

**COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
COMPARADO**

**LIBARDO
RODRÍGUEZ R.
(Director)**

Volumen IV

**LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO**

**JUAN CARLOS CASSAGNE
(Coordinador)**

**Volumen en homenaje
al profesor Jesús González Pérez**



LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

**INSTITUTO INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO -IIDA**

**COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO COMPARADO**

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
(Director)

CONSEJO ACADÉMICO:

Christian PIELOW - Alemania
Juan Carlos CASSAGNE - Argentina
Ernesto JINESTA LOBO - Costa Rica
Luciano PAREJO ALFONSO - España
Jacqueline MORAND-DEVILLER - Francia
Luciano VANDELLI[†] - Italia
Olivo RODRÍGUEZ H. - República Dominicana
Carlos DELPIAZZO - Uruguay
Allan Randolph BREWER-CARÍAS - Venezuela

**INSTITUTO INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO -IIDA**

**COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO COMPARADO**

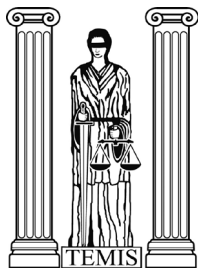
LIBARDO RODRÍGUEZ R.
(Director)

VOLUMEN IV

**LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO**

JUAN CARLOS CASSAGNE
(Coordinador)

Volumen en homenaje a
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2022



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia. Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Carmen Chinchilla Marín, Augusto Durán Martínez, Marco Aurelio González Maldonado, Víctor Rafael Hernández-Mendible, Ernesto Jinesta L., Jacqueline Morand-Deviller, Efraín Pérez, Pablo Esteban Perrino, Danilo Rojas Betancourth, Aldo Travi, Luciano Vandelli, 2022.
- © Editorial Temis S. A., 2022.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1878-2

3125 2021020250

ISBN e-book 978-958-35-1920-8

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN

El Instituto Internacional de Derecho Administrativo -IIDA (www.iida-deradm.com) es una institución sin ánimo de lucro, de carácter académico y científico, que tiene como objeto el fomento y la promoción de la ciencia del derecho administrativo en los diferentes países y en el marco de la comunidad internacional, para lo cual desarrolla actividades tendientes al cumplimiento de los siguientes objetivos específicos:

a) Promover el estudio, la investigación, la profundización y el conocimiento de las diversas expresiones del derecho administrativo en los diferentes países y desde la perspectiva del derecho comparado.

b) Propiciar la reflexión, el debate, el diálogo y el intercambio de ideas y experiencias entre sus miembros y entre ellos y otras personas u organizaciones interesadas en los temas propios del derecho administrativo.

c) Fomentar y fortalecer la docencia, la investigación, la divulgación y el desarrollo del derecho administrativo en los diferentes países.

d) Las demás que sean conducentes para el logro del objetivo general.

En cumplimiento de esos objetivos, el Instituto tiene la satisfacción de entregar a la comunidad jurídica la *Colección de Derecho Administrativo Comparado*, cuyo propósito es publicar obras colectivas sobre temas básicos y actuales del derecho administrativo, que permitan, con fundamento en trabajos nacionales que desarrollen el respectivo tema desde la perspectiva de cada país, acometer un análisis de derecho comparado que contribuya al mejor conocimiento y comprensión de esos temas.

Para lograr ese cometido comparatista, el contenido de cada uno de los trabajos, en general, se circunscribe a los elementos conceptuales, doctrinales, normativos y jurisprudenciales vigentes en el respectivo país, sin perjuicio de las referencias necesarias a la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales que sean indispensables para la comprensión del propio ordenamiento nacional. Sobre esa base, el Coordinador del Volumen respectivo diseña algunas pautas que permitan responder los interrogantes básicos que plantea el tema analizado y que faciliten el análisis comparativo, los cuales deben ser respondidos por los autores, sin perjuicio de los demás análisis que ellos quieran incluir en el desarrollo del trabajo.

A su vez, con fundamento en los trabajos de los diferentes países, el Coordinador de cada volumen tiene a su cargo la elaboración de un documento de análisis comparativo del tema al cual está dedicado el volumen respectivo.

En ese orden de ideas, el volumen IV de la Colección, que hoy publicamos, está consagrado al estudio de *La responsabilidad del Estado*, con el objetivo de que los especialistas y lectores puedan tener una visión global y comparada de esta materia.

En este volumen han participado académicos de diez países, miembros del Instituto, cuyas ponencias se publican en orden alfabético de los países, junto con las traduc-

ciones al español de las ponencias correspondientes a Francia e Italia, cuyas versiones originales fueron redactadas en la lengua materna de sus autores. Las traducciones han sido realizadas por otros administrativistas miembros del Instituto. La coordinación del volumen y el trabajo final de derecho comparado entre las diez ponencias ha estado a cargo del profesor argentino JUAN CARLOS CASSAGNE, miembro del Consejo Directivo del Instituto y del Consejo Académico de la Colección de Derecho Administrativo Comparado.

De otra parte, este volumen está dedicado a la memoria del administrativista español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por lo cual a continuación de esta presentación se incluye una semblanza del ilustre jurista, redactada por el profesor JUAN CARLOS CASSAGNE, coordinador del volumen.

Finalmente, la dirección de la Colección agradece a los autores, a los traductores y al coordinador el aporte realizado, que contribuye, sin duda, al cumplimiento de los objetivos del Instituto. De igual manera, agradece a la Editorial Temis por hacer posible la publicación de estos trabajos académicos.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente del IIDA y Director de la Colección

A JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Este volumen de la Colección del IIDA está dedicado a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ como un homenaje que todos los administrativistas deseamos hacer a su memoria, particularmente los juristas hispanoamericanos hacia quien fuera el principal impulsor de las relaciones académicas y doctrinarias entre España y Latinoamérica.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ fallecido en Madrid el 27 de enero de 2019, fue uno de los más grandes juristas del mundo occidental, que dedicó la mayor parte de su vida al estudio y enseñanza del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo.

Una existencia modélica, jalonada por el éxito académico y profesional, reconocido en forma unánime por la comunidad jurídica española e iberoamericana. Un ser humano excepcional que derramaba afectos y amistades con una generosidad sin par y una simpatía poco común. Su presencia en cualquier reunión, congreso o jornada generaba siempre un clima de sana alegría, sin afectación, que lograba elevar el espíritu de quienes lo rodeaban.

Nacido en Peñaranda de Bracamonte (Salamanca), realizó sus estudios en la Universidad Complutense, donde se doctoró en Derecho y Ciencias Políticas, obteniendo, por sus respectivas tesis doctorales, los premios *Gascón y Marín* y *Extraordinario*.

En 1957 obtuvo, por oposición, la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna. Desde 1951 hasta 1976 fue Miembro del Instituto de Estudios Políticos, ocupando el cargo de Secretario de la Sección de Administración Pública desde 1951 hasta 1958. Fue profesor Honorario de las Universidades de Santo Tomás de Aquino de Tucumán (Argentina), de Nuestra Señora del Rosario, de Bogotá (Colombia), y de la Universidad de Paraná (Brasil). Dictó conferencias en diferentes Universidades, Colegios de Abogados y otras instituciones hispanoamericanas. Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y de la de Jurisprudencia y Legislación, en 1991, fue elegido Académico Correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina).

En el campo doctrinario, GONZÁLEZ PÉREZ escribió infinidad de artículos y comentarios de leyes, así como una serie importante de obras monumentales y de libros monográficos de extraordinaria valía intelectual. Prácticamente, ninguno de los grandes temas del derecho escapó a su abordaje. Todos sus trabajos doctrinarios exhiben un lenguaje claro, sencillo y lógico que no le impedía desarrollar su adhesión filosófica a un iusnaturalismo actualizado, con fundamento en la supremacía de los principios generales del derecho sobre las normas positivas.

Entre sus obras magistrales destacan los libros dedicados al Derecho Procesal Administrativo y al Procedimiento Administrativo que sirvieron de base para los comentarios que más tarde publicó sobre las leyes de la jurisdicción administrativa y del procedimiento administrativo común para las Administraciones Públicas.

Completan ese cuadro, particularmente útil para quienes deseen abreviar en los fundamentos del derecho público, las obras monográficas sobre la *Responsabilidad del Estado*, el *Principio general de buena fe*, la *Dignidad de la persona* y los *Derechos reales administrativos*.

Los juristas ejemplares, nunca se olvidan. GONZÁLEZ PÉREZ perteneció a la raza de los luchadores por el derecho. Sin embargo, nunca quiso asumir el rol de líder y no le gustaba ejercer algún tipo de poder sobre las personas. Es casi una paradoja, pues, como decía CHESTERTON con respecto al cristianismo, en esa aparente debilidad radicaba su mayor fortaleza.

Su misión lo llevó a concentrar su actividad en la elaboración de trabajos jurídicos y comentarios legislativos tendientes siempre a lograr la mejora de la justicia y del ordenamiento para proteger, sobre todo, las libertades del hombre. En ese campo, su acción fue titánica, llegándose a convertir en una figura patriarcal de toda la doctrina del derecho público comparado.

Como lo señaló TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en una nota necrológica publicada en la RAP, el aporte de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ a la construcción del moderno derecho administrativo español e iberoamericano ha sido realmente notable, proyectándose en el sistema de las fuentes de producción del derecho de los respectivos países iberoamericanos, un continente por el que profesó el mismo amor que abrigaba por su querida España.

