

**“LA FALTA DE SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
ARGENTINA COMO FORMA DE RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL”**



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADO

DERECHO

CORDOBA

CANDELA SUSANA

2014

RESUMEN

La responsabilidad del Estado es uno de los temas mas suscitados día a día en nuestro país. Se remonta desde la Edad Media hasta nuestros días con diversos cambios en el paradigma y, hoy por hoy, se siguen implementando modificaciones para la adjudicación de la responsabilidad de nuestro propio Estado. La “Falta de servicio” del mismo, tema que le compete al presente trabajo, se consolida a partir del año 1987 con el conocidísimo caso “Blanco”, sentando jurisprudencia por el Consejo de Estado Francés, desplazando la noción de culpa y consolidándose la forma objetiva y directa como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica del Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados.

ABSTRACT

The responsibility of the State is one of the most renamed subjects at the day by day of our country. It dates back from the middle age to our present days with diverse changes in the pattern and now a days various modifications are still being implemented to award the responsibility to our own State. The “Faute de Service”, as the subject of this presentation, strengthens at the year 1987 with the renown “Blanco” case, establishing jurisprudence by the French State Council Board, disregarding the knowledge of guilt and consolidating an objective and direct form, as an estimate of responsibility of the State jurisdiction to make it always responsible of the irregular or defective execution of the administrative role, only when it causes damages to the administrative officers.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCION</u>	5
1- <u>NOCIONES GENERALES</u>	
1.1 Concepto de responsabilidad	7
1.2 Presupuestos de la responsabilidad	7
1.2.1 Daño injusto.....	8
1.2.2 Relación de causalidad.....	8
1.2.3 Factor de atribución.....	9
1.2.4 Antijuridicidad.....	10
1.2.5 Culpabilidad.....	10
1.3 Funciones de la responsabilidad por daños	11
1.4 Clases de Responsabilidad	11
1.4.1 Contractual	11
1.4.2 Extracontractual.....	12
1.4.3 Por acción u omisión	13
1.4.4 Directa e indirecta	14
1.4.5 Lícita e ilícita	15
1.5 Fundamentos de la responsabilidad del estado	16
2- <u>EVOLUCION HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO</u>	
2.1 Introducción.....	18
2.2 Consejo de Estado Francés, Caso Blanco 1873	20
2.3 Evolución en la Argentina.....	21
3- <u>LA FALTA DE SERVICIO Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ILEGITIMA</u>	
3.1 Servicios públicos.....	25
3.2 La Falta de Servicio	26
3.3 Fundamentos para la atribución de responsabilidad por falta de servicio.....	31

3.4	Responsabilidad del Estado por actividad administrativa ilegítima.....	32
4-	<u>ALGUNOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SU ACTIVIDAD ILICITA - LA FALTA DE SERVICIO EN PARTICULAR: SALUD, SEGURIDAD Y AMBIENTE</u>	
4.1	La falta de servicio en la Salud Pública	35
4.2	La falta de servicio en la Seguridad Pública	38
4.3	La falta de servicio en cuestiones Medioambientales	39
5-	<u>LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NUEVA LEY ARGENTINA</u>	
5.1	Nueva Legislación sobre responsabilidad del Estado en Argentina.....	44
	<u>CONCLUSION</u>	47
	<u>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</u>	48

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se desarrollara la falta de servicio en la administración pública como forma de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad del Estado comprende uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal, ya que el mismo debe cumplir correctamente con sus fines propuestos, pero al mismo tiempo choca, inevitablemente, con otros intereses que, por pertenecer a un individuo o a un grupo, deben ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y que por esa misma razón son más dignos de tener en cuenta. Lo que se pretende con la teoría de la falta de servicio, es hacer cargo a éste y a los funcionarios, de los actos de gobierno cuando por sus hechos u omisiones, no cumplieron sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas y con ello limitar el accionar de aquellos con el fin de proteger los derechos individuales de los administrados.

La evolución de la responsabilidad del Estado reconoce tres grandes momentos, una etapa inicial, de la irresponsabilidad, una intermedia, de la responsabilidad del funcionario y finalmente la actual, que reconoce como un elemento esencial del Estado de Derecho, el de la plena responsabilidad del Estado por los daños que él causare con su obrar, sea legítimo o ilegítimo, centrándose en el daño injustamente sufrido por el damnificado con independencia de los factores de atribución subjetivos.

Para comenzar con una aproximación al tema de estudio, a lo largo del presente trabajo se verán las nociones generales concernientes a la investigación planteada para así poder dilucidar cuales son las características principales y los presupuestos necesarios para incurrir en una falta de servicio por parte del Estado. Luego se desarrollara la evolución histórica de la responsabilidad del Estado pudiendo observar detalladamente cuales fueron las diferentes etapas y como, a lo largo del tiempo, fue avanzando progresivamente hasta llegar al día de hoy. Seguidamente se expondrá la Teoría de la Falta de

Servicio propiamente dicha, donde se podrá observar en que situaciones se da la misma y el supuesto y fundamento en que ella se hace visible.

Habiendo hecho un paneo general sobre la responsabilidad del Estado y la falta de Servicio, se verá la misma centrada en tres puntos específicos, la salud, la seguridad y el ambiente. Para concluir, se verá la novedosa Ley sancionada en nuestro país.

CAPITULO 1: NOCIONES GENERALES

En el presente capítulo se desarrollará las nociones generales de la responsabilidad desde una óptica privatista describiendo conceptos elaborados en el Derecho de Daños, como así también en el Derecho administrativo.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad, en términos generales, hace alusión a la transgresión de un deber de conducta señalado por una norma jurídica impuesta al sujeto, donde a diferencia de las normas morales, procede de algún organismo externo a él, principalmente el Estado, y es coercitiva.

La responsabilidad en el ámbito del Derecho Civil, se describe como una obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, habitualmente mediante una indemnización de perjuicios. Zavala de González define a la responsabilidad como “La reacción jurídica contra un perjuicio injusto, compensa con un bien, la indemnización, a quien ha sufrido ese mal” (Zavala de González, 2004).

La responsabilidad Administrativa, también conocida como responsabilidad disciplinaria, es aquella a la que están sujetos los servidores, funcionarios o empleados públicos por las infracciones cometidas de las disposiciones administrativas, referentes al ejercicio de su actividad, en relación con el servicio que les está encomendado.

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Los presupuestos de la responsabilidad son los requisitos que condicionan las consecuencias jurídicas con motivo de la producción de perjuicios. El daño injusto o un peligro antijurídico de daño y un factor de atribución contra el responsable son “presupuestos constantes”. En cambio, los “presupuestos generales” tienen una relación de causalidad entre el perjuicio o su peligro y el hecho fuente, y por último son “presupuestos eventuales” la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.

DAÑO INJUSTO

La injusticia del daño o un peligro antijurídico, son un presupuesto indispensable para su resarcimiento. El interés digno de protección hace nacer lo que llamamos daño injusto, aunque su causación esté justificada y la víctima no haya sufrido el perjuicio. El daño injusto va mas allá de un efecto perjudicial, y esto es la injusticia de que la víctima lo soporte. El peligro del daño debe reaccionarse contra una situación antijurídica, en donde la amenaza del daño debe estar prohibida.

Zavala de Gonzales dice “a pesar de que sea legitimo actuar dolosamente, puede ser injusto dejar a la víctima sin protección resarcitoria” (Zavala de Gonzales, 1999).

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Excepcionalmente, hay responsabilidad sin una relación de causalidad, como ocurre con los actos ilícitos de omisión, en el Artículo 1074 del Código Civil “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”, pero generalmente para que un daño pueda ser reparado, debe guardar una relación de causalidad adecuada con el suceso que lo obliga a responder, tal como lo recepta el Artículo 901 del Código Civil “Las consecuencias de un hechos que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales" y el Artículo 906 del Código Civil “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexos adecuados de causalidad”. Solo se responde si el daño es causado por el hecho de una persona distinta de la víctima, ya que, en principio, no hay responsabilidad si el perjuicio fue provocado por el propio damnificado, hecho de la víctima, o por alguien extraño al demandado, hecho de un tercero, o por un hecho ajeno irresistible, caso fortuito.

Hay excepciones a la relación causal adecuada que tiene que existir para que el daño se produzca, ya que responde, no solo quien causa un daño, sino

también, el que pudiéndolo hacer sin daño personal, no evita el daño que amenaza a otra persona y que aquél no causó. Igualmente, aunque un sujeto sea responsable por el daño que otro sufrió, solo queda obligado a responder por aquellas cuestiones que guardan un nexo causal “adecuado” con este, y no por todas las derivaciones desatadas por el hecho.

FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Los factores de atribución son las razones que justifican la responsabilidad, es la respuesta del derecho de daños al fundamento de una responsabilidad específica. Pueden ser de responsabilidad subjetiva, los cuales se vinculan con la culpabilidad y se apoyan en la reprochabilidad de la conducta dañosa al responsable. La culpabilidad puede consistir en dolo, como ocurre en los delitos, o en culpa, como sucede en los cuasidelitos. Los factores objetivos, en cambio, tienen motivos ajenos al reproche subjetivo. Como factores objetivos pueden mencionarse, la garantía, el riesgo creado, la equidad, el abuso y el exceso en el ejercicio de los derechos y la igualdad ante las cargas públicas. En algunos sistemas como el francés y actualmente el argentino, ha producido el achicamiento del margen de aplicación de la responsabilidad por culpa por una responsabilidad objetiva, basada en la teoría del riesgo (Galdós, 2000).

Los factores de atribución determinan el nacimiento de la responsabilidad y, además, tanto en el campo del derecho privado como en el del derecho público, cuando los factores son objetivos, limitan o amplían la medida de la indemnización según que se aplique un factor atributivo basado en el riesgo, en la garantía o en el sacrificio especial producido por una actividad legítima del Estado.

El derecho público, ante la incompatibilidad del derecho civil, se apartó del criterio de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad frente a situaciones en las que el Estado era evidentemente responsable pero resultaba prácticamente imposible o, al menos muy difícil, individualizar al autor del daño y, en caso de que éste se conociera, probar la culpa del agente público.

Esa incompatibilidad condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva que, básicamente, responde a dos factores de atribución: a) la falta de servicio de la jurisprudencia francesa, el funcionamiento anormal del servicio público en la legislación española o el incumplimiento irregular de las

obligaciones y deberes de los agentes públicos en el derecho argentino, Artículo 1112 del Código Civil “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título” en la responsabilidad por actividad ilegítima y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o derivado del normal funcionamiento de un servicio público, en la responsabilidad por actividad legítima¹.

ANTI JURIDICIDAD

Algunos autores consideran la antijuridicidad como presupuesto general de la responsabilidad por daños, pero el requisito no es constante, y solo funciona en algunos supuestos, como por ejemplo en los casos en el que existe un factor de atribución subjetivo y el daño nace de una conducta del responsable. La antijuridicidad emana de una conducta ilícita en donde la misma es absorbida y reemplazada por la injusticia del daño.

“La antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerando este en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito” (Zabala de Gonzales, 1999).

CULPABILIDAD

Existe culpa cuando un resultado que era previsible no se ha previsto y no se lo ha evitado, porque el sujeto actuó con descuido y sin la prudencia necesaria para que el hecho no se configure. Entre las modalidades de la culpa, podemos encontrar: la negligencia, que es la falta de cuidado o atención. La imprudencia, que se representa por la omisión de las precauciones que se debían tener en cuenta. La impericia, la cual se hace presente cuando una persona por su trabajo o profesión ante una negligencia o imprudencia, no ha adoptado los recaudos necesarios para que el daño no se produzca, y por ultimo, el incumplimiento de los deberes del arte o la profesión, en donde es diverso

¹ Cassagne, Juan Carlos (6/11/08), Publicaciones, *Reflexión sobre los factores de atribución en la responsabilidad del estado por la actividad de la administración*. Recuperado el 10/05/14 de: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf>

según la actividad llevada a cabo, pero puede significar negligencia, imprudencia o impericia.

La culpabilidad constituye el factor de atribución subjetivo en la obligación de resarcir. En la actualidad no se considera un requisito indispensable y esencial del responsable del hecho. Por lo general, son más frecuentes e importantes los factores objetivos de atribución.

FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Surge la responsabilidad cuando los hechos propios o de las personas, cosas o actividades, bajo el control de un sujeto, causan un daño a otro o crean un peligro. Las funciones esenciales de la responsabilidad tienen apoyo en lo dispuesto en la primera parte del Artículo 1067 del Código Civil. A los efectos civiles, se requiere que haya un acto causado, o de lo contrario un acto exterior que lo pueda causar. Las funciones son:

- Responsabilidad resarcitoria, implica una obligación de reparar el daño causado o el daño no evitado, el cual puede resarcirse tanto en dinero como en especie.
- Responsabilidad preventiva, valga la redundancia, previene que se cause un daño o que se agrave el daño ya causado, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio (López Mesa, 2008).
- Responsabilidad punitiva, se percibe de quien causare daños gravemente injustos y los lucros obtenidos.

CLASES DE RESPONSABILIDAD

CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual supone una obligación que debe ser concreta y preexistente “deber jurídico impuesto”, formada por convención de las partes o por la ley y que resulta violada por una de ellas, cualquiera sea su causa fuente generadora (Pizarro y Vallespinos, 2008). Nace cuando revoluciones como la americana de 1776 y la francesa de 1789 vislumbran que el Estado no era más el todopoderoso, el Estado comienza a igualarse con los ciudadanos.

Algunos autores consideran que, la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, no es la fuente de obligación violada, sino el carácter de

ella. Si hay un deber que es específico y determinado en relación con el objeto de la obligación y al sujeto obligado, sin importar la fuente, la responsabilidad entra en el ámbito contractual, en cambio, cuando existe un deber genérico e indeterminado de no dañar, en cuanto a los sujetos pasivos que deben obedecer, la violación recae en un ámbito extracontractual o delictual, que es la regla en la materia de responsabilidad civil (Bustamante Alsina, 1997).

Se indemniza únicamente el daño emergente por aplicación analógica de las leyes de expropiaciones (que establece el pago de una indemnización previa del Estado al propietario del terreno expropiado), pero no el lucro cesante.

EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual o también llamada Aquiliana, encuentra sus orígenes en la lex Aquilia del derecho romano, de donde surgió dicha proscrición nociva al margen de relaciones específicas entre las partes (Zavala de González, 2004).

A diferencia de la responsabilidad contractual, tiene independencia de que exista una obligación preexistente y consiste en la violación de un deber genérico de no dañar, en el caso de la responsabilidad del Estado puede originarse en una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado, la cual puede originarse en un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo (Gordillo, 2013).

Esta responsabilidad es de carácter residual, ya que toda responsabilidad que no sea obligacional (contractual), es extracontractual, lo que implica la lesión al deber general de no dañar a otro. Aquí impera el principio de reparación integral; cualquiera sea el factor de atribución, las consecuencias objetivamente previsibles se indemnizan, ya sean mediatas o inmediatas. La responsabilidad extracontractual del Estado se genera por actos u omisiones ilícitas (delitos o cuasidelitos) cometidos por sus dependientes (funcionarios públicos o empleados de menor jerarquía que no revisten la calidad de funcionario público) en el ejercicio de sus funciones. La reparación es integral, es decir, se indemniza tanto el daño emergente, como el lucro cesante y demás rubros indemnizatorios como el daño moral, entre otros.

Primeramente se habla de responsabilidad indirecta del Estado y con factor de atribución subjetivo (culpa –in eligendo o in vigilando- o dolo). Luego y actualmente se habla de responsabilidad directa y principal del Estado y con factor de atribución objetivo (falta de servicio - artículo 1112 del Código Civil), por el que se prescinde de la noción de culpa y no se requiere la individualización del funcionario o empleado estatal autor del daño.

POR ACCIÓN U OMISIÓN

La responsabilidad extracontractual presupone la existencia de una acción o una omisión de una persona, siendo, por tanto, indiferente para los efectos del nacimiento de la responsabilidad que la falta o el acto ilícito se realice por medio de un hecho activo o de una simple abstención.

La responsabilidad del Estado por omisión remite al concepto jurídico de inactividad. En el campo del derecho público no hay normas que regulen la cuestión por lo tanto por analogía se admite las prescripciones establecidas por el Código Civil. Existen tres posturas que se utilizan para juzgar la cuestión:

1. Art.1112 del Código Civil, el cual contempla con conductas y omisiones irregulares de los funcionarios públicos (falta de servicio).
2. Juzgarse en base al art. 1074 del Código Civil según el cual “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.
3. Se aplican ambas disposiciones según el caso (Avalos – Buteler - Massimino, 2014).

