

Gustavo J. Thomas

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

**Crítica y estudio exegético
de la ley 26.944**

- La responsabilidad y el Código Civil y Comercial • Agotamiento de la vía administrativa (reclamo y recursos) y juicio al Estado • Casos especiales • Esquemas
- Modelos de escritos

**NOVA TESIS
EDITORIAL JURÍDICA**

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO. EL NUEVO SISTEMA LEGAL ARGENTINO A PARTIR DE 2014.....	11
1.1. El CCyC, la ley 26.944 y la rejerarquización del derecho público. ¿Fin de la dependencia del derecho privado?.....	11
1.2. Necesidad de la reforma del sistema general de responsabilidad estatal	28
1.3. ¿La Corte Suprema nacional puede entender en causas de responsabilidad de los estados locales?	32
1.4. El objeto de la jurisdicción originaria: sus límites. El respeto por las autonomías provinciales	35
1.5. El Proyecto de Código Civil y Comercial y la regulación de la responsabilidad del Estado y de sus agentes	36
1.6. La responsabilidad del Estado en argentina desde la ley 26.944, el CCyC y otras normas	39
1.7. Carácter iuspublicístico de la responsabilidad del Estado	42
1.8. Problema de las indefinidas delegaciones de las provincias	49
1.9. Sobre la extrañamente unitaria CSJN, su doctrina y la nueva posición.....	54
2. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.....	59
2.1. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado. Desde la irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad ejecutiva, legislativa y judicial	61
2.2. Responsabilidad del Estado en cada una de sus funciones de gobierno	67

3. INAPLICABILIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	69
3.1. Nueva política general y la exclusión del CCyC.....	69
3.2. Política del Estado Nacional sobre la responsabilidad del Estado, el CCyC y la remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local.....	77
4. DAÑOS Y PERJUICIOS Y RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO	80
4.1. Agotamiento de la vía. Recurso y reclamo.....	80
4.2. Impugnación judicial de actos administrativos y la responsabilidad civil	87
4.3. Procedimiento y reclamo previo a la demanda.....	91
4.4. Plazos de interposición.....	94
4.5. Derechos en el procedimiento.....	96
4.6. Resolución del reclamo, plazos y demanda judicial.....	98
4.7. Inexigibilidad del reclamo administrativo previo.....	101

CAPÍTULO I — ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.....	103
-----------------	-----

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	103
1.1. Sobre el Estado del que habla la ley.....	103
1.2. Organización Administrativa del Estado.....	110
1.3. Órganos del Estado y responsabilidades.....	140
1.4. De la organización de control del Estado.....	150
1.5. Las funciones del Estado, la propuesta división de poderes, actividad administrativa, límites y responsabilidad.....	154
1.6. El particular frente a la Administración. Las situaciones jurídicas subjetivas: derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, derechos de incidencia colectiva.....	161
1.7. Responsabilidad extracontractual del Estado.....	166
2. RESPONDE POR LOS DAÑOS	175
2.1. Daños en la esfera contractual.....	180
2.2. Daños en la responsabilidad extracontractual	181
2.3. Daños en ambas responsabilidades	181

3. DAÑOS PRODUCIDOS POR ACTIVIDAD O INACTIVIDAD	184
3.1. Actividad del Estado	184
3.1.2. Vías de hecho.....	186
3.1.3. Acto administrativo.....	188
3.2. Distinción entre omisión y abstención.....	209
3.3. Tratamiento legal de la omisión.....	210
4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES OBJETIVA Y DIRECTA	238
4.1. Análisis general	238
4.2. Factores de atribución de responsabilidad del Estado desde la visión civilista.....	243
4.3. Factores de atribución de responsabilidad del Estado desde la visión publicista.....	251
4.4. El factor de atribución de responsabilidad del Estado en el tiempo.....	254
5. LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL NO SON APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE MANERA DIRECTA NI SUBSIDIARIA	258
6. LA SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA ES IMPROCEDENTE CONTRA EL ESTADO, SUS AGENTES Y FUNCIONARIOS.....	261