JUAN CARLOS CASSAGNE

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII
A Jesús González Pérez	IX

ARGENTINA

BASES Y LINEAMIENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

PABLO ESTEBAN PERRINO

1. Desarrollo y fundamentos de la responsabilidad del Estado en la Argentina	3
2. El dictado de la Ley de Responsabilidad del Estado	5
3. Ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad del Estado	8
4. Lineamientos generales de la Ley de Responsabilidad del Estado	9
A) Carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal. La inaplicación del Código Civil	9
B) La responsabilidad estatal es objetiva y directa	11
C) Clases de responsabilidad estatal reguladas en la Ley de Responsabilidad del Estado	12
D) Responsabilidad por actuación estatal ilegítima	14
E) Responsabilidad por actuación estatal legítima	19
F) Prescripción	23
G) Responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos	24
H) Prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas	26

COLOMBIA

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

DANILO ROJAS BETANCOURTH

1. Introducción	29
2. Aspectos históricos	31
3. Responsabilidad extracontractual sustentada en el concepto de daño antijurídico	34

4. Implicaciones del concepto de daño antijurídico en la responsabilidad de los agentes estatales.....	38
5. Implicaciones del concepto de daño antijurídico en la responsabilidad contractual del Estado	39
6. La reparación del daño antijurídico	42
7. El control efectivo de la actividad estatal en sus distintos frentes: judicial, legislativo y administrativo (ejecutivo)	50
8. A modo de conclusión	58

COSTA RICA

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

ERNESTO JINESTA LOBO

1. Evolución histórica	63
2. Fundamento constitucional.....	67
3. Elementos de la relación de la responsabilidad administrativa	74
A) Sujeto activo	74
B) Sujeto pasivo	76
C) Elementos objetivos	77
4. Sistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio especial	78
A) General	78
B) Caracteres	78
5. Sistema de responsabilidad por falta de servicio.....	79
6. Responsabilidad del funcionario público por falta personal	80

ECUADOR

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ECUADOR

EFRAÍN PÉREZ

1. Aspectos históricos de la responsabilidad del Estado en el Ecuador	85
2. Principios que fundamentan la responsabilidad del Estado	87
3. Responsabilidad del Estado por la actividad administrativa	88
4. Clases de responsabilidad: extracontractual y contractual	89
5. Responsabilidad extracontractual	89
A) Factores de atribución de la responsabilidad: culpa, falta o falla de servicio y lesión antijurídica	91
B) Requisitos que deben concurrir, daño y nexo causal.....	92

	PÁG.
6. Factores especiales de atribución en la responsabilidad extracontractual.....	92
A) Riesgo.....	92
B) Daño o sacrificio especial.....	92
7. Responsabilidad contractual: factores de atribución y requisitos.....	93
8. Responsabilidad del Estado por la actividad judicial.....	94
9. Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa.....	95
10. Responsabilidad del Estado por la violación de tratados internacionales.....	95
11. Responsabilidad de los agentes o funcionarios públicos.....	96
12. Alcance de la indemnización: daño emergente, lucro cesante y reparación integral.....	97
13. Daños y perjuicios por contravención de tratados internacionales.....	97
14. Acciones y recursos para solicitar la responsabilidad del Estado.....	98
15. Procedimiento en sede administrativa.....	98
16. El proceso judicial.....	99
A) Responsabilidad contractual administrativa.....	100
B) Prescripción.....	100

ESPAÑA

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

1. Orígenes de la regulación de la responsabilidad de las administraciones públicas y regulación actual.....	105
2. Los principios que fundamentan la responsabilidad de las administraciones públicas.....	107
3. Clases de responsabilidad: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (por la actuación administrativa, en general, y por los actos administrativos, en particular).....	109
4. Los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.....	111
A) Los sujetos.....	111
B) La lesión resarcible.....	112
C) El nexo causal: criterios de imputación y causas de exclusión.....	115
5. La responsabilidad contractual de las administraciones públicas.....	116
6. Responsabilidad del Estado por la actividad judicial.....	117
7. Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa.....	121
8. Responsabilidad de los agentes o funcionarios públicos.....	123
9. Alcance de la indemnización: daño emergente y lucro cesante.....	125

FRANCIA

LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE DE L'ETAT FRANÇAIS

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

	PÁG.
Préliminaire. Approche historique	131
1. Principes fondamentaux et sources du droit	132
A) Principes	132
B) Régimes législatifs de responsabilité	133
C) Responsabilité à raison des accidents causés par des véhicules.....	133
D) Responsabilité à raison des dommages causés aux victimes d'infractions pénales, d'actes de terrorisme et ou d'une détention non suivie de con- damnation	134
E) Responsabilité à raison des attroupements.....	134
F) Responsabilité en matière médicale	135
2. Responsabilité contractuelle.....	135
3. Généralisation du principe de responsabilité pour faute	137
A) Du cumul de fautes au cumul de responsabilités	137
B) Faute de service, faute personnelle	139
C) Faute prouvée, faute présumée. Faute simple, faute lourde	140
4. L'extension de la responsabilité sans faute.....	142
A) Responsabilité sans faute fondée sur le risque	142
B) Responsabilité sans faute fondée sur l'égalité devant les charges publi- ques.....	144
5. La responsabilité du fait de l'activité juridictionnelle, du fait des lois, des conventions internationales et des règlements légaux.....	144
B) Responsabilité du fait des lois.....	145
C) Responsabilité du fait de l'illicéité d'une loi contraire à une convention internationale.....	146
6. La réparation du dommage.....	147
A) Caractères du préjudice	147
B) Lien de causalité et causes exonératoires.....	148
C) Evaluation de l'indemnisation.....	149
7. Conclusion	150

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO FRANCÉS

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

Preliminar. Aproximación histórica	153
1. Principios fundamentales y fuentes del derecho.....	154
A) Principios.....	154

	PÁG.
B) Regímenes legislativos de responsabilidad	155
C) Responsabilidad por accidentes causados por vehículos	156
D) La responsabilidad por los daños causados a las víctimas de infracciones penales, actos de terrorismo o detención no seguida de una condena.....	156
E) Responsabilidad por manifestaciones	156
F) Responsabilidad médica.....	157
2. Responsabilidad contractual.....	157
3. Generalización del principio de responsabilidad por culpa.....	159
A) De la acumulación de culpas a la acumulación de responsabilidades.....	160
B) Falta del servicio, falta personal.....	161
C) Culpa probada, culpa presunta : culpa leve, culpa grave	163
4. La extensión de la responsabilidad sin culpa	164
A) Responsabilidad sin culpa basada en el riesgo	165
B) Responsabilidad sin culpa basada en la igualdad frente a las cargas públicas.....	166
5. Responsabilidad por la actividad jurisdiccional, por las leyes, las convenciones internacionales y los reglamentos legales	167
A) Responsabilidad por el hecho de la actividad de las jurisdicciones.....	167
B) Responsabilidad por el hecho de las leyes	168
C) Responsabilidad por la ilicitud de una ley contraria a una convención internacional.....	168
6. La reparación del daño	169
A) Características del perjuicio	169
B) Nexo de causalidad y causales de exoneración	171
C) Evaluación de la indemnización.....	171
7. Conclusión.....	172

ITALIA

LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO IN ITALIA

ALDO TRAVI / LUCIANO VANDELLI

1. Premessa generale	177
2. Gli obblighi di risarcimento e gli obblighi d'indennizzo	180
3. La responsabilità per atti amministrativi	184
4. Il riparto della giurisdizione fra giudice civile e giudice amministrativo	190
5. La responsabilità per violazione del principio di legittimo affidamento da parte dell'amministrazione	191
6. La responsabilità dello Stato per atti del Potere giudiziario.....	193
7. La responsabilità dello Stato per atti del Potere legislativo	195
8. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea	198
9. La responsabilità del funzionario pubblico	199

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ITALIA

ALDO TRAVI / LUCIANO VANDELLI

	PÁG.
1. Introducción general.....	205
2. Obligaciones de compensación y obligaciones de indemnización.....	208
3. La responsabilidad por actos administrativos.....	211
4. La división de competencias entre jueces civiles y administrativos	217
5. La responsabilidad por violación del principio de confianza legítima por parte de la administración.....	219
6. La responsabilidad del Estado por los actos del poder judicial.....	221
7. La responsabilidad del Estado por los actos del poder legislativo	223
8. La responsabilidad del Estado por violación de la ley de la Unión Europea	225
9. La responsabilidad del funcionario público	227

PARAGUAY

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO REPUBLICANO

MARCO AURELIO GONZÁLEZ MALDONADO

1. Introducción.....	235
2. Control judicial de los actos administrativos y responsabilidad del Estado por el dictado de actos administrativos irregulares	237
3. La responsabilidad contractual y extracontractual	239
4. En torno a la responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado	245
5. La “falta” de servicio en el Derecho francés.....	246
6. La responsabilidad del Estado en Paraguay	251
7. Verdadero problema: impunidad, falta de repetición de los funcionarios	258

URUGUAY

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN URUGUAY

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

1. Concepto. Fundamento. Aspectos terminológicos y supuestos de responsabilidad	263
2. Evolución histórica.....	269
3. Responsabilidad de los funcionarios	273

	PÁG.
4. Supuestos de responsabilidad del Estado en el artículo 24 de la Constitución	279
5. “Faute personelle” y “faute de service”	281
6. Criterio de imputación en el artículo 24 de la Constitución	284
7. Responsabilidad y sacrificio de derechos	286
8. Daño	290
9. Daño indemnizable	291
10. Nexo causal	293
11. Resarcimiento	295
12. Responsabilidad del Estado por actividad legislativa	298
13. Responsabilidad del Estado por actividad jurisdiccional	299
14. Responsabilidad del Estado por actividad constitucional	313
15. Responsabilidad por omisión	316
16. Apreciaciones finales.....	319