Como la misma se trata de una responsabilidad objetiva y tiene fundamento en el principio de igualdad, se aplican los requisitos de la responsabilidad del Estado por acción, sobre la noción de la falta de servicio, contenido en el art. 1112 del C.C. Para poder determinar la misma se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, dicha omisión debe derivar de una obligación expresa o implícita (Art. 1074 del Código Civil “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”) donde se pretenda

razonablemente que el Estado actúe de una determinada manera para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares (Cassagne, 1998).

Bustamante Alsina dice “el acto de violación es positivo cuando la ley prohíbe su ejecución y negativo cuando lo ordena mediante ya sea una disposición expresa o bien mediante una genérica” (Bustamante Alsina, 1997).

DIRECTA E INDERECTA

La responsabilidad por el hecho propio opera cuando se produce el daño por las acciones directas del mismo responsable. Quien ejecuta esa acción dañosa es la persona que debe responder. La misma puede ser subjetiva, la cual es alcanzada por la presencia de la culpabilidad que puede ser probada o bien presumida en la conducta del agente y que encuentra su fundamento en el Artículo 1109 del Código Civil “Todo aquel que ejecute un hecho y que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho Civil. Cuando por defecto de la solidaridad derivada del hecho, uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro” como también por el Artículo 1072 “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código delito”. También puede ser objetiva, cuando existe un factor de atribución (riesgo, garantía, equidad, abuso del derecho, igualdad entre las cargas públicas, fallas en la prestación de servicios esenciales) de esa naturaleza para justificar la obligación de resarcir.

La responsabilidad indirecta, o por el hecho ajeno, la autoría del daño recae sobre un sujeto distinto del que debería asumir, puede ser en forma conjunta o de manera exclusiva, aquellas consecuencias resarcitorias. Se exige que, entre el responsable y el agente del daño exista una relación de subordinación o de particular custodia o vigilancia. Por tanto, basta con dicha relación de dependencia para que pueda y deba predicarse la vigencia de la responsabilidad por hecho ajeno, aunque el supuesto de hecho concreto no se encuentre expresamente contemplado en dicho artículo. (Pizarro – Vallespinos, 2008)

El Artículo 1113 del Código civil, habla sobre la responsabilidad de los hechos de los dependientes, lo que sería el caso de la responsabilidad del Estado por el hecho de alguno de sus funcionarios públicos en el desarrollo de sus actividades y el mismo reza: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado (Párrafo agregado por Ley 17.711). En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.”

LÍCITA E ILÍCITA

Cuando se habla de actos lícitos se debe enfocar, principalmente, en actos conformes al derecho, al ordenamiento jurídico pero que a su vez son dañosos, ya que generan una lesión al interés humano. El fundamento principal de la responsabilidad del Estado por actividad legítima no es otro que el principio de igualdad ante las cargas públicas consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Nacional, la obligación de resarcir no nace del daño, sino de la alteración de este principio.

La procedencia depende de:

1. La existencia de un daño cierto
2. la relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y del perjuicio invocado
3. la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada a través de un factor de atribución
4. el sacrificio especial
5. que no haya obligación de soportar el daño (Avalos – Buteler - Massimino, 2014).

En un caso de actividad lícita de la Administración se torna indemnizable el daño provocado a los particulares, siempre que sea efectivo, individualizado, evaluado económicamente y se ajuste al concepto de "sacrificio

especial" en el sentido que incida sobre ciertos individuos y supere los pequeños daños derivados de la convivencia. En tal caso, la indemnización de dicho daño debe ser integral.

La teoría del Sacrificio especial Se refiere a la obligación de indemnizar que tiene el Estado para reparar el daño ocasionado aunque el acto que lo ocasiona sea legal, en la manera que se perjudique al ciudadano de forma desigual y desproporcionada con respecto al resto de los habitantes. (Carranza, 1998)

Esta teoría tiene tres condiciones para que el Estado responda:

1. que la administración pública cause un daño al particular
2. que el daño castigue al particular de un modo injusto o desigual
3. que el daño ocasione perjuicio material o empobrecimiento en particular.

Por otra parte la responsabilidad ilícita de parte del Estado se define por referencia a dos parámetros: de un lado, es preciso que el funcionario vulnere positivamente alguna norma escrita o no escrita, o actúe sin cobertura legal suficiente; de otro, se requiere además que la vulneración práctica se refiera precisamente a aquellas normas dictadas para proteger el bien jurídico que ha resultado lesionado. Únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio son susceptibles de generar un derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por el obrar ilícito del Estado.

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En Argentina, el fundamento de la responsabilidad del Estado se basa en principios generales del derecho pertenecientes al derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional, en su propio texto normativo, en la primera legislación de la organización nacional y en el artículo 1112 del Código Civil, que constituye una norma de derecho público.

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución, la cual si bien se gradúa de un modo distinto según provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde siempre

a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración.

Cassagne advierte que el fundamento de la responsabilidad es de derecho público y requiere, por tanto, de una regulación autónoma y diferenciada del derecho privado, no obstante que se trata, en definitiva, de reparar el llamado daño injusto o no justificado, con criterios propios de la disciplina publicista (Cassagne, 2011).

CAPITULO 2: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

El fundamento de la responsabilidad de Estado, radica pura y exclusivamente, en que no es posible decir que alguien está sometido al ordenamiento jurídico sino es responsable de los daños ocasionados y los indemniza debidamente; y el Estado, no es ajeno a esta regla esencial.

En la Edad Media, los gobernantes rigieron los destinos de una comunidad, respetando las leyes de Dios ya que estaban bajo la influencia cristianas de esa época y dando a cada uno lo suyo. En el siglo XVI, se agudiza la tensión con el triunfo del absolutismo, dándole inicio a una de las épocas más inmorales del derecho público. Un Estado que posee poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior.

De esta forma se puede comprender que la irresponsabilidad del Estado fue consolidada por el absolutismo, sosteniendo que el monarca o rey no podían causar perjuicios sobre la base de la idea de soberanía, excusa por la cual la irresponsabilidad se mantuvo durante tantos siglos.

Agustín Gordillo sistematiza la evolución hacia la responsabilidad en cinco distintas etapas:

1. Una época primitiva, que abarca desde los orígenes hasta Roma, donde no se puede hablar de responsabilidad del Estado porque no se concibe al mismo como unidad jurídica-política, si hay un centro de soberanía el cual abarca a reyes, emperadores y demás figuras de autoridad, pero no responde de sus actos sino ante la divinidad. Es por esto que todo el peso del daño debía ser soportado por el perjudicado, sin que este tuviera acción alguna para reclamar, ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. Para solucionar las situaciones en que existía una relación contractual entre el Estado y los particulares, el derecho romano va a crear la noción del fisco, germen remoto de la teoría de la doble personalidad del Estado. El Fisco aparecía como una persona

moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines, y a la cual le correspondían ciertos privilegios del derecho civil y de procedimiento.

2. Época teológica, a partir de la Edad Media, se plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado, pero esta se resuelve negativamente por la concepción político religiosa de la soberanía. La diferencia con la primera etapa, es que en esta se presenta la posibilidad de la responsabilidad, aunque la respuesta es negativa. Así el absolutismo consolidó la irresponsabilidad estatal, considerando que la soberanía del monarca tenía origen divino.
3. Época estatista, en esta las doctrinas teológicas de la soberanía fueron resquebrajándose, así durante el siglo XVIII, con la Revolución Francesa y la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” donde el Artículo 3 reza: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella” se sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, que era el resultado de un contrato social, así la soberanía del pueblo no reconoce limitaciones, acentuándose de esta manera el despotismo y la irresponsabilidad del Estado.
4. Época de la indecisión, en la cual se mantiene el principio de irresponsabilidad del Estado, pero se consagra lentamente la responsabilidad de los funcionarios, aunque presenta dos tipos de limitaciones, solo es responsable por su dolo o culpa grave y en cuanto al procedimiento para que este funcionario sea demandado y llevado ante los estrados judiciales, se requería la previa autorización del poder administrador.
5. Época intermedia, en la cual comienza a admitirse la responsabilidad del Estado por los actos de los funcionarios y por los suyos propios, aun cuando fueren regulares y legales. Así al resultar violado un derecho individual, debe haber siempre una indemnización, si el culpable no la puede dar, debe darla la sociedad. La posible insolvencia del agente público para afrontar el pago de las reparaciones exigibles no puede perjudicar al damnificado, el Estado, responsable de los servicios, será quien responda por dichas reparaciones (Gordillo, 1959).