CAPÍTULO II — EXIMICIÓN DE RESPONSABILIDAD

Artículo 2.....	273
1. REFLEXIONES SOBRE LA TOMA DE POSICIÓN DE LA LEY	273
2. UNA AUSENCIA NOTABLE: HECHOS CON LAS COSAS	276
3. ANÁLISIS DE CAUSALES DE EXIMICIÓN NO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 2....	277
4. HECHO DEL PRÍNCIPE	286
5. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR	291
5.1. Hecho de la Administración Pública.....	294
5.2. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> (art. 1031 CCyC).....	294
5.3. Vicisitudes en los contratos públicos.....	298
6. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	301
7. CASO ESPECIAL: LA LESIÓN.....	303

**CAPÍTULO III — REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN ILEGÍTIMA**

<i>Artículo 3</i>	305
1. ACCIÓN U OMISIÓN ILEGÍTIMA.....	305
1.1. Parte general.....	305
1.2. De la reparación.....	309
2. ACTIVIDAD, INACTIVIDAD Y OMISIÓN.....	312
3. ILEGITIMIDAD.....	316
4. DAÑO CIERTO DEBIDAMENTE ACREDITADO POR QUIEN LO INVOCA Y MENSURABLE EN DINERO.....	323
4.1. Introducción.....	323
4.2. Daño.....	326
4.2.1. Daño cierto y actual.....	330
4.2.2. Acreditable.....	331
4.3. Mensurable en dinero (valuación del daño).....	332
5. IMPUTABILIDAD MATERIAL DE LA ACTIVIDAD O INACTIVIDAD A UN ÓRGANO ESTATAL.....	336
6. CAUSALIDAD.....	348
6.1. Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.....	348
6.2. Interrupción del nexo causal.....	352
7. FALTA DE SERVICIO, ACTUACIÓN U OMISIÓN IRREGULAR DEL ESTADO. INOBSERVANCIA DE UN DEBER NORMATIVO DE ACTUACIÓN EXPRESO Y DETERMINADO.....	374
8. FALTA DE SERVICIO.....	381
8.1. Falta de servicio por omisión.....	381
8.2. Estudio de los antecedentes jurisprudenciales y del tratamiento de las omisiones.....	385

**CAPÍTULO IV — RESPONSABILIDAD ESTATAL POR
ACTIVIDAD LEGÍTIMA**

<i>Artículo 4</i>	393
1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA.....	393
2. RESPONSABILIDAD Y LICITUD.....	400
3. CASOS TÍPICOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LÍCITO.....	402
3.1. Hechos y actos administrativos legítimos.....	402
3.2. Revocación por razones de mérito oportunidad o conveniencia.....	404
3.3. Obras públicas y proyectos urbanísticos.....	407
3.4. Responsabilidad del Estado por leyes o reglamentos.....	408
3.5. Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales.....	409
4. DAÑO CIERTO Y ACTUAL, DEBIDAMENTE ACREDITADO POR QUIEN LO INVOCA Y MENSURABLE EN DINERO.....	409
4.1. Modificación del daño post sentencia.....	414
4.2. Daño mensurable en dinero.....	415
4.3. Inflación y responsabilidad civil.....	415
5. IMPUTABILIDAD MATERIAL DE LA ACTIVIDAD A UN ÓRGANO ESTATAL.....	418
6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD DIRECTA, INMEDIATA Y EXCLUSIVA ENTRE LA ACTIVIDAD ESTATAL Y EL DAÑO.....	421
7. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA Y SOLIDARIDAD LEGAL.....	424
8. AUSENCIA DEL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO.....	427
9. SACRIFICIO ESPECIAL EN LA PERSONA DAÑADA, DIFERENCIADO DEL QUE SUFRE EL RESTO DE LA COMUNIDAD, CONFIGURADO POR LA AFECTACIÓN DE UN DERECHO ADQUIRIDO.....	430

**CAPÍTULO V — RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD
LEGÍTIMA Y ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN**