VENEZUELA

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN VENEZUELA

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

1. Introducción.....	325
2. Los fundamentos constitucionales de la responsabilidad	327
3. La aplicación del derecho privado o de un derecho público especial	329
4 La naturaleza directa o indirecta de la responsabilidad.....	330
5. La responsabilidad por actos administrativos.....	333
6. La responsabilidad por retardo en la expedición de actos administrativos ...	333
7. La responsabilidad por actividad lícita.....	334
8. La responsabilidad por actividad material.....	335
9. La responsabilidad por aplicación de la teoría del riesgo creado	336
10. La responsabilidad por daños causados por las cosas	337
11. La responsabilidad precontractual y contractual	339
12. La responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional	341
13. La responsabilidad del Estado por la función legislativa	343
14. La responsabilidad por violación de tratados internacionales	344
15. La responsabilidad por daño moral	348
16. El nexo de causalidad	349
17. El daño injusto	350
18. El derecho a la indemnización integral	351
19. La corrección monetaria de la indemnización.....	352
20. Consideraciones finales	354

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO

JUAN CARLOS CASSAGNE

	PÁG.
1. Dificultades que exhibe el tema.....	359
2. Tipología de los grandes sistemas del derecho comparado en función del sujeto responsable. El dilema entre responsabilidad del funcionario o responsabilidad del Estado. Los sistemas mixtos	360
3. Responsabilidad extracontractual y contractual	364
A) Sobre los factores de atribución en la responsabilidad por actividad ilegítima.....	365
B) La falta de servicio en el derecho francés y el carácter objetivo o subjetivo de la falta.....	366
C) El factor de la falta de servicio en los derechos iberoamericanos.....	369
4. Los requisitos de atribución de la responsabilidad estatal en el derecho español	374
5. Otros factores objetivos de atribución de responsabilidad: el riesgo creado y el sacrificio especial.....	376
A) El riesgo creado	376
B) El sacrificio especial.....	377
6. Los requisitos básicos e invariables de la responsabilidad: el daño, la imputabilidad material del perjuicio y la relación de causalidad	378
7. Continuación. El alcance de la indemnización: la reparación del lucro cesante	379
8. La responsabilidad por la actividad contractual	383
9. La responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial.....	385
A) Responsabilidad estatal por la actividad legislativa.....	386
B) La responsabilidad del Estado por la actividad judicial.....	388
10. Balance conclusivo	389

ARGENTINA

BASES Y LINEAMIENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

PABLO ESTEBAN PERRINO*

1. DESARROLLO Y FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA ARGENTINA

Argentina hasta hace no mucho tiempo formaba parte del extenso grupo de países, tanto europeos como latinoamericanos, cuyo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen esencialmente jurisprudencial¹.

A diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos que han regulado expresamente la responsabilidad estatal (como el español², el peruano³ y el mejicano⁴), en el ordenamiento jurídico argentino (tanto en el ámbito nacional como en el local⁵) hasta el dictado de la Ley de responsabilidad del Estado

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

¹ Ver: MARÍA GRACIELA REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, págs. 83 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2016, págs. 477 y ss.; ALEJANDRO J. USLENGHI, *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*; AA. VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, págs. 49 y ss. y PABLO E. PERRINO, “La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino”, en R.A.P., núm. 237, págs. 9 y ss.

² Título Preliminar, Capítulo IV, arts. 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³ Art. 238 de la Ley 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo 1029 de fecha 24 de junio de 2008, ver: JUAN CARLOS MORÓN URBINA, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*, 8ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2009, págs. 751 y ss.

⁴ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, DOF del 31/12/04 (última reforma publicada DOF 12/06/2009).

⁵ Conforme lo dispone el art. 1º de la Constitución Nacional, la República Argentina es un Estado federal, constituido por veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La mayoría de las constituciones provinciales contienen previsiones sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Así lo hacen las constituciones de la Provincia de Buenos Aires (arts. 57, 103, inc. 2 y 163, último párrafo y 194), Catamarca (arts. 47, 48, 174 y 219), Chaco (arts. 24 y 76), Chubut (art. 69 y 135, inc. 9), Córdoba (arts. 14 y 42), Corrientes (arts. 16, 27 y 118, inc. 10), Entre Ríos (art. 44 y 122), Formosa (arts. 22 y 25), Jujuy (arts. 10 y 29, inc. 11), La Pampa (art. 12), La Rioja (arts. 49, 99, inc. 11, 161 y 162), Misiones (arts. 27 y 80), Neuquén (arts. 71, 189, inc. 20 y 288), Río Negro (arts. 19 y 55), Salta (arts. 5 y 127,

(LRE) en 2014, no existía —al menos con carácter general— una regulación orgánica sobre este instituto. Solo mediaban previsiones normativas en áreas específicas y respecto de cuestiones muy puntuales de esta materia, como ocurría por ejemplo con los daños ocasionados en el marco de relaciones contractuales⁶ y de empleo público⁷; frente al error judicial en la órbita penal⁸ y los generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad nacional⁹.

Sin embargo, esa falta de legislación y también de normas en la Constitución Nacional que consagraran la responsabilidad del Estado¹⁰, no constituyó un valladar para que por vía jurisprudencial se sentaran las bases de una doctrina judicial que reconoció ampliamente el resarcimiento de los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes del Estado.

inc. 13), Santa Cruz (arts. 17 y 29), Santa Fe (arts. 9 y 18), San Luis (arts. 9 y 25), San Juan (arts. 9 y 43), Santiago del Estero (art. 11), Tierra del Fuego (arts. 8, 40 y 188), Tucumán (arts. 4 y 67, inc. 22). También la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 56).

⁶ Arts. 62, inc. a, 64, inc. b de la ley 6021 (t.o. por decreto 536/95), Obras Públicas de Públicas de la Provincia de Buenos Aires; art. 71 del decreto 3300/72, Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires; art. 9, incs. a y c de la ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, Provincia de Buenos Aires, y art. 11, incs. a y b de la ley 9645, Concesión de obras públicas municipales, Provincia de Buenos Aires.

⁷ Ley 19.101, modificada por la ley 22.511, orgánica de las Fuerzas Armadas; ley 19.349, modificada por ley 22.534, orgánica de la Gendarmería Nacional y ley 12.992, con sus modificatorias, leyes 20.281 y 23.028, orgánica de la Prefectura Naval; ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párrafo, y 24), Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); decreto-ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la policía de la Provincia de Buenos Aires bonaerense (art. 116, inc. e).

⁸ Art. 347 del Código Procesal Penal Federal (T.O 2019).

⁹ Art. 34 de la Ley 23.554, de Defensa Nacional.

¹⁰ Salvo el singular supuesto previsto en el art. 15 de la Constitución Nacional en el cual se contempló un claro supuesto de responsabilidad por actividad estatal normativa (ALBERTO B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 1999, pág. 44). Dicho artículo reza: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Al explicar el sentido de esta norma, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ escribe: “Después de 1814, la inestabilidad de los diversos estatutos, constituciones y gobiernos que han regido al país, no permitió que se hiciese efectiva en absoluto la abolición de la esclavitud, si bien por el progreso de la cultura y prestigio de la idea democrática, cuando la Constitución fue dictada, se mantenía apenas en poder de algunos antiguos propietarios. A estos se les reconoció una indemnización en virtud de sus derechos adquiridos, conforme a los mismos principios que acaban de sancionarse en protección y reconocimiento del derecho de propiedad. Se legislaba para el porvenir, y se establecía para siempre la absoluta igualdad de los hombres entre sí”. (JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 25ª ed. de la primera de 1897, Buenos Aires, Estrada Editores, pág. 122.

Dicho régimen se construyó, básicamente, sobre la base de las cláusulas de la Constitución Nacional¹¹ que garantizan los derechos de propiedad¹² (arts. 14 y 17) y de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional¹³) y también en las normas del Código Civil, a las que se acudió para cimentar la responsabilidad por actuación ilegítima¹⁴, y de la legislación expropiatoria, para la responsabilidad derivada de la actividad estatal legítima¹⁵.

Fue así como, superadas las restricciones del dogma de la inmunidad del soberano, imperante a fines del siglo XIX y principios del XX, en un proceso evolutivo, que tuvo como punto de partida los inicios de la década del treinta, se fue consolidando una construcción jurisprudencial que admitió ampliamente la responsabilidad estatal cuando concurría algunos de los siguientes factores o títulos de atribución: a) falta de servicio, b) un sacrificio especial que el afectado no tenía el deber de soportar derivados de leyes o de reglamentos, actos y hechos administrativos, c) el riesgo o vicios de las cosas y d) el anormal funcionamiento de la justicia y la existencia de condenas judiciales erróneas.

2. EL DICTADO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La situación antes descrita se modificó a mediados de 2014 debido al dictado de la Ley 26.944, de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos¹⁶.

Sin lugar a dudas, la Ley de Responsabilidad del Estado es un hito sumamente relevante en la historia jurídica argentina, ya que constituye la primera regulación legislativa en la que se aborda de manera general y orgánica la

¹¹ La responsabilidad del Estado tiene también un sólido fundamento en el ámbito convencional pues, como se desprende de los arts. 1, 2, 21, inc. 2º, inc. 2 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos —de jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por dicha convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (ASDRÚBAL AGUIAR, *La responsabilidad internacional de los Estados por violación de derechos humanos* (Apreciaciones sobre el Pacto de San José), t. I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios de Derechos Humanos, 1994, pág. 132).