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS; CASO BLANCO 1873

El cambio de paradigma de la responsabilidad se inicia y consolida en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a partir del caso “Blanco”, resuelto en 1873. El caso se trata de una niña llamada Agnes Blanco, que fue atropellada y herida por un vagón de una empresa de tabaco regida por el Estado. El padre de la menor acudió a los tribunales judiciales mediante el ejercicio de una acción de daños e intereses contra el Estado, como civilmente responsable por las faltas cometidas por los obreros de la manufactura. Enseguida, el asunto se envió al Tribunal de Conflictos para que este resolviera cual de las dos autoridades jurisdiccionales debía conocer el conflicto de acciones por daños e intereses contra el Estado, sea la autoridad jurisdiccional administrativa, o sea la autoridad jurisdiccional judicial.

En la sentencia citada se expone lo siguiente:

Considerando que, la acción intentada por el señor Blanco, contra el prefecto del departamento de Gironde, representante del Estado, tiene por objeto hacer declarar civilmente responsable, por la aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del código civil, por los daños causados por las heridas provocadas a su hija por los hechos causados por los obreros empleados de la administración de tabacos.

Considerando que la responsabilidad de la que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios determinados en el código civil, para las relaciones de particular a particular.

Que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados; que por lo tanto en los términos de las leyes citadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer... (Sentencia del Tribunal de Conflictos)²

² Tribunal de Conflictos, 8 de Febrero de 1873, Blanco, Dalloz 1873.3.20

Esta Sentencia determina tres aspectos fundamentales:

- La competencia de la jurisdicción administrativa
- Delimita el contenido del derecho administrativo
- Fija relación entre estos

A partir de este caso se abandonó la noción de culpa como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica del Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados. Así surge la idea de “falta de servicio”, la cual implica la alteración de la igualdad, al soportar el particular un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa, debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente, que es extraña al derecho civil, y se produce un desplazamiento de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño y se construye alrededor de la noción de servicio público³. Separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario, sin perjuicio de acumular ambas responsabilidades, siempre que la falta personal tenga relación con el servicio. En este sentido se entiende que el servicio público comprende toda la actividad jurídica o material emanada por los poderes públicos que constituye la función administrativa.

EVOLUCIÓN EN LA ARGENTINA

El fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y los principios derivados de ella. Se trata de principios generales del derecho pertenecientes al derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional. La responsabilidad tanto contractual como extracontractual se rige principalmente por normas del Derecho Público antes que las normas del Derecho Privado (Cassagne, 2011).

La responsabilidad del Estado surge de los análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La misma no contiene grandes aportes doctrinarios. Esta responsabilidad surge de la teoría de la doctrina de la falta de servicio (Artículo 1112, Código Civil “Los hechos y las omisiones de los funcionarios

³ El servicio público se entiende desde una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa.

públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”), la cual da nacimiento a la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

Hasta el Año 1933, la irresponsabilidad del Estado estaba basada en el antiguo Artículo 43 del Código Civil Velezano “no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”, el cual no les atribuía actos ilícitos a las personas jurídicas. El Estado, actuante como sujeto de derecho Público en ejercicio de su soberanía, estaba exento de responsabilidad. Luego fue admitida la responsabilidad indirecta por el hecho de sus dependientes emergentes de un ilícito.

De la irresponsabilidad del Estado, se avanzó a la responsabilidad por actos ilícitos y ahora a los supuestos de la falta de servicio⁴. En el año 1921, con sustento en el Artículo 1113 “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirven, o que tiene a su cuidado. (Párrafo agregado por Ley 17.771) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”, se reconoce la responsabilidad reflejo del Estado por el hecho de los dependientes⁵.

En el año 1933, en la causa “Devotto”⁶, superando el antiguo Artículo 43 del Código Civil, se condena al Estado Nacional por el incendio por culpa de sus agentes al intentar reparar una línea de telégrafo, aplicando el artículo 1113 del Código Civil, por la responsabilidad del Estado por el hecho de sus dependientes. Sentó

⁴ CSJN, 27 – 11 – 94, “Furnier, Patricia c/provincia de Buenos Aires”, L. L. 1996-C-557.

⁵ CSJN, 7 – 12 – 21, “Fisco Nacional c/ Cía. De Navegación Mihanovich” J. A. 7-513.

⁶ CSJN, 22 – 9 – 33, “Tomás Devoto y Cía. (SA Comercial, Industrial y Financiera) c/ Gobierno nacional”, J. A. 43-416

la responsabilidad estatal en base a las normas del Derecho común, aunque fue criticado diciendo que cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es el responsable y no la administración pública.

En 1938, en la causa “Ferrocarril Oeste”⁷ se responsabiliza a la Provincia de Buenos Aires por expedir en 1914 un certificado falso de dominio, en donde la parte actora adquiere un dominio de un inmueble de quien no era su dueño, ya que lo había enajenado previamente por escritura pública. Este informe erróneo del registro motivo que el Ferrocarril Oeste adquiriera el fundo a quien ya no era su titular y se viera sometido a un juicio reivindicatorio por el verdadero propietario. En este caso el Estado actuaba como una entidad de Derecho Público y en este caso se invocaron los Artículos 1112 y 1113 del Código Civil, concluyendo con una condena fundada en dos presupuestos: en el hecho del dependiente y en el denominado servicio irregular. A partir de entonces se comienza a admitir la responsabilidad extracontractual del Estado en el ambiente de derecho público (Galdós, 2000).

La Corte comienza por destacar que la obligación de muñirse de un certificado del Registro para escriturar una operación destinada a transmitir un inmueble presupone la obligación de prestar un servicio regular y esa obligación está dada por la Provincia actuando como entidad de derecho público y, también, la misma recurre a un principio de derecho común, según la cual quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución, mencionando también que si bien el Estado y sus gobernados se rigen por el Derecho Público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida.

En 1984, la Corte Federal, incluyó definitivamente el instituto de la falta de servicio, a partir del antecedente “Vadell” por la responsabilidad estatal en omisiones registrales. Desde este, se continúa reiterando con ligeras variantes la descripción amplia del servicio público irregular o anómalo.

⁷ CSJN, 3 -10 – 38, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, J. A. 64-6

La Corte a partir de aquí abandonó su propia jurisprudencia y sentó tres premisas básicas:

- 1) La idea objetiva de la falta de servicio se sustenta en la aplicación por vía subsidiaria del Artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones que les están impuestas”;
- 2) No se trata de una responsabilidad indirecta que fluya del Artículo 1113 del Código Civil. Toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines debe ser considerada propia de éste, por lo que debe responder de modo principal y directo;
- 3) Debe abandonarse la doctrina legal que recurría, a veces supletoriamente, al Artículo 1113 del Código Civil en lo relativo a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de otro para abastecer la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público⁸.

Este criterio de la falta de servicio arraigado en la actualidad, requiere para el actor en la materia probatoria “el cumplimiento de la carga procesal de individualizar y probar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso posibiliten, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular”⁹

⁸ CSJN, 18 – 12 – 84, “Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires”, L. L. 1985-B-3: Fallos: 306:2030; J. A. 1986-I-213 y E. D. 114-215 con nota de CASSAGNE, Juan C., *La responsabilidad extracontractual del Estado e la jurisprudencia de la Corte*. En esta sentencia, al afirmar que se abandona la tesis de la responsabilidad indirecta – concurrente o exclusiva – para condenar al Estado como poder público en base al artículo 1113 del Código Civil, se mencionaron como receptores de esa doctrina los precedentes siguientes: Fallos 259:261, 270:404, 278:224, 288:362, 290:71 y 300:867.

⁹ CSJN, 13 – 10 – 94, “Román SA c/Estado Nacional” J. A. 1195-I-263; 20 – 12 – 94, “Demartini, Oscar y otros c/ Banco Central”, L. L. 1995-B-100. (Citado por Galdós, 2000, pág. 31)

UNIDAD 3: LA FALTA DE SERVICIO Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ILEGITIMA

LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Cuando se habla de servicios públicos se refiere a actividades y bienes que posibilitan que todo el territorio argentino funcione y satisfaga una amplia gama de necesidades y requerimientos de quienes habitan en él. Es considerada una de las formas clásicas en la que se manifiesta la actividad administrativa, desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometido a un régimen jurídico especial de Derecho Público. Estos servicios públicos pueden adoptar tres formas distintas de prestación, la directa, donde se ejecuta directamente la prestación a través de organismos centralizados, desconcentrados o descentralizados. La forma indirecta, donde el Estado continúa con la titularidad del servicio, delegando la prestación a los particulares y continuando aquel con las tareas de dirección, control y fijación de tarifa. Por último, se encuentra la forma mixta de prestación donde el servicio es prestado tanto por el Estado como por el particular, de manera independiente, en donde su relación jurídica será de derecho público para el Estado y privado para los particulares.