<i>Artículo 5</i>	433
-------------------------	-----

1. RESPONSABILIDAD Y LICITUD	433
2. FUERZA EXPANSIVA DE LOS PRINCIPIOS EXPROPIATORIOS	436
2.1. Obras públicas	438
2.2. Reglamento de contrataciones del Estado (decreto 5720/72).....	439
2.3. Defensa Nacional (Leyes 16.970 y 23.554)	439
3. SUPUESTOS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	439
3.1. La guerra	439
3.2. Revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.....	441
3.2.1. Políticas arancelarias y fiscales.....	444
3.2.2. Obras públicas y proyectos urbanísticos	444
3.3. Limitaciones administrativas a la propiedad privada e función pública ...	445
3.3.1. Restricciones administrativas.....	446
3.3.2. Límites al dominio por fines urbanísticos o históricos.....	449
3.3.3. Servidumbres administrativas	452
3.3.4. Expropiación	454
3.3.5. Ocupación temporánea	464
3.3.6. Requisición.....	466
3.3.7. Decomiso	468
3.3.8. Confiscación.....	469
3.3.9. Secuestro.....	470
3.4. El Estado obrando lícitamente como supuesto de daño causado en "estado de necesidad"	471
4. INDEMNIZACIÓN EN LA EXPROPIACIÓN	473
4.1. Rubros generales.....	476
4.1.1. Daños directos y necesarios.....	477
4.1.2. Valores afectivos.....	477
4.1.3. Mejoras	478
4.1.4. El valor derivado de hechos de carácter histórico	478
4.1.5. Valor panorámico.....	479
4.1.6. Valor venal	479
4.2. Caracteres de la indemnización en la expropiación.....	480
4.3. La depreciación monetaria.....	482
4.4. Los intereses correspondientes a la indemnización.....	484
4.5. No aplicación de impuestos sobre la indemnización	484
5. REPARACIÓN PLENA	485
6. EL DILEMA DEL LUCRO CESANTE	488
7. DAÑO MORAL	494

8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD JUDICIAL.....	496
8.1. Posición restrictiva de la responsabilidad	502
8.2. Posiciones a favor de la responsabilidad.....	502
8.3. Fundamentos de la responsabilidad	505
8.4. Error judicial	509
8.5. El inocente detenido y la superpoblación de cárceles	513
8.6. Medidas cautelares trabadas sin sustento legal.....	517
8.7. Prisión preventiva	520
8.8. El plazo razonable en los procesos penales y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento.....	526
9. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS JUDICIALES.....	529
10. ACTIVIDAD LEGISLATIVA	533

CAPÍTULO VI — IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE CONCESIONARIO O CONTRATISTA

Artículo 6.....	543
1. INTRODUCCIÓN AL TEMA	543
2. ANTECEDENTE NECESARIO: MARCO DE LA PRIVATIZACIÓN Y CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS.....	551
3. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 6 VERSUS LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	558
4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONCEDENTE	562
5. ENTES REGULADORES Y ROL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	570
6. CONCESIONARIA VIAL.....	577
7. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS PRIVATIZADAS Y DEL ESTADO.....	586

CAPÍTULO VII — PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

<i>Artículo 7</i>	589
1. INTERPRETACIÓN GENERAL Y POSICIONAMIENTO.....	589
2. VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA.....	594
3. EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO.....	600
4. PRONTO DESPACHO Y SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN	606
5. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR ARTICULACIÓN DE RECURSOS.....	621
6. EXCEPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CUMPLIDA. ACTO POSTERIOR DEL ESTADO	624

CAPÍTULO VIII — NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

<i>Artículo 8</i>	631
1. ALCANCE DEL ARTÍCULO 8	631
2. NULIDAD Y DAÑOS	633
2.1. Prescripción de las acciones para obtener la nulidad	643
2.2. Nulidad (revocabilidad) del acto irregular conforme a la ley 19.549	644
2.3. Tipos de revocación y consecuencia.....	650
3. INCONSTITUCIONALIDAD Y DAÑOS: ¿RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO?.....	655

CAPÍTULO IX — RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y AGENTES. ACCIÓN DE REPETICIÓN