¹² Conf. Fallos: 253:316, 274:432, 277:225, 300:143, 301:403, 302:159, 305:1045 entre otros. En antiguos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó también la responsabilidad estatal en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:339, 129:5 y 180:339).

¹³ Fallos: 315:1892 y 321:3363; conf. Fallos: 293:617, voto concurrente del juez Levene.

¹⁴ Fallos: 169:111 y 182:5, entre otros, ver: ALEJANDRO J. USLENGHI, “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., págs. 49 y ss.

¹⁵ Fallos: 195:66 y 301:403, entre otros.

¹⁶ BO 8 de agosto de 2014.

responsabilidad estatal. A pesar de ello, no ha producido un avance o mejora en nuestro derecho¹⁷, pues muchas de las soluciones que allí se establecen acarrearán un retroceso respecto de los criterios sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁸ ya que acotan irrazonablemente

¹⁷ La generalidad de la doctrina argentina no tiene una opinión favorable de la LRE y ha efectuado múltiples cuestionamientos a su articulado. Así lo han hecho: JUAN CARLOS CASAGNE, “La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado”, EDA, 2017-494; MARÍA ANGÉLICA GELLI, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LL, 2014-E, 659; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, FDA, Buenos Aires, 2014, t. II, cap. XIX-6 y 8 y XX-10); PEDRO ABERASTURY, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, ADLA 2014-25, 18; ALBERTO B. BIANCHI, “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, en AA. VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 195 y ss.; HÉCTOR MAIRAL, “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, ED, 260-641; EDUARDO MERTEHIKIAN, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6º de la Ley 26.944)”, en obra colectiva *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 189; PEDRO J. J. COVIELLO, “Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado”, ED, 259-903; RAMÓN D. PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2016, en especial págs. 192, 198 y 202; JUAN J. CASIELLO, “Una mirada a la nueva ley de responsabilidad del Estado (ley 26.944)” ED, 260-820; CARLOS A. PARELLADA, “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de responsabilidad del Estado”, en AA. VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 39 y ss.; PABLO ESTEBAN, PERRINO, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2015, págs. 31 y ss., entre otros muchos. En cambio, se han expedido en favor de la LRE: ALEJANDRO USLENGHI, “La responsabilidad del Estado por omisión”, RAP núm. 437, págs. 169 y ss.) y PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO, “Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente”, en AA. VV. *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, Ávila, Santiago Matías coordinador, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, págs. 173 y ss.

¹⁸ En tal sentido se ha escrito: “[...] desde antiguo, parece ser una constante en nuestras latitudes, el hecho de que las grandes conquistas jurisprudenciales —que por lo demás lograron plasmar unos sistemas jurídicos verdaderamente equilibrados—, y que se originaron en la necesidad de otorgar respuestas concretas ante la injustificada inactividad de los poderes políticos; luego fueron retaceadas por las legislaciones posteriores bajo el argumento de su necesaria consagración normativa.

”Tal lo ocurrido con la mencionada regulación del proceso de amparo a través del cuestionado dec. ley 16.986, así como también luego aconteciera respecto de la reciente ley 26.854, reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado nacional o sus entes, por mencionar algunos supuestos.

”En esa misma dirección parece inclinarse la reciente sanción de una ley de responsabilidad del Estado por el Senado de la Nación, que aunque como iniciativa se presenta auspiciosa, nos coloca nuevamente frente a un dispositivo legal que bajo la pretensión de consagración de la

el alcance del deber de responder estatal¹⁹; y conspiran con la finalidad principal de la responsabilidad que no es otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas^{20, 21}.

jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia Nacional, en realidad apunta a limitar la responsabilidad por conducto de una inadecuada técnica legislativa que se refleja en una serie de omisiones, imprecisiones, ambigüedades, que permiten concluir que nos hallamos frente a una norma que quiebra el necesario equilibrio entre potestades y garantías, provocando una evidente lesión de los requerimientos constitucionales en la materia y, de modo especial, de las exigencias establecidas por los tratados internacionales de derechos humanos que fueran incorporados a la propia Constitución con su misma jerarquía. [...] Todo lo cual nos permite afirmar que la nueva ley de responsabilidad del Estado que pronto entrará en vigencia, implica un verdadero retroceso en la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial cristalizada por la jurisprudencia —con aplicación analógica del Código Civil—, y de manera específica, el nuevo dispositivo se manifiesta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos”. (ESPINOSA MOLLA; Martín R. “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, LL Sup. Adm. 2014 (agosto), 3 LL 2014-E).

¹⁹ Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LL, 2014-E, 659. Para GORDILLO la LRE es retrógrada, de dudosa constitucionalidad y contiene graves fallas de justicia, equidad y razonabilidad. Además, considera que “el primer y fundamental error es jurisdiccional. Se piensa modificar el Código Civil por ley nacional, pero no se lo ha hecho. Esta ley local es contraria al Código Civil vigente, lo cual la torna insanablemente inconstitucional sin perjuicio de múltiples otros reparos constitucionales” (GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XIX-6 y 8 y XX-10). Para ABERASTURY la LRE “es una oportunidad perdida pues persigue, en definitiva, limitar la responsabilidad del Estado y ello no es saludable para un Estado de Derecho si las condiciones impuestas son desigualitarias, desproporcionadas e irrazonables”. (PEDRO ABERASTURY, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, ADLA 2014-25, 18). En este sentido, sostiene BIANCHI que el propósito de la ley, “claramente identificado en todo su articulado, es poner todo tipo de trabas y cortapisas a la responsabilidad del Estado. Así, lejos de cumplir con el mandato republicano de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, la LRE ha impuesto una serie de limitaciones a la responsabilidad estatal, que la transforman en un instrumento altamente idóneo para proteger al Estado a la hora de hacer frente a los reclamos patrimoniales de los administrados”. (ALBERTO B. BIANCHI, “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, en AA.VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 195 y ss.) y ALEJANDRO DALMACIO ANDRADA, *Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*, Buenos Aires, La Ley, 2017; págs. 63-64.

²⁰ Además de operar como instrumento de garantía patrimonial la responsabilidad estatal 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 *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 21 y GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL, “El principio de responsabilidad de los poderes públicos”, en AA. VV. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Juan Alfonso Santamaría Pastor director, Madrid, La Ley, 2010, pág. 663).

²¹ CARLOS E. DELPIAZZO, “Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho”, en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José

Por lo demás, la defectuosa redacción de algunos artículos de la Ley de Responsabilidad del Estado (v. gr. los arts. 6 y 10, último párrafo) y, fundamentalmente, la reducción de los factores o títulos de atribución de la responsabilidad estatal a solo dos: la falta de servicio y el sacrificio especial, despiertan un sinnúmero de relevantes problemas e interrogantes que necesariamente deben ser resueltos a través del casuismo judicial mediante la prudente interpretación de los tribunales que haga realidad el mandato del preámbulo de nuestra Constitución Nacional de “afianzar la justicia”.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Están sujetos a la Ley de Responsabilidad del Estado los daños causados por todos los órganos del Estado Nacional y sus entes descentralizados. La ley cubre la actividad dañosa de los tres poderes del Estado Nacional. Están excluidos de este régimen los perjuicios ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios²².

La Ley de Responsabilidad del Estado, reconociendo las facultades legislativas de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el artículo 11 las invita a adherir a sus disposiciones²³. A la fecha solo cuatro

Bejar Rivera y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, México, Universidad Panamericana y Espress, 2014, t. 1, págs. 189 y ss. En efecto, “la dignidad de la persona humana determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalista del mismo, en la medida que este existe en función del desarrollo de las personas y no al revés, excluyendo toda concepción sustancialista del mismo y toda consideración de las personas como medios o instrumentos al servicio del Estado”. (HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, en <http://www.crcd.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>). Además, como destaca SAMMARTINO, “el principio de dignidad humana gravita de modo directo sobre la estructura sistemática de ordenación de la función administrativa, el procedimiento administrativo, y se proyecta sustancialmente sobre los productos formales que emanan de ella, el acto y el reglamento administrativo. A la vez, este principio basilar condiciona a las técnicas instrumentales de organización y distribución de tareas de los órganos y entes que desarrollan función administrativa –la organización administrativa” (PATRICIO MARCELO SAMMARTINO, “Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la relación de causalidad, en *Revista de Derecho Público*, año I, núm. 2, Ediciones Infojus, págs. 229 y ss.

²² La República Argentina es un Estado federal, constituido por veintitrés provincias o estados autónomos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), y cada uno de estos tiene facultades propias para legislar en la materia. Si bien esto es algo que parte de la doctrina controvierte.

²³ ADRIANA MARÍA A. PADULO, “Las facultades legislativas de las provincias frente a las regulaciones del Código Civil”, EDA, 2013-447; TOMÁS HUTCHINSON, “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, en AA. VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 195

provincias lo han hecho²⁴; dos han dictado su propia ley de responsabilidad²⁵ y la mayoría de ellas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no han legislado, por lo que sus regímenes de la responsabilidad estatal continúan siendo de base jurisprudencial.

4. LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Veamos ahora los lineamientos más relevantes de la ley 26.944.

A) *Carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal.* *La inaplicación del Código Civil*

En Argentina se ha discutido y aun se lo hace si la responsabilidad estatal es un capítulo más de la responsabilidad civil, por lo que debe estar legislada en el Código Civil²⁶, o si debe estar sujeta a normas y principios de derecho

y ss., págs. 277 y ss.; JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, LL, 2014-B, 563; ALEJANDRO USLENGHI, “La responsabilidad del Estado por omisión”, RAP, núm. 437, págs. 169 y ss.; HORACIO D. ROSATTI, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina”“, en AA. VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 13 y ss.; JOSÉ LUIS CORREA, “Reforma del Código Civil y Comercial y Ley de Responsabilidad de Estado. Asunción iuspublicista de la reparación de daños causados por el estado. Consecuencia procesal en Mendoza: necesidad de agotar la vía administrativa para demandar extracontractualmente o contractualmente al Estado”, LL, Gran Cuyo 2015 (marzo), 119; MIRIAM M. IVANEGA, “Fundamentos de la responsabilidad de los funcionarios públicos (y las incertidumbres de la Ley 26.944)”, RAP, núm. 437, pág. 15; PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO, “Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado”, RAP, núm. 437, págs. 51 y ss.; LUCAS A. PIAGGIO, “La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, ED, 249-602; DIEGO CALONJE, “La responsabilidad del Estado, el derecho público provincial y el Proyecto de Código Civil”, APBA 2013-6-800 y CARLOS M. LAMOGLIA, “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad legítima: su regulación en la Ley 26.944”, RAP, núm. 437, págs. 113 y ss. y BELTRÁN GAMBIER, y PABLO E. PERRINO, ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, J.A. 1996-IV, pág. 793.

²⁴ Así lo ha hecho las provincias de Santa Cruz a través de la Ley N° 3396 (B.O. 27/11/14), Chubut mediante la Ley I-560 (B.O.10/8/15), Santiago del Estero por la Ley N° 7179 (B.O. 17/9/15) y Catamarca mediante la Ley N° 5536 (B.O. 16/5/18).

²⁵ Provincia de Mendoza, Ley 8968 (B.O. 11/5/17) y Provincia de Entre Rios, Ley N° 10.636 (B.O. 23/11/18).

²⁶ JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. x, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004 y “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*. Gabriel Stiglitz, Director, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, págs. 17/33; JORGE H. ALTERINI y NÉSTOR L. LLOVERAS, *Responsabilidad civil por inexactitudes registrales*, ED, 62, 548; AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y, CARLOS A. PARELLADA, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*,

público que presentan ciertas diferencias o modulaciones respecto de la regulación del derecho civil de la responsabilidad²⁷.

Más allá de la discusión académica, la Ley de Responsabilidad del Estado se enroló claramente en la postura iuspublicista. En ese entendimiento, el ar-

JORGE MOSSET ITURRASPE, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y CARLOS A. PARELLADA, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986, pág. 101; CARLOS A. PARELLADA, “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, LL, 2013-E, 840; RAMÓN D. PIZARRO, *La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincia*, Buenos Aires, LLC 2011 (diciembre), 1159 y “La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, LL, 2013-E, 855; EMILIO A. IBARLUCÍA, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?”, LL, 2014-D, 739; OSCAR ÁLVARO CUADROS, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008 y “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? - A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”, LLGran Cuyo 2013 (febrero), 1; EDUARDO MERTEHIKIAN, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26.944)”, en AA. VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 189, y JORGE A. SAENZ, “Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual) en el derecho público argentino”, en AA. VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 597, págs. 395 y ss.

²⁷ RAFAEL BIELSA, “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia”, LL, 55-999, Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales, t. II, pág. 61; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, 3ª ed. actual, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, págs. 719-720; CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, cit. t. I, págs. 420/421; 435/437 y “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas; JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, “Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Estudios de Derecho Administrativos XII*, pág. 25 JULIO R. COMADIRA, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*. 2ª ed. Buenos Aires LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003. págs. 357 y ss.; JAVIER URRUTIGOITY, “Responsabilidad del Estado por actividad judicial. *Estudios de Derecho Administrativos XII*”, pág. 186; DANIEL M. NALLAR, “Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público en las provincias argentinas”, en AA. VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, págs. 441 y ss.; TOMÁS HUTCHINSON, “Breve análisis acerca de la responsabilidad administrativa ambiental”, en AA. VV. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 2001, págs. 237 y ss.; BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, págs. 717-718; ALEJANDRO PÉREZ HUALDE y ERNESTO N. BUSTELO, “«Barreto», la responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales”, LL, 2006-E, 264; MARTÍN GALLI BASUALDO, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, págs. 33 y ss.; MARÍA JULIA BARRESE, “Responsabilidad del Estado ¿Materia incluida o excluida de la acción procesal administrativa? Especial referencia la Provincia de Neuquén”, en AA. VV. *Estudios de Derecho Administrativo XI. La responsabilidad del Estado*, Mendoza, Ediciones Dike, 2004, págs. 57 y ss. y LUCAS ANIBAL PIAGGIO y MARÍA EUGENIA MATTERA, *El nuevo régimen de responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, págs. 31 y ss.

título 1º párrafo 3º de la Ley de Responsabilidad del Estado, con una redacción criticable por excesiva, establece: “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

También el Código Civil y Comercial²⁸, aprobado el mismo año que se dictó la Ley de Responsabilidad del Estado, dispone que *la responsabilidad del Estado*” (art. 1765) y la “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” (art. 1766) se rigen “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (arts. 1765 y 1766) y que las disposiciones de la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764).

Como acertadamente se ha señalado, la inaplicación de las disposiciones de la normativa civil no puede significar que no se pueda acudir a aquella para cubrir las lagunas existentes en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales u otras soluciones allí consagradas mediante la técnica de la interpretación analógica²⁹.

B) *La responsabilidad estatal es objetiva y directa*

Al igual que ya lo había reconocido la Corte Suprema de Justicia a partir de 1984³⁰, la Ley de Responsabilidad del Estado dispone la responsabilidad estatal objetiva y directa (art. 1º, 2º párrafo).

Que sea objetiva significa que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure³¹, ya que la

²⁸ Aprobado por la Ley 26.994 (B.O. del 8/10/14).

²⁹ Conf. JUAN CARLOS CASSAGNE, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LL, 2014-C, 885.

³⁰ Fallos: 306: 2030, 330:563

³¹ Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: JUAN CARLOS CASSAGNE, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL, 2005-D, 1268; GUIDO S. TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 109; ISMAEL MATA, “Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 176; EDUARDO MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Abaco, 2001, págs. 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, págs. 784 y 786; MARÍA DEL PILAR AMENABAR, *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 173-175. En cambio, afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: TOMÁS HUTCHINSON, “Los daños producidos por el Estado”, Jus núm. 38, pág. 63 y en “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, *Revista de Derecho de Daños*, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, págs. 61 y ss. y MARÍA GRACIELA REIRIZ, “Responsabilidad del Estado” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 226.

culpa o dolo del agente público no constituye un elemento determinante de la responsabilidad del Estado³².

A su vez se la califica como directa³³ porque la responsabilidad estatal no es subsidiaria, no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los funcionarios o agentes públicos. La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados al Estado se explica con apoyo en la teoría del órgano³⁴.

C) *Clases de responsabilidad estatal reguladas en la Ley de Responsabilidad del Estado*

En la Ley de Responsabilidad del Estado se regula la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art. 3) como legítima³⁵ (arts. 4 y 5). La primera sustentada exclusivamente en el factor de atribución falta de servicio, y la segunda en el sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar.

No se han contemplado otros factores de atribución tales como el riesgo o la violación de la confianza legítima³⁶, lo cual en muchos supuestos puede provocar la exclusión de la responsabilidad estatal ya sea porque la actuación dañosa no es susceptible de encuadrar en la figura de la falta de servicio o debido a la mayor laxitud del régimen de eximentes del deber de responder

³² Con relación a la responsabilidad por falta de servicio CASSAGNE afirma que, al igual que ocurre en el derecho francés, la falta de servicio entraña la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad, como la innecesidad de individualizar al autor del daño. Asimismo sostiene que “si por una parte la figura no se atiene a la culpa del agente sino al incumplimiento irregular de una obligación legal y si una de esas obligaciones fundamentales está constituida por el deber de no dañar (que constituye un principio general del derecho) y de cumplir en forma regular (es decir, con arreglo a las leyes y reglamentos) las obligaciones del servicio, va de suyo que aun cuando no pueda individualizarse al autor concreto del incumplimiento que provoca el daño (si este fuera imputable materialmente a un órgano del Estado) se genera la consiguiente responsabilidad, siempre que concurren los demás requisitos establecidos para que la misma se configure” (JUAN CARLOS CASSAGNE, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL, 2005-D, 1268).

³³ Explica GORDILLO que “Responsabilidad directa es la que corresponde por un hecho propio; indirecta, la de un empleador o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo” (GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XX-27.

³⁴ Fallos: 306:2030, 330:2748 y 331:1690, entre otros muchos.

³⁵ Ver: PABLO E. PERRINO, “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, LL, 2014-C, 1078 y “La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944”, Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley, núm. 12, págs. 31 y ss.

³⁶ Al respecto ver: PEDRO J. J. COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2004, págs. 438 y ss.

en la falta de servicio respecto de otros factores de atribución³⁷, como ocurre con el riesgo que es una típica responsabilidad que se predica de resultados y no de conductas como es la falta de servicio.