Marienhoff define a los servicios públicos como “toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal” (Marienhoff, 2003)

Los caracteres esenciales del servicio público son:

- a. La obligatoriedad
- b. La igualdad
- c. La regularidad
- d. La continuidad

LA FALTA DE SERVICIO

Se configura la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario.¹⁰

La noción de falta de servicio ha sido importada del derecho francés (*faute de service*) donde tuvo su génesis a partir del caso “Blanco”, resuelto por el Tribunal de Conflictos francés el 8 de febrero de 1873, el cual ubico la responsabilidad del Estado en la esfera del derecho público. En sus orígenes, englobaba todos los reclamos derivados del mal funcionamiento del Estado, ya que consideraba que toda actividad que desarrollaba el Estado era un servicio público y así, se consideraba la falta de servicio como el irregular desenvolvimiento de la función administrativa.

La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del Artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”. Si bien este artículo se encuentra ubicado en el Código Civil, constituye una norma de derecho público, más específicamente de derecho administrativo, mal ubicada metodológicamente en el Código Civil. “Se ha visto que la prescripción contenida en el artículo 1112 del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Se trata, evidentemente, de una norma de Derecho público, puesto que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad sin conectarla con la responsabilidad indirecta del artículo 1113 de dicho código” (Cassagne, 2002)

¹⁰ CSJN, 4 – 6 – 85, “Hotelera Río de la Plata SACI c/ Provincia de Buenos Aires”, L. L. 1986-B-110, con nota de GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho*.

Para que proceda la declaratoria de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado Francés, varias décadas atrás, ha señalado que se den los siguientes presupuestos:

- a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta de que se trata no es la del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.
- c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc. con características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.
- d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostradas la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

Cassagne afirma que “en el Derecho Administrativo, el factor de atribución es, en principio siempre objetivo, siempre que acusa a la falta de servicio o al riesgo, así como también es objetivo cuando se trata de hacer responsable al Estado por su actividad legítima” (Cassagne, 2000).

El más avanzado “Derecho de Daños” no pone acento en la “antijuridicidad de la conducta”, activa o pasiva, sino en la “injusticia del daño”; “el rechazo a la posibilidad de que una víctima inocente quede insatisfecha; empero, la relación de causalidad debe darse, sin ella, la reparación, puesta en cabeza de quien no es autor, carece de sentido” (Mosset Iturraspe, 2000).

La teoría de la falta de servicio contiene varias hipótesis que incluye el accionar omisivo de los empleados o dependientes, o el mal ejercicio del poder de policía. Ello ha conferido un dilatado sustento normativo al instituto para fundamentar los supuestos en el que el Estado deberá, en su caso, responder patrimonialmente (Galdós, 2000). La responsabilidad de la administración no debe ser siempre objetiva, sino solo excepcionalmente, en casos expresa y típicamente previstos

por las normas y centrarse sobre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (como sinónimo de actividad administrativa), debe significar responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración, de la misma actuación administrativa.

Actualmente predomina una noción objetiva de culpa; para incurrir en culpa solo basta infringir la norma objetiva de cuidado. Se compara la conducta que se realizó con el modelo de conducta que se deriva de dicha norma. Esta culpa objetivizada, que es sin duda la “Faute de service” francesa, se ha impuesto también en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública.

El prestador del servicio público debe cumplir con las condiciones necesarias para poder llegar a un determinado fin, y es responsable por el perjuicio causado por su incumplimiento o su ejecución defectuosa. Para su configuración, es necesaria que el servicio se haya prestado defectuosamente, con naturaleza objetiva y directa, y sin tener en cuenta la culpa o no de sus agentes, o sea que sus funcionarios cumplan de manera irregular las obligaciones legales impuestas, lo cual supone atribuirle implícitamente el carácter de “órgano estatal” al funcionario. Los órganos y funcionarios del Estado, deben responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas ocasionadas.¹¹

Mosset Iturraspe, sostiene que cuando el Artículo 902 del Código Civil, inspirado en el Código de Prusia, dice que: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”, está mirando al Estado (Mosset Iturraspe, 2000).

Dicha norma, dice López Mesa, “sienta una regla doctrinaria de la actividad resultante de la responsabilidad de los hechos y sus consecuencias. Cuanto mayor sea la situación de peligro en el que se actúe, mayor debe de prever y mayor la obligación por las consecuencias posibles” (López Mesa, 2008).

La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual requiere una apreciación en concreto que

¹¹ CSJN, 19 – 9 – 89, “Tejedurías Magallanes SA c/Administración Nac. De Aduanas” cit., L. L. 1990-C- 454

tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño. “La obligación del servicio se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar”¹². Ante la existencia de una necesidad pública (seguridad; salud, etc.), el ejercicio de las competencias estatales no es facultativo sino obligatorio. El Estado, en principio, no es titular de un derecho de no hacer, sobre todo si el particular demuestra que la efectiva actuación de aquel (por ejemplo, ejercicio del poder de policía) habría disminuido en forma total o parcial el daño que sufrió (Zavala de Gonzales, 1999)

El instituto jurídico “Faute de Service”, se configura ante la defectuosa, irregular o anómala prestación o funcionamiento del servicio público¹³. No se debe olvidar que esta doctrina reposa en el carácter directo de la responsabilidad, por lo que opera con abstracción del dolo o culpa del funcionario público o del factor inmutativo a título de riesgo creado. Al ser objetiva prescinde de su actuación y el Estado debe demostrar la ruptura total o parcial del nexo causal.

En los supuestos en que el órgano estatal ocasiona un daño a un particular habiendo desplegado su accionar en el ámbito del Derecho Público, no estamos en presencia de una relación entre particulares, de la cual pueda nacer una obligación de naturaleza civil. La responsabilidad del Estado es una institución típicamente iuspublicística y ninguna duda cabe respecto de la actividad realizada por los distintos órganos estatales, cuando se despliega en el ámbito del Derecho Público, debe regirse por sus normas y principios.

Tiene poco sentido hablar de culpa subjetiva de una organización como la Administración Pública, que, como toda persona jurídica, carece de capacidad volitiva y no puede intervenir en la realidad sino a través de acciones u omisiones, mediante conductas dolosas, negligentes o diligentes de sus agentes. La falta de servicio es independiente de la llamada “falta personal”, la cual Cassagne, define

¹² CSJN, 28 – 4 – 98, “Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros s/Sumario”, fallos: 321:1124.

¹³ GALDÓS, *Responsabilidad del Estado por falta de servicio...* cit., en anotación fallo CCom. De Salta, sala IV, 14 – 8 – 96, “González de Burgos, Joaquina c/Provincia de Salta” cit., L. L. 1997-D-797, Y *La responsabilidad del Estado por el hecho ilícito...* cit.

como aquella que “excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio y su configuración tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público, dándose tanto en el caso en la exclusión de la falta de servicio como cuando esta tenga alguna vinculación con el mismo” (Cassagne, 2002). Esta falta personal solo puede incurrir el mismo agente público, y que se rige analógicamente por el Artículo 1109 del Código Civil que reza “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”, y es el único supuesto en el que el tercero puede demandar directamente al agente.

