¹ y no en forma directa, sin cortapisa alguna. Ello es así porque las reglas del régimen de la responsabilidad civil —que han sido diseñadas para aplicarse a las relaciones entre privados—, además de diferir en sus fines⁸² y fundamentos⁸³, no contemplan la singular posición de la Administración en cuanto titular de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, ni la complejidad del obrar estatal y sus consecuencias.

⁷⁹ Esta opinión también ha sido sostenida sólidamente desde el Derecho Privado, aunque solitariamente, por Marcelo LÓPEZ MESA, quien ha escrito: «la aplicación desmesurada del art. 1113 del Código Civil a supuestos que ontológicamente le son ajenos ha extendido ad infinitum el ámbito de la obligación del Estado de reparar daños sufridos por los particulares» —«La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (Análisis de la jurisprudencia francesa, española y argentina actual)», *REDA* n.º 27-29, p. 435—.

⁸⁰ Obsérvese que al aplicar de manera directa la disposición de cita en el supuesto que se ocasione un daño con un bien afectado a la prestación de un servicio público privatizado o para la explotación de una concesión de obra respecto del cual el Estado mantenga la propiedad (vgr., accidente en un corredor vial concesionado por la existencia de un bache en el asfalto), la condena indemnizatoria recaerá no sólo en la empresa prestadora del servicio (tenedora del bien), sino también en la autoridad estatal, ya que con arreglo a lo establecido en la 2.^a parte del art. 1113 responde de manera concurrente el dueño y el guardián de la cosa dañosa, sin que sea posible que el titular se exime de responsabilidad por haberse desprendido de la guarda.

⁸¹ Ver ALESSI, *ob. cit.*, t. I, p. 15.

⁸² La responsabilidad estatal tiene múltiples finalidades pues, además de operar como instrumento de garantía patrimonial, también cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (conf. Luis Martín REBOLLO, «Los fundamentos de la responsabilidad del Estado», en obra colectiva citada *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 21; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 566).

⁸³ Juan C. CASSAGNE, «Las grandes líneas de la evolución...», *antes cit.*