La responsabilidad del Estado en su faz contractual³⁸ también está alcanzada por la Ley de Responsabilidad del Estado. Así se desprende de su

³⁷ No obstante que en el art. 2 de la LRE solo se mencionan como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder, es evidente que por las características de la responsabilidad por falta de servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también operará como una causal para excluir su responsabilidad. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar (Fallos: 330:653).

³⁸ La mayoría de la doctrina argentina considera que la responsabilidad contractual se configura por la violación de un deber jurídico preexistente y específico (obligación), cualquiera que sea su fuente (v. gr. el contrato o la ley), mientras que la responsabilidad extracontractual es la que se produce por la contravención de un deber preexistente genérico (de no dañar al prójimo) e indeterminado /en tanto recae sobre la generalidad de las personas) (LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, págs. 77 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, págs. 71 y ss. JORGE ALBERTO MAYO y JUAN MANUEL PREVOT, *Responsabilidad contractual*, Buenos Aires, La Ley, 2007, págs. 71 y ss.; RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., t. 1, págs. 79 y ss.; SEBASTIÁN PICASSO, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres director y Elena I. Highton coordinadora, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3 A, págs. 346 y ss. En materia de contratos administrativos así lo postulan: JORGE A. SAENZ, “Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual) en el derecho público argentino”, en AA. VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, págs. págs. 395 y 597 y ss.) y ISMAEL FARRANDO, “Responsabilidad contractual del Estado”, RAP, núm. 370, págs. 355 y ss. El Código Civil aprobado en 1869 y que con diversas reformas rigió hasta el 1º de agosto de 2015, siguiendo el modelo francés, distinguió claramente dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (obligacional) y el del acto ilícito *stricto sensu*, cada uno con su propia regulación. Dicha dualidad de regímenes de responsabilidad civil apareció expresamente consagrada en el art. 1107 en el cual se disponía que las normas sobre los hechos ilícitos eran inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneraran en delitos del derecho criminal. Las diferencias más relevantes en el régimen jurídico de ambos tipos de responsabilidad allí consagradas eran las siguientes: 1) al plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, dos años en la extracontractual y diez en la contractual; 2) la extensión del resarcimiento, menor en la responsabilidad contractual y 3) la mancomunación entre los corresponsables o coautores de un hecho ilícito, los cuales son solidariamente responsables frente al damnificado en la responsabilidad extracontractual y, en principio, simplemente mancomunada en el ámbito contractual, pudiendo llegar a ser solidaria solo si resulta sin lugar a dudas del título de constitutivo de la obligación o de una disposición legal, como ocurre en materia de defensa del consumidor (ver: FÉLIX TRIGO REPRESAS, A. y MARCELO J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, págs. 23 y ss.). El nuevo Código Civil y Comercial, en línea con la opinión de la doctrina

artículo 10 que dispone la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de Responsabilidad del Estado en dicho campo ante la ausencia de “normas específicas”³⁹.

Veamos seguidamente los rasgos más relevantes que presentan en la ley las dos clases de responsabilidad legisladas.

D) *Responsabilidad por actuación estatal ilegítima*

En el artículo 3 de la Ley de Responsabilidad del Estado, siguiendo la sistematización efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁰ y la doctrina⁴¹, se establecen los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad e inactividad ilegítima. Así se requiere la existencia de un a) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, lo cual significa que el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que estén integrados a la estructura del Estado y que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones⁴²; c)

civilista dominante, unifica las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Así en el art. 1706 se dispone que “cualquiera que sea la fuente del deber de reparar (la violación del deber general de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación) el deber de resarcir se rige, en principio, por las mismas reglas. En consecuencia, las normas del capítulo referido al derecho de daños se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual”. (*Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, AA. VV., Carlos A. Calvo Costa, director, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015. comentario al art. 1740; ver: SEBASTIÁN PICASSO, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), pág. 151.

³⁹ Cabe advertir que, la expresión “normas específicas” y la palabra “regulación” empleadas por el legislador no pueden ser entendidas como sinónimo de disposiciones incluidas en una ley en sentido formal y material, sino que comprenden, además de las dictadas por el Congreso de la Nación, a las de índole reglamentaria, a las cláusulas incluidas en los pliegos de bases y condiciones y en los mismos documentos contractuales. De ahí que no existe ningún impedimento para que mediante normas infralegales se establezca un régimen jurídico de responsabilidad contractual diferente al previsto en la LRE. Como dice MAIRAL, “las partes pueden convenir o el Estado estipular y su cocontratante aceptar, la aplicación de normas diferentes de las de la LRE y, entre ellas las previstas en el Código Civil” (HÉCTOR A. MAIRAL, “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, ED del 26/11/14).

⁴⁰ Fallos 315:2865, 320:266, 321:1776, 321:2144 y 328:2546, entre otros.

⁴¹ CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, págs. 450 y ss.

⁴² Conf. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obra selectas*, FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, cap. XII, págs. 3 y ss. y JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, 2ª ed., t. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pág. 357. Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad

relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue, y d) la configuración del factor de atribución falta de servicio.

La falta de servicio es un instituto que hemos adoptado del derecho francés, de contornos imprecisos y susceptibles de múltiples apreciaciones. Tradicionalmente se ha entendido que se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la administración pública⁴³ o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por una “violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular”⁴⁴ que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traducen en la emisión de actos de alcance individual o general, en operaciones materiales de los agentes estatales, como también ante la omisión o inactividad administrativa, ya sea esta de índole material o formal⁴⁵. Este concepto ha sido ampliado por la regulación efectuada en la Ley de Responsabilidad del Estado. En efecto, la ley utiliza un concepto muy amplio de la falta de servicio a la que considera como una “*actuación u omisión irregular de parte del Estado*”. Esta noción de la falta comprende el comportamiento irregular de todo órgano estatal, no solo de la administración pública. De tal modo, cubre los supuestos de responsabilidad por daños pro-

exterior de su orientación hacia un fin de la Administración (ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. de la 3ª ed. italiana por Renato Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, t. I, pág. 90; conf. GORDILLO y SANTAMARÍA PASTOR, obs. antes cit.).

⁴³ Ver: JUAN CARLOS CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LL 2009-F, 1026; MARTÍN GALLI BASUALDO, “La falta de servicio y la falta personal”, EDA, 2008-653; MARTINI, Juan Pablo, “Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado (la experiencia francesa)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. XII, págs. 35 y ss. y PABLO E. PERRINO, “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, págs. 59 y ss.

⁴⁴ Fallos: 321:1124, 330:653, 332:2328; 333:1404 y 1623; 334:376, 1036 y 1821 entre otros. Concorde con ello en más de una ocasión el alto tribunal ha expresado que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular” (Fallos: 306:2030, 307:1942, 313:1465, 315:2865, 316:2136, 318:1800, 320:266 y 1999, 325:1277, 328:4175, 329:1881, 3065, 330:563, 2748 y 331:1690; 334:1036, entre otros).

⁴⁵ Conf., FABIÁN, O. CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008, págs. 149-156. y SUSANA MARÍA MELLID, “La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la administración pública de su deber de resolver”, EDA, 2004-669 y PABLO E. PERRINO, “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, LL, 2011-E, 715.

vocados por leyes inconstitucionales⁴⁶, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Todos los supuestos antes mencionados, que trasuntan un comportamiento estatal irregular, contrario a derecho, no han sido objeto de una regulación específica, por lo que quedan subsumidos en la laxa noción legislativa de falta de servicio.

La ley dedica una especial consideración a la falta de servicio por omisión o inactividad estatal⁴⁷ a través del siguiente texto: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”⁴⁸.

Estimamos poco feliz la redacción empleada por el legislador ya que una interpretación gramatical del artículo podría dar lugar a que se acote irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, produciendo un lamentable retroceso en la materia con relación a los avances de la jurisprudencia⁴⁹. Ello es

⁴⁶ Al respecto afirma GORDILLO: “El perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional debe ser indemnizado. Lo mismo ocurre con los decretos de necesidad y urgencia dictados al margen del sistema constitucional, aunque en tal caso no se trata de responsabilidad por acto legislativo *strictu sensu* sino por acto de la administración invadiendo competencias legislativas” (GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XX-41).

⁴⁷ Sostiene CANDA que la responsabilidad del Estado por omisión presenta un creciente interés dogmático que puede obedecer, entre otras razones, “a la irrupción en el ámbito de los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual implicó un cambio en el paradigma de operatividad de estos: mientras que los clásicos derechos civiles (particularmente los de libertad y propiedad) exigían del Estado un mero deber de abstención (un *non facere*), los derechos socio económicos y culturales van a exigir conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que en apenas un siglo el paradigma ha virado desde una pretensión de omisión (que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los derechos civiles) a una prohibición de omisión (que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales) (FABIÁN O. CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CSJN y en la ley 26.944 de responsabilidad estatal”, *Rev. de Der. Adm.*, núm. 97, pág. 1).

⁴⁸ Advierte FALBO que “La «omisión» solo aparece expresamente así denominada en la ley en el último inciso del art. 3º, previsión legal que en su inicio adelanta que en ese se determinan los requisitos de la “responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima”.

De tal forma, la responsabilidad del Estado por omisión, en la mecánica de la ley, queda regulada como un supuesto de la categoría más amplia de responsabilidad del Estado por “actividad o inactividad ilegítima”. De tal forma, consideramos que, más allá de la objetable técnica legislativa, lo que el inicio del artículo y en el inciso b se denomina como “inactividad” es lo mismo que en el último inciso de ese mismo artículo se refiere con el término “omisión.” (ANÍBAL J. FALBO, “La responsabilidad del Estado por omisión en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, JA 2014-IV).