El problema que plantea la interpretación del Artículo 1112 del Código Civil y la posibilidad de que el funcionario o agente publico sea declarado responsable por los daños que causa a los administrados, debe regirse por estos criterios:

1. El Art. 1112 del Código Civil consagra un sistema de responsabilidad especial directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes públicos en ejercicio de las funciones, cuando u desempeño provoca funcionamiento irregular o defectuoso de la respectiva función. No es necesario para ella individualizar a los agentes culpables, pues cuando la responsabilidad es objetiva, no hay culpa personal sino falta de servicio. No se aplican, tampoco, los principios que rigen la culpa en la responsabilidad refleja o indirecta, cuya temática resulta ajena al derecho Administrativo;
2. El funcionario público no responde directamente por las faltas de servicios. Frente al tercero o administrado la responsabilidad es solo del Estado. En caso de que el Estado deba responder por una falta de servicio podrá después hacer efectiva la responsabilidad de este ultimo;
3. El agente público responde directamente frente al tercero en caso de falta personal. Se aplica aquí, al igual que en Francia, el artículo 1109 del Código Civil, salvo que hubiera concurrencia de faltas (personal y de servicio) en cuyo caso también concurre el artículo 1112 del Código Civil. Tal coexistencia aparece cuando la falta personal no está desprovista en toda relación con el servicio. Por su parte, la vía de hecho y el delito de derecho criminal se rigen por las reglas inherentes a la responsabilidad por falta personal. (Cassagne, 2002)

Estos tienen responsabilidad directa por daños ante acciones u omisiones que implicarían el mal desempeño de su cargo. Para estos no es necesario ni la determinación previa de la responsabilidad administrativa ni el desafuero. Se trata de juicios de responsabilidad: el sumario administrativo para deslindar la responsabilidad disciplinaria – autoría, imputabilidad, etc. – o bien, miembros del poder judicial, “un enjuiciamiento” con propósitos parecidos, que puede culminar en la suspensión, cesantía o mantenimiento de los fueros, volviendo inadmisibles, in limine, la pretensión civil de resarcimiento.

Puede suceder, y ocurre seguido, que no sea posible la identificación del agente, que actuando en el seno de la organización, ha causado el daño. Puede ser posible a su vez, que ese daño no provenga de una única conducta, sino que el mismo sea el resultado de un conjunto complejo de acciones y omisiones de personas integradas en la organización administrativa. Ahora bien, teniendo en cuenta la nueva ley de responsabilidad del Estado, aprobada por ambas Cámaras del Congreso de la Nación Argentina, se elimina la aplicación de las normas del Código Civil en las cuestiones de responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Se exime al Estado de responder en hechos ocurridos por caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

FUNDAMENTOS PARA LA ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO

Con anterioridad se puede observar algunos fundamentos para la atribución de la responsabilidad del estado, los cuales van a ser ampliados, configurando así:

- a. principio de igualdad ante las cargas públicas, “lo que exige la reparación de los sacrificios especiales mediante una indemnización que, estando a cargo del Estado, generalice el sacrificio especial exigido al damnificado; ello por aplicación del Artículo 4, 14 y 16 de la Constitución Nacional” (Reiriz, 1996)
- b. la garantía del derecho de propiedad, establecida en el Artículo 17 de nuestra Constitución Nacional “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y

previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”, es decir cuando existe un daño a particulares por afectarse el libre uso de la propiedad privada.

- c. el respeto de los derechos adquiridos, “ya que los derechos individuales reconocidos en los Artículos 14 a 20 de nuestra Constitución Nacional constituyen derechos adquiridos de los particulares en sus relaciones con el Estado y, por el Artículo 28, el Estado no puede alterarlos, so pretexto de reglamentarlos” (Reiriz, 1996)
- d. principios de la solidaridad social y justicia distributiva de los daños, en el sentido de que resulta justo por aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley (Artículo 16° de nuestra Constitución Nacional.), que el perjuicio sufrido por un sujeto o un grupo sea soportado en forma equitativa e igualitaria por la comunidad toda (socialización del daño)
- e. deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), enraizado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional
- f. inexistencia de deber jurídico de la víctima de soportar el daño injustamente padecido, sostenido como fundamento de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ILEGITIMA

Para la configuración de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa ilegítima se debe reunir con ciertos presupuestos. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación señalan:

1. la imputabilidad material del hecho o acto administrativo a un órgano del Estado en ejercicio o en ocasión de sus funciones

2. falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestas por la Constitución , la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio, sea del cumplimiento derivado de la acción u omisión
3. la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado
4. la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

En algunos ordenamientos jurídicos se aplica la concepción del riesgo, como factor objetivo generalizado de atribución del derecho privado. Esta concepción, originaria del derecho privado francés, se extendió al derecho público, quedando finalmente su aplicación como supuestos excepcionales cuando la Administración crea un riesgo especial y elevado, así lo expresa el segundo Artículo 1113 del Código Civil: “En los supuestos de daños causados con las cosas el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”

Pero resulta totalmente inaplicable al derecho público que precisa fundar sus soluciones reparatorias en criterios objetivos vinculados al funcionamiento defectuoso de los servicios públicos. La diferencia obedece a la serie de cargas que siendo indemnizables con arreglo a la teoría del riesgo del derecho civil, no lo serían en el derecho administrativo, por la sencilla razón de que el Estado no puede convertirse en el asegurador de todos los daños que genera su actuación. Esta teoría tendría un campo excepcional de aplicación en el derecho administrativo, no en forma directa sino por analogía, debiendo adaptarse a los fines y características propias de la responsabilidad administrativa. Ha de haber, pues, un límite (sin referirnos por ello al alcance de la reparación) para determinar el factor de atribución y éste se encuentra en la configuración de la falta de servicio, que es independiente de la culpa en que incurra el agente público, falta personal en el derecho francés.

La nueva Ley de Responsabilidad del Estado, en su artículo tres, establece los requisitos para que surja esta responsabilidad. Los requisitos son los siguientes:

- 1- Daño cierto acreditado por quien lo invoca
- 2- Imputabilidad a un órgano estatal
- 3- Relación de causalidad entre la actividad o inactividad y el daño
- 4- Falta de servicio consistente en acción u omisión irregular de parte del Estado. La omisión solo se verifica cuando existía una norma que obligaba a actuar.

**CAPITULO 4: ALGUNOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO EN SU ACTIVIDAD ILICITA - LA FALTA DE SERVICIO
EN PARTICULAR: SALUD, SEGURIDAD Y AMBIENTE**

LA FALTA DE SERVICIO EN LA SALUD PÚBLICA

El Estado Nacional, está obligado a proteger la salud pública, ya que este mismo está comprendido desde sus inicios en el derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva, y que se encuentra garantizado por la Constitución Nacional. (Pérez Cortés, 2001)

Este servicio de salud, es uno de los servicios básicos con los que la población debería contar sin trabas ni dilataciones. No pueden dejar de destacarse que, en un contexto de recursos públicos insuficientes, el Estado debe atender necesidades crecientes en materia de salud, por un principio elemental de solidaridad social, y tomando en cuenta que este no persigue una finalidad de lucro al prestar el servicio de salud, todos deben ser atendidos e la medida de los recursos disponibles y según las circunstancias del caso. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observe la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.

La Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos dijo “quien contrae la obligación de prestar un servicio en el caso, de asistencia a la salud de la población – lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su prestación irregular”¹⁴

El derecho a la salud está reglamentado por:

- La constitución Nacional Artículo 14 bis, Artículo 33, Artículo 42 y Artículo 43.
- Ley N° 23.660 (de Obras sociales), ley N° 23.661 (Seguro Social de Salud), ley N° 23.798 (de SIDA), Ley 17.132 (Normas para el ejercicio de la medicina, la

¹⁴ CSJN, 8 – 09 – 92, “García, Ricardo Mario y otra c/Buenos Aires, Provincia s/indemnización sobre daños y perjuicios” G.93.XXII

odontología y actividades de colaboración), Ley 26.328 (del trasplante de órganos), Ley 26.396 (de prevención de trastornos alimentarios), Ley 26.378 (aprobación de la convención sobre las personas con discapacidad), Ley 24.788 (de lucha contra el alcoholismo), Ley 24.742 (creación de los comités hospitalarios de ética), Ley 24.240 (de Defensa del Consumidor), Ley 17.565 (venta de antibióticos con receta), el Decreto 1602/09 que establece la Asignación Universal por hijo, prevé un sistema de cobertura social sin hacer especial referencia al sistema de salud. Por ende, el colectivo de beneficiarios se atiende en el sistema público de salud.

- Pactos Internacionales: Incorporados por conducto del Artículo. 75 inc. 22:
 - 1- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Artículo XI: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad
 - 2- Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 25, Inc.1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad
 - 3- Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo adicional. Artículo 10, Derecho a la salud. Inc. 1: Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Inc. 2: Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la

- comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.
- 4- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12, Inc. 1: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. F) Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24, inc. 1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

La responsabilidad del Estado en materia de salud, impone reconocer el mismo, promoverlo, intervenir en el control y prevención de enfermedades, garantizar el acceso a los servicios públicos, adoptar políticas especiales para grupos de bajos recursos, y abstenerse a toda medida o política de gobierno que ponga en peligro la salud de la población. Para que el Estado incurra en falta de servicio no debe haber cumplido de una manera regular los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico o simplemente que el servicio haya funcionado de una manera irregular.