⁴⁹ La terminología empleada en el art. 3º inc. d) de la LRE coincide con la usada por la Corte Suprema en el caso “Mosca” (Fallos: 330:563). De ahí que una interpretación apegada a la letra de la ley dejaría sin cobertura a los supuestos en los cuales la omisión deriva del incumplimiento de un deber normativo general e indeterminado, lo cual ha sido admitido, si bien con cautela, por el máximo tribunal de la Nación. En este sentido, explica CANDA que con anterioridad al fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa

así porque la disposición condiciona la obligación de responder a las siguientes tres exigencias: a) que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; b) que aquel sea expreso; c) y que sea determinado.

La redacción de la norma no es adecuada por las siguientes razones. En primer lugar, porque los deberes de actuación de una autoridad estatal, cuya omisión puede comprometer su responsabilidad, pueden tener su fuente, no sólo en normas positivas, sino también, en los principios generales del derecho; la jurisprudencia da cuenta de un catálogo frondoso de condenas en este sentido⁵⁰. En segundo lugar, los deberes de actuación de una autoridad estatal pueden derivar de la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos⁵¹, en virtud de la cual se entiende que su ámbito de actuación no es solo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquellas atribuyen a la administración o que derivan de su objeto institucional⁵². Y por último, porque la inacción estatal generadora de responsabilidad puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquellos que están impuestos de manera general e indeterminada, como puede ocurrir en ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados⁵³.

“Zacarías” (Fallos, 321:1124) si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente. A partir de dicha causa el alto tribunal sostiene que no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber había sido cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que unía a la víctima con el servicio y d) el grado de previsibilidad del daño. Similar criterio fue seguido por la Corte en el pronunciamiento emitido *in re* “Mosca” (Fallos: 330:563) en el cual se profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, al establecer que éste “debe ser motivo de un juicio estricto” que se debe basar en a) “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y b) “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (FABIÁN O. CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en AA. VV *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, págs. 139 y ss.).

⁵⁰ Ver: PERRINO, *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, cit., págs. 96 y ss.

⁵¹ Ver: CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, cit. págs. 149-150.

⁵² CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, I, cit. t. pág. 209.

⁵³ Para CANDA “la ley de responsabilidad estatal exige el incumplimiento de deberes «determinados» y no el incumplimiento de deberes «reglados» para que proceda la responsabilidad por omisión, lo que brinda margen para sostener que no necesariamente deberá tratarse del incumplimiento de competencias que admitan una única solución justa posible (regladas) para que proceda esta responsabilidad”. (FABIÁN O. CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CSJN y en la ley 26.944 de responsabilidad estatal”, *Rev. de Der. Adm.*, núm. 97, pág. 1.

En lo que concierne a la extensión del resarcimiento, nada se ha establecido en la Ley de Responsabilidad del Estado respecto de los daños indemnizables. En cambio, si se lo ha hecho de manera restrictiva con relación a la responsabilidad por actividad legítima, como más adelante explicaremos. Por tal motivo, cabe recurrir por vía de la analogía a las disposiciones de la legislación civil para suplir la laguna en la materia, en la cual se consagra la regla de la indemnización plena o integral (art. 1740 del C. C. y Co.). En consecuencia, la indemnización en la responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima estatal puede abarcar tanto los daños de carácter patrimonial (v. gr. daño emergente y lucro cesante) como moral o extrapatrimonial, sean estos presentes o futuros e incluso la denominada pérdida de la *chance* (art. 1738 del C. C. y Co.).

Más allá de lo señalado, la Corte Suprema Argentina en los últimos tiempos —efectuando una sobreinterpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional⁵⁴— sostiene que la reparación integral⁵⁵ tiene sustento constitucional⁵⁶.

⁵⁴ La norma dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Ver: CARLOS JOSÉ LAPLACETTE, “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LL, 2012-E, 1045; EMILIO A. IBARLUCÍA, “El derecho a la reparación de daños. Análisis general”, *Tratado de los derechos constitucionales*, AA. VV., Julio César Rivera (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre Directores, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. III, pág. 565; PEDRO A. CAMINOS, “Concepciones sobre derechos constitucionales y derecho a una indemnización”, *Tratado de los derechos constitucionales*, cit. t. III, pág. 591 y MARTÍN JUÁREZ FERRER, “El derecho constitucional a la reparación integral”, en *Tratado de los derechos constitucionales*, cit. t. III, pág. 632

⁵⁵ Para LAPLACETTE hablar de un derecho o principio constitucional a la reparación integral sólo sería aceptable si con ello se pretendiera hacer hincapié en que no cualquier indemnización es admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sino solo que sea razonable, esto es, una reparación cuyo contenido resulte válido dentro del arbitrio que la Constitución deja al legislador. A su entender, desde un punto de vista constitucional la referencia a la integralidad de la reparación solo puede servir para confusiones, desde que es un error afirmar que no es posible establecer límites a la reparación. En realidad, más que posible es necesario. En tal sentido afirma: “si pretendemos darle al término integral un sentido estrictamente literal, el enunciado se transforma en una mera expresión de deseos, ya que a nadie escapa que en todos los casos son innumerables los perjuicios que una persona sufre como consecuencia de un hecho ilícito y no son reparados.

”Que el legislador haya optado por el criterio de causalidad adecuada ya nos brinda un primer límite: no se indemnizan aquellas consecuencias que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad (art. 906 CC). Lo cual no equivale a decir que no exista tal nexo de causalidad. Este existe, pero el derecho lo juzga irrelevante a los efectos indemnizatorios.

”Tampoco se indemnizan las consecuencias mediatas que no han podido verse (art. 901 CC). Sin embargo, aun cuando no hayan podido verse, estas consecuencias casuales constituyen daños producidos por el hecho ilícito que subsistirán a pesar de la indemnización” (CARLOS JOSÉ LAPLACETTE, “Derecho constitucional a la reparación de daños” LL, 2012-E, 1045).

⁵⁶ Fallos: 327:3753, 337:329, 340:1038, 340:1185. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: “es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obliga-

E) Responsabilidad por actuación estatal legítima

El otro ámbito de la responsabilidad estatal que la Ley de Responsabilidad del Estado contempla y cuyo fundamento principal radica en la ruptura del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁵⁷, es el de los daños ocasionados por actuaciones legítimas estatales. Esto se verifica cuando el Estado mediante un comportamiento válido, que puede materializarse en hechos, actos o reglamentos administrativos o leyes del Congreso, perjudica o lesiona derechos de una forma especial o anormal, ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad y que la víctima no está obligada a tolerar⁵⁸.

La Ley de Responsabilidad del Estado efectúa una regulación marcadamente restrictiva de la responsabilidad legítima del Estado a la que, erróneamente, califica de excepcional (art. 4)⁵⁹. Concorde con ello establece que los perjuicios causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (art. 5, párr. 3°).

Además, con relación al recaudo del daño, a diferencia de lo que ocurre respecto de la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima, la Ley de Responsabilidad del Estado introduce inadmisibles e inconstitucionales restricciones. En primer lugar, requiere que el daño sea “actual” (inc. a, del art. 4)⁶⁰, por lo que margina la indemnización del daño futuro y la pérdida de

ción de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento —derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; entre otros)” (Fallos: 335:2333).

⁵⁷ Conf. ALBERTO B. “BIANCHI, La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, en AA. VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 195 y ss.; ver: MICHEL PAILLET, *La responsabilidad administrativa*, trad. por Jesús María Carrilo Ballesteros de la 1ª ed., Dalloz, 1996, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 221.

⁵⁸ CSJN, Causa “Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, sent. del 19/5/92, Fallos: 315:1026; ver: PEDRO COVIELLO, “El caso “Columbia”: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales formativos”, Rev. de Der. Adm. núms. 9 a 11, págs. 139 y ss.

⁵⁹ Conf. PEDRO ABERASTURY, “Principios de la responsabilidad del Estado”, en AA. VV., *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury director, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pág. 37.

⁶⁰ La Corte Suprema ha condenado a indemnizar el daño futuro en los pronunciamientos registrados en Fallos: 307:1515, 311:233 y 744; 312:2266, 317:318, 325:255, entre otros. Conf. JULIO R. COMADIRA, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2003, pág. 373.

la *chance*. Además, establece que la indemnización consistirá en el “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”⁶¹. Este texto, que es casi una reproducción del artículo 10 la Ley de Expropiaciones⁶², no es adecuado para cubrir todos los daños que puede causar el Estado actuando lícitamente (por ejemplo: los daños corporales, la muerte de una persona, el daño moral, etc.), pues el valor objetivo del bien se identifica con el denominado valor de mercado que es el que deriva del libre juego de la oferta y la demanda⁶³. La Ley de Responsabilidad del Estado descarta el resarcimiento del lucro cesante⁶⁴, lo cual no es razonable ya que en muchos casos conducirá a reconocer una indemnización irrazonable debido a su insuficiente o ínfima cuantía, que dejará sin reparar el perjuicio padecido por la víctima.

⁶¹ El texto del 2º párrafo del art. 5 de la LRE reproduce la fórmula empleada en el art. 10 de la Ley 21.499 de expropiaciones, lo cual, con razón es criticado por GORDILLO. A su entender: “Extender las ideas restrictivas de la indemnización expropiatoria a todos los casos de responsabilidad del Estado es una desproporción” (GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. II, cap. XX-32).