El servicio público de salud, entiende que el médico que se desempeña en los hospitales públicos es funcionario o agente público, y, por lo tanto, la conducta médica compromete al Estado por su dependencia estructural y funcional. “El profesional – funcionario público es responsable concurrente con el Estado por el ejercicio irregular de su función, el médico por su actuación culpable y el Estado en base a la responsabilidad objetiva por la actuación de un órgano suyo” (Gherzi, 1992)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, repecto la postura extracontractual del hospital público en las causas “Brescia”¹⁵, donde se aplico la responsabilidad objetiva y directa del Estado por falta de servicio y consideró aplicable al servicio público hospitalario la proyección de los principios constitucionales de la seguridad social que tienen carácter integral, como el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. La acción fue deducida por la hija de la víctima y el análisis de la deficiente atención medica prestada en el establecimiento hospitalario se considero “la naturaleza de la obligación de seguridad” a cargo del Estado en la asistencia médica, desestimándose la demanda respecto de los médicos por no haber probado su intervención en el hecho. También agrega que el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial requiere el ejercicio activo y coordinado de los agentes y médicos con relación a cada paciente, lo que a caso contrario, compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del servicio. En la causa “Shauman”¹⁶, se sigue considerando que la tesis de la salud pública comporta una garantía constitucional, y que la responsabilidad del Estado, en el juicio promovido por la madre, por la mala praxis médica que ocasiono el fallecimiento de su hijo, se apoyo nuevamente en la falta de servicio. La misma resulta un elemento de singular importancia para el hecho en estudio, presupone necesariamente la existencia de algún tipo de culpa (negligencia, impericia, imprevisión) en algún nivel de la organización estatal. El mérito de la teoría de la falta de servicio consiste en no requerir por parte del particular damnificado la individualización del culpable y la prueba de la culpa, siendo esta última presumida por el deficiente funcionamiento del servicio.

LA FALTA DE SERVICIO EN LA SEGURIDAD PÚBLICA

La responsabilidad estatal por omisión, como ya se ha dicho anteriormente, se produce cuando se infringe un deber explicito o implícito en el ordenamiento jurídico de actuar en un determinado sentido. Cuando se habla de seguridad, el Estado también tiene el deber de proveer la misma.

¹⁵ CSJN 22 – 12 – 94, “Brescia, Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 317:1933

¹⁶ CSJN 6 – 07 – 99, “Schauman de Scaiola Martha Susana c/Provincia de Santa Cruz y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 322:1393

El Preámbulo de nuestra constitución, sostiene un objetivo para el Estado argentino, la consolidación de la paz interior, el proveer a la defensa común y asegurar los beneficios de la libertad, conceptos en los que esta expreso un deber de seguridad para los ciudadanos. El Estado tanto a nivel nacional como provincial, cuentan con las fuerzas de seguridad necesarias, en orden a la prevención de los delitos, para poder garantizar la seguridad de los habitantes.

El ejercicio regular del poder de policía de seguridad, consiste en prevenir las perturbaciones del orden público. El Estado falta a su deber cuando se reduce a un papel de mera pasividad frente a la violación de los hechos o a las situaciones potencialmente atentatorias de la seguridad física y de los bienes de los habitantes.

La postura tradicional de la jurisprudencia de la Corte en la materia es:

El ejercicio del poder de policía de seguridad, que corresponde al Estado, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un hecho en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general, en orden a la prevención de los delitos, pueda llegara a involucrarla, a tal extremo, en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. (Huisi, 2008)

LA FALTA DE SERVICIO EN CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES

Las cuestiones medioambientales están regladas por la Ley General de Ambiente 25.675, en donde la misma conceptualiza el concepto de ambiente en su Artículo 1 y 2 y reza que “De acuerdo con el Art. 41 CN que adoptó un criterio amplio que incluye las nociones de patrimonio histórico y cultural, la LGA abarca no sólo a los recursos naturales y los ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos”.

La reforma de la Constitución Nacional en 1994 puso fin a la polémica sobre la existencia del derecho-deber y la legitimación para reclamar en su Artículo 41 “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las

necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

El daño ambiental está definido en el Artículo 27 ley 25.675 “como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los sistemas, o los bienes o valores colectivos”. El daño al ambiente aparece como un daño al medio, mediante su alteración o destrucción que afecta la calidad de vida de los seres vivos, sus ecosistemas y los componentes del ambiente. Pero un daño al ambiente no necesariamente debe concretarse en un daño a las personas o sus bienes particulares. En muchas circunstancias ambas categorías de daño (al ambiente y a las personas) coexisten. Como ambos daños reúnen características diferentes merecen distinto tratamiento que presente soluciones a su complejidad conceptual. Es considerado como un típico caso de interés difuso o denominado también como bienes de incidencia colectiva que tienen una pertenencia común, colectiva y difusa, que corresponden a una pluralidad de personas indeterminadas, y que además atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable. Se caracterizan por ser supraindividuales ya que los mismos pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino el provecho general o grupal. Son considerados difusos, hablando de intereses y de daños, porque lo que tradicionalmente se protege mediante la responsabilidad civil son intereses concentrados o atribuidos a una sola persona física o jurídica, como la propiedad o la vida. El interés colectivo, que es una especie de interés difuso, es aquel que detenta un grupo determinado de habitantes.

El daño ambiental puede ser subdividido en dos grandes grupos:

- 1- Daño al ambiente en si mismo, que es el daño ambiental de incidencia colectiva - directo, donde no depende de una afectación concreta a la salud, vida o bienes de los seres humanos, resulta sobre algún elemento del ambiente. categoría más novedosa y recogida por la constitución reformada y la ley 25.675.
- 2- Daño a través del ambiente, daño ambiental civil - indirecto, donde si hay una lesión a una persona concreta, sufriendo sobre su cuerpo, su salud, su integridad física o mental, como así también el daño a sus bienes patrimoniales a través de un elemento del ambiente en estado de degradación

Los principios que rigen en materia de política ambiental, que determinan la aplicación y la interpretación de sus disposiciones, queda sujetas al cumplimiento de los principios expresamente citados en el Artículo 4 de la Ley: “Sirven de interpretación y aplicación de la Ley:

- 1- Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.
- 2- Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
- 3- Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.
- 4- Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

- 5- Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.
- 6- Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.
- 7- Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.
- 8- Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.
- 9- Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.
- 10- Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.”

Es preciso focalizar en cinco de los principios aquí descriptos, estos son el de congruencia, responsabilidad, subsidiariedad, y mas detalladamente en los de prevención y el de precaución. Con respecto al principio de prevención, el mismo es descripto por la doctrina como la “regla de oro” en defensa del ambiente, ya que el mismo se ocupa de evitar el daño ambiental, dado que muchos de

estos daños al concretarse, son irreversibles. Entre los principios de prevención (riesgo actual) y precaución (riesgo potencial) existe una mutua vinculación, e incluso se afirma que la prevención es base necesaria de la precaución, donde aquella solo es aplicable cuando no hay certidumbre científica del riesgo para el ambiente como consecuencia de una actividad dada. Las similitudes entre ambas radican en las seguridades sobre la virtualidad de una actividad para producir un daño. (Zilli de Miranda, 2008).

Con relación al Estado, la responsabilidad administrativa ambiental puede surgir a partir de dos circunstancias:

- 1- que la propia administración sea contaminadora directa, supuestos en donde puede surgir un daño ambiental colectivo, directo, civil, indirecto u originado en la realización de obras, actividades o instalaciones a su cargo
- 2- por otra parte, puede darse que la administración no lo sea de forma directa, pero al tener a su cargo la política ambiental, es responsable patrimonialmente por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, por su acción u omisión, las agresiones que son provocadas al ambiente.

El riesgo ambiental está ligado a la prevención, como el daño a la indemnización, por lo que se sostiene que se responde no solo por los daños que la misma actividad produzca como por su mismo riesgo. (Hutchinson, 1999)

Mosset Iturraspe expone: “Puede sostenerse que, al llegar al presupuesto de la causalidad adecuada o relación de causalidad entre el hecho generador y el perjuicio o menoscabo ambiental, hemos arribado al aspecto más conflictivo, al que da pie a los mayores debates” (Mosset Iturraspe, 1999).

CAPITULO 5: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NUEVA LEY ARGENTINA

NUEVA LEGISLACION SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ARGENTINA

El Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos el 2 de Julio del presente año con 38 votos a favor y 23 en contra (Cámara de Senadores). Es la primera regulación legislativa de derecho público, sin embargo, la misma acota el alcance que tiene el Estado del deber de responder, acarreando retrocesos a criterios ya establecidos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación.

La nueva ley regula la responsabilidad del Estado, para que el mismo pueda ser juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. Los nuevos artículos de la ley a los que se remite este trabajo son los siguientes:

Artículo 1º: Esta Ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Artículo 2º: Se exime la responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

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

Artículo 3º: Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Falta de servicio consistente en una acción u omisión irregular de parte del Estado. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado

Artículo 6º: El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Artículo 7º: El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de 3 (tres) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

Artículo 8º: El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

Artículo 9º: La actividad o inactividad de los funcionarios o agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los 3 (tres años).

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los 3 (tres) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

Analizando los artículos, se puede mencionar que el primero de ellos de la nueva ley efectiviza la postura de la mayoría de la doctrina de los autores de derecho administrativo, los cuales señalan que la responsabilidad del Estado es un tema

que le compete al derecho público, lo cual no quiere decir que no se pueda recurrir al derecho civil para las lagunas que se susciten. A su vez, determina que la responsabilidad que tiene el Estado frente a los particulares es objetiva y directa, presupuesto ya afirmado en por la Corte Suprema de Justicia a partir del caso “Vadell” en 1984. El artículo 3, regula la responsabilidad del Estado en su actuar ilícito que solo se sustenta con el factor de atribución de falta de servicio, comprendiendo el comportamiento defectuoso de la Administración Pública, el Poder Legislativo y el Judicial. Haciendo referencia al artículo 9 respecto de la acción resarcitoria y de repetición, los legitimados para reclamar la responsabilidad de los funcionarios y agentes estatales son las víctimas directas de su actuación irregular y también el Estado en caso de haber sido condenado en un proceso en el cual el funcionario o agente no fue demandado.

CONCLUSION

A lo largo del presente trabajo final de grado se pudo observar la evolución desde épocas antiguas hasta nuestros días de la responsabilidad que tiene el Estado frente a los particulares y más precisamente en su responsabilidad extracontractual por su actividad ilícita, lo que compete a la tan mencionada y aplicada “Falta de servicio”, ante el incumplimiento irregular o defectuoso del Estado.

Actualmente, frente a los grandes cambios que se suscitan a nivel mundial, Argentina se lanzó con una reforma, que a mi entender parte de un correcto presupuesto ubicando finalmente a la responsabilidad estatal en el ámbito del Derecho Público, disputa constante entre doctrinarios queriendo ubicar también a esta responsabilidad en la órbita del Derecho Civil, así la misma deberá ser regulada mediante leyes federales y de derecho público local, en sus respectivas esferas.

Con respecto a las debilidades de la nueva ley claramente se observa que en el Artículo 3 inciso d. de la misma, falta de servicio por omisión, el cual exige que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; y que aquél sea expreso y determinado. Presupuestos que no comparto ya que la responsabilidad puede provenir además de las normas positivas de diversas fuentes, como los principios generales del derecho; o derivar de la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos. Puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquéllos que están impuestos de manera general e indeterminada. Como afirma el máximo tribunal, corresponde realizar “un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

Creo fehacientemente que nuestro ordenamiento jurídico a nivel federal no está actualmente tan desarrollado para servirle de gran sustento a las diversas situaciones que pueden presentarse a partir de esta nueva ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEGISLACIÓN

- Código Civil de la República Argentina. Artículo 43 (antes de la ley 17.711)
- Código Civil de la República Argentina. Artículos 901 – 902 – 906 – 1072 – 1074 – 1109 – 1112 – 1113.
- Constitución de la Nación Argentina. Artículos 4 – 14 – 15 – 16 – 17 – 18 – 19 – 20 – 28
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1798). Artículo 3.
- Ley General de Ambiente 25.675
- Nueva Ley de Responsabilidad del Estado Artículos 1 – 2- 3 – 5 - 6 – 7 – 8 – 9 - 10

DOCTRINA

- AVALOS, Eduardo – BUTELER, Alfonso – MASSIMINO, Leonardo (2014), *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Tomo I, Córdoba, Editorial Alverioni Ediciones.
- BUSTAMENTE ALSINA, Jorge (1997), *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, , Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.
- CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo (1998), *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ILICITA*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2000), *LAS GRANDES LINEAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PUBLICO*, Buenos Aires, Ciencia de la Administración.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002), *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Séptima Edición, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1998), *DERECHO ADMINISTRATIVO I*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

- CASSAGNE, Juan Carlos (6/11/08), Publicaciones, *Reflexión sobre los factores de atribución en la responsabilidad del estado por la actividad de la administración*. Recuperado el 10/05/14 de:
<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf>
- CASSAGNE, Juan Carlos (2011). Diálogos de Doctrina. *Responsabilidad del Estado. 1-7* recuperado el 15/05/14 de
<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.htm>
- GALDOS, Jorge Mario (2000), *¿EL RIESGO CREADO SUPRIMIÓ EL RÉGIMEN DE LA CULPA DEL CÓDIGO DE VELEZ SARSFIELD?*, TOMO II, ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, CÓRDOBA.
- GHERSI, Carlos Alberto (1992), *RESPONSABILIDAD POR PRESTACION MEDICO ASISTENCIAL*, Buenos Aires, 2º Edicion, Editorial Hammurabi
- GORDILLO, Agustín (2013), *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial Fundación de derecho administrativo.
- GORDILLO, Agustín (1959), *LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR HECHOS Y ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, Tesis, Buenos Aires.
- HUICI, Hector (2008), *LA RESPONSABILIDAD POR OMISION DEL ESTADO EN MATERIA DE SEGURIDAD PUBLICA*, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires, Editorial Rap
- HUTCHINSON, Tomás (1999), *DAÑO AMBIENTAL*, Tomo II, Santa Fé, Editorial Rubinzal-Culzoni
- LOPEZ MESA, Marcelo J. (2008), *CODIGO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS*, Tomo II, Buenos Aires, LexisNexis Argentina S.A.
- MARIENHOFF, Miguel Santiago (2003), *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot

- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1999), *DAÑO AMBIENTAL*, Tomo I, Santa Fe, Editorial Rubinzal - Culzoni
- ORGAZ, Alfredo (1974), *LA ILICITUD*, Córdoba – Buenos Aires, Editorial Lerner.
- PÉRES CORTÉS, María (2011), *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA, EN RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PUBLICO*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración.
- PIZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINOS, Gustavo Carlos (2008), *INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO – OBLIGACIONES*, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Hammurabi
- REIRIZ, María Graciela (1996), *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*, Buenos Aires, Editorial Eudeba.
- ZAVALA DE GONZALES, Matilde (1999), *RESARCIMIENTO DE DAÑOS*, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- ZAVALA DE GONZALES, Matilde (2004), *ACTUACIONES POR DAÑOS*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi
- ZILLI DE MIRANDA, Martha (2008), *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION ILEGITIMA. SU INCIDENCIA EN MATERIA AMBIENTAL*, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires, Editorial Rap

JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Conflictos, 8 de Febrero de 1873, Blanco, Dalloz 1873.3.20
- CSJN, 27 – 11 – 94, “Furnier, Patricia c/provincia de Buenos Aires”, L. L. 1996-C-557.
- CSJN, 7 – 12 – 21, “Fisco Nacional c/ Cía. De Navegación Mihanovich” J. A. 7-513.

- CSJN, 22 – 9 – 33, “Tomás Devoto y Cía. (SA Comercial, Industrial y Financiera) c/ Gobierno nacional”, J. A. 43-416.
- CSJN, 3 -10 – 38, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, J. A. 64-6
- CSJN, 18 – 12 – 84, “Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires”, L. L. 1985-B-3: Fallos: 306:2030; J. A. 1986-I-213
- CSJN, 13 – 10 – 94, “Román SA c/Estado Nacional” J. A. 1195-I-263; 20 – 12 – 94, “Demartini, Oscar y otros c/ Banco Central”, L. L. 1995-B-100
- CSJN, 8 – 09 – 92, “García, Ricardo Mario y otra c/Buenos Aires, Provincia s/indemnización sobre daños y perjuicios” G.93.XXII
- CSJN 22 – 12 – 94, “Brescia, Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 317:1933
- CSJN 6 – 07 – 99, “Schauman de Scaiola Martha Susana c/Provincia de Santa Cruz y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 322:1393

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Susa, Candela Alejandra
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	36588755
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“LA FALTA DE SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ARGENTINA COMO FORMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	cande_susa@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.