⁶² Ley 21499 (B.O. 21/1/77). Su art. 10 dispone: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

⁶³ Fallos: 207:804, 237:38, 241:73, 242:150 y 317:377; Conf. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, cit. t. IV, pág. 249; JUAN FRANCISCO LINARES, “Valor objetivo e indemnización en la Ley 21.499”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1977, núms. 15-17, págs. 56 y ss.; CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, cit. t. II, págs. 276 y ss. y JORGE L. MAIORANO, *La expropiación en la ley 21.499*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978; pág. 62; JUAN ALBERTO CASAS y HORARIO J. ROMERO VILLANUEVA, *Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*; Buenos Aires, Astrea, 2005, págs. 53-56; ver Resolución 27/2002 del Tribunal de Tasaciones de la Nación por la cual se aprueban las normas de tasación. En especial ver la Norma TTN 1.4. Principios y conceptos de valor: valor de tasación (<http://www.ttn.gov.ar/normas/normas.htm>).

⁶⁴ Si bien la Corte Suprema de Justicia en un número relevante de asuntos dispuso la aplicación analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones, razón por la cual al determinar la extensión del resarcimiento descartó el pago del lucro cesante (Fallos: 195:66, 293:617, 301:403, 312:649, entre otros), en las últimas décadas ha reconocido claramente que dicho no debe ser excluido de la condena (Fallos: 312:2266, 316:1465 y 1335, 320:2551, 327:247, 328:2654, 328:2654 y causa “Malma Trading S.R.L. c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, fallada el 15/5/14, LL, 2014-C, 263 y ED, 2014-190; ver: PABLO E. PERRINO, “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos” LL, 2014-C, 1078 y “La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944”, *Rev. de Resp. Civ. y Seg. La Ley*, núm. 12, págs. 31 y ss. y “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, en AA. VV. *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 249 y ss.).

A su vez, la Ley de Responsabilidad del Estado no da cobertura a los supuestos, si bien excepcionales, de daños provocados por omisiones legítimas.

También la Ley de Responsabilidad del Estado introduce otra grave limitación al regular el requisito de la relación de causalidad que debe mediar entre el daño y la actuación estatal legítima lesiva, pues, siguiendo el criterio restrictivo empleado en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁶⁵, exige que la causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva” (art. 4, inc. c). Por consiguiente, en esos casos la existencia de cualquiera de los eximentes previstos en el artículo 2 de la Ley de Responsabilidad del Estado (caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero) provocará la exoneración total de la responsabilidad del Estado, sin importar el grado de incidencia que pueda tener en la producción del resultado dañoso. Ello no es razonable y deja en el desamparo a las víctimas de daños provocados por el Estado cuando concurren otros factores causales, incluso en supuestos en los cuales la participación estatal puede ser la decisiva y determinante del evento dañoso pero no la única.

En lo que concierne al título de atribución, la Ley de Responsabilidad del Estado requiere para la procedencia de esta responsabilidad la existencia de un sacrificio o daño especial⁶⁶ que el afectado no debe estar obligado a soportar⁶⁷. Es interesante destacar que si bien la noción de sacrificio o daño especial fue receptada a partir de mediados de la década del treinta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁸, lo cierto es que sus alcances aún no están claramente definidos⁶⁹, razón por la cual

⁶⁵ Fallos: 312:1656 y 2020, 318:1531, 328:2654, entre otros.

⁶⁶ Como recuerdan BIANCHI y MURATORIO se atribuye a OTTO MAYER la paternidad de la teoría del sacrificio especial (ALBERTO B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 1999, págs. 140 y ss. y JORGE I. MURATORIO, “Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 77).

⁶⁷ ENRIQUE V. VERAMENDI, “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, LL, 2016-C, 1182.

⁶⁸ Fallos: 176:111, 180:107 y 248:79.

⁶⁹ Explica BIANCHI que la doctrina del sacrificio especial “fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa «Fisco Nacional c/Arrupé» (Fallos: 176:111) y, más explícitamente, en «Establecimientos Americanos Gratry» (Fallos: 180:107). En este último caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación para rechazar la demanda dijo que «no reúne el perjuicio que se dice experimentado la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad». La exigencia relativa a esta «condición de especialidad» fue repetida también en «Carlos Reis y Cía. SRL» (Fallos: 248:83). Asimismo, en la causa «Corporación Inversora Los Pinos» (Fallos: 293:630) se aludió al «sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad» y en «Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/BCRA» (Fallos: 315:1026), se aludió a «la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado». Más tarde, en «Buenos Aires Eximport SA c/Nación Argentina» (Fallos: 316:397), se dijo que «es esencial a esta

su determinación depende de la casuística judicial como de manera clara precisa BIANCHI⁷⁰.

Del examen de los pronunciamientos del máximo tribunal surge que en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos⁷¹, mientras que en otros, acertadamente, se ha seguido una concepción de índole cualitati-

clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular»". ALBERTO B. BIANCHI, "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en AA. VV., *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti director, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, págs. 1999-1200. Ampliar en ALBERTO B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 1999, págs. 53 y ss.).

⁷⁰ ALBERTO B. BIANCHI, "La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa", en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, RAP, 2008, pág. 28.

⁷¹ Fallos: 316:397 y 321:3363. MARIENHOFF ha criticado severamente el requisito del daño individualizado especial, particular o singular y no general con las siguientes palabras: "Desde luego, paréceme inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño «general», no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando tal perjuicio «general», se concreta en la pérdida definitiva de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio público —pero guardando silencio en lo que respecta a indemnización— ciertas cosas que hasta entonces eran del dominio privado de los administrados, tal disposición no trasunta, técnicamente; una «carga pública», sino un despojo o una confiscación, lo que en manera alguna armoniza con disposiciones constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad. Pretender que ello es una «carga pública», significa tergiversar el concepto jurídico de la misma. El traspaso de bienes privados al dominio público, por ejemplo, tiene carácter definitivo o permanente; siendo entonces de advertir que la carga pública tiene como rasgo típico, aparte de su «gratuidad», especialmente su carácter «temporario» o meramente transitorio: si así no fuese, el pueblo donde imperare semejante régimen se convertiría en un pueblo de esclavos, debiéndose recordar que los pueblos civilizados abolieron para siempre todo resto de esclavitud. De modo que no puede invocarse aquí, para negar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, el «principio de igualdad ante las cargas públicas», pues no se está en presencia de una carga pública, aparte de que la «desigualdad» en dichas cargas no es el único fundamento posible de la responsabilidad del Estado, ya que otro de esos fundamentos puede ser el respeto a los derechos adquiridos, o el respeto al derecho de propiedad. [...]

"Debe tenerse presente que es muy difícil —casi imposible— que el perjuicio patrimonial ocasionado por una ley sea efectivamente «general», pues nunca los efectos de una ley incidirán sobre el patrimonio de todos los habitantes del país, a lo sumo solo gravitarán sobre un sector de personas, que podrá o no ser más o menos extenso; por ejemplo, sobre las personas que fueren titulares del dominio de una cosa que ahora se declara del dominio público: no todos los habitantes del país sufrirán quebranto por la aplicación de tal ley; únicamente lo sufrirán los que sean propietarios de cosas como las ahora declaradas dominicales, públicas o del dominio público. Resulta, además, evidente, que con relación a los demás habitantes del país, dichas personas reciben un daño o perjuicio «diferencial», circunstancia que debe tenerse muy en cuenta". (MIGUEL S. MARIENHOFF, "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", LL, 1983-B, 910).

va⁷² que toma en consideración la intensidad⁷³ o gravedad del daño⁷⁴, en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal⁷⁵ y razonablemente soportar⁷⁶.

F) Prescripción

El plazo de prescripción de la acción para demandar el pago de la indemnización es de tres años (art. 7 de la LRE)⁷⁷. El mismo coincide con el establecido en el artículo 2561, 2º párrafo, del Código Civil y Comercial para la responsabilidad civil⁷⁸.

⁷² A juicio de COMADIRA el sacrificio especial “se debería referir a la razonabilidad (“Ledesma”, consid. 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquel guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad («García», consid. 5º, citada en nota 25)” (JULIO R. COMADIRA, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003, pág. 376 y “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, EDA 01/02-756).

⁷³ Conf. HÉCTOR A. MAIRAL, “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, AA. VV., *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 141 y ss.

⁷⁴ Fallos: 315:1892 y 330:2464, entre otras.

⁷⁵ Fallos: 308:2626. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita “solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)” (Fallos: 337:548).

⁷⁶ CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, págs. 491 y ss.; JULIO R. COMADIRA, “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, ED, supl. de Der. Adm., serie especial del 31/10/2002; “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, Documentación Administrativa, Madrid, INAP, núms. 237-238, pág. 317; MARTÍN GALLI BASUALDO, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 79.

⁷⁷ En el art. 7 de la LRE se establecen dos circunstancias a partir de las cuales se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, las cuales en algunos casos pueden coincidir en el tiempo y para cuya consideración debe tenerse presente que, como enseña la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la prescripción es un instituto de interpretación restrictiva, razón por la cual en caso de duda, debe ser preferida la solución que mantenga vivo el derecho (Fallos: 312:2352, 318:879, 326:742 y 334:1768). Ellas son: a) el momento en el cual el daño se verifique (lo que no debe ser confundido con el momento en que acontece el hecho generador del perjuicio); y b) desde que la acción quede expedita.

⁷⁸ A diferencia de lo establecido en el 3º párrafo del art. 2561 del C. C. y Co., en la LRE no se dispone la imprescriptibilidad de la acción en el supuesto especial de daños derivados