<i>Artículo 9</i>	661
1. INTRODUCCIÓN	661
2. CUESTIONES BÁSICAS DEL EMPLEO PÚBLICO.....	662

2.1. Ingreso a la función o empleo públicos	664
2.2. Ingreso irregular	667
2.3. Ingreso forzoso	668
2.4. Ingreso a la administración: concurso	668
2.5. El personal contratado.....	670
2.6. Instituciones y personas.....	671
3. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO O FUNCIONARIO.....	677
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS	679
4.1. Responsabilidad de los funcionarios para con los terceros (usuarios, consumidores, ciudadanos).....	680
4.2. El dolo y la culpa como elemento de la responsabilidad	682
4.3. El caso del error	684
4.4. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales	684
4.5. Criterio de la responsabilidad objetiva del Estado y subjetiva del agente	684
4.6. La omisión como causal de responsabilidad	685
4.7. Quién es funcionario público a efectos de la responsabilidad	685
4.8. Caracteres de la responsabilidad de los agentes	686
4.9. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial del empleado público	687
4.10. Responsabilidad patrimonial del funcionario derivada de la condena directa del Estado.....	688
4.11. La responsabilidad contable	689
4.12. Funcionarios comprendidos.....	690
4.13. Naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial del funcionario público	692
4.14. Requisitos	693
4.15. Legitimación activa	694
4.16. Eximentes	695
4.17. Responsabilidad civil de los magistrados judiciales.....	696
4.18. La exigencia de previa remoción o desafuero del magistrado	700
5. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS.....	702
6. EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.....	705
7. DEMANDABILIDAD CONJUNTA O SEPARADA	708
8. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	709
9. SUMARIO ADMINISTRATIVO PREVIO AL EMPLEADO O FUNCIONARIO	711
10. ACCIÓN DE REPETICIÓN	719

CAPÍTULO X — RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Artículo 10	721
1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	723
1.1. Diferencia entre contrato "administrativo" y contrato de "derecho común" de la administración pública	724
1.2. Caracteres de los contratos administrativos	726
1.3. Cláusulas exorbitantes del derecho común	729
1.4. Ejecución de contratos y vicisitudes	731
1.4.1. Fuerza mayor y caso fortuito	732
1.4.2. Hecho de la Administración	734
1.4.3. Exceptio non adimpleti contractus (arts. 1201 CC y 1031 del CCyC)	735
1.4.4. Derechos del cocontratante	737
1.4.5. Incumplimiento contractual de la administración pública	739
1.4.6. Hecho del príncipe	740
1.4.7. Teoría de la imprevisión	742
1.4.8. Casos especiales: fuerza mayor y lesión	744
1.5. Extinción del contrato y consecuencias	745
1.6. Contrato de empleo público	750
1.6.1. Naturaleza jurídica de la relación del empleo público	753
a) Agentes voluntarios	753
b) Agentes forzados (carga pública)	755
1.6.2. Medios de extinción del empleo público	755
1.7. Contrato de obra pública	757
1.7.1. Elementos del contrato de obra pública	758
1.7.2. Naturaleza jurídica	760
1.7.3. Caracteres del contrato administrativo de obra pública	761
1.7.4. Derechos y prerrogativas de la administración	761
1.7.5. Derechos del contratante	762
1.7.6. Revisión del precio	762
1.7.7. Gasto improductivo	762
1.7.8. Certificación y pago del precio	763
1.7.9. Fondo de reparos	764
1.7.10. Formas de extinción y consecuencias	764
1.8. Contrato de concesión de obra pública	766
1.8.1. El financiamiento de la obra por el usuario	768
1.8.2. Extensión a la privatización por concesión	769
1.9. Concesión de servicio público	770

1.9.1. Naturaleza jurídica	770
1.9.2. Régimen jurídico	772
1.9.3. Derechos del concesionario	772
1.9.4. Exceptio non adimpleti contractus	773
1.9.5. Extinción del contrato de concesión	774
1.10. Contrato de concesión de un bien del dominio público	775
1.10.1. Extinción	776
1.11. Contrato de suministro	780
1.12. Contrato de empréstito público	782
1.13. Contrato de locación de servicios	783
1.14. Contrato de locación de cosas	784
1.15. Contrato de compraventa	784
1.16. Lotería y ruleta	785
2. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO	785
3. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO	788
3.1. Existencia de un contrato formal	788
3.2. Daño resarcible	788
3.3. Relación de causalidad	789
3.4. Factor atribución	789
4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR REVOCACIÓN DEL CONTRATO POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO	793
5. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL TASADA LEGALMENTE	795
5.1. Obras públicas, ley 13.064	795
5.2. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, decreto 1023/2001	798
5.3. Defensa Nacional, ley 23.554	804
6. IUS VARIANDI, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	805

CAPÍTULO XI — LEY DE ADHESIÓN

Artículo 11	809
Desafío de las provincias ("cuidado con lo que deseas, se puede convertir en realidad"): ¿dictar su propia ley inmediatamente o no responder?	813

CAPÍTULO ESPECIAL — CASOS PARTICULARES

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASO DE GUERRA INTERNA Y EXTERNA	819
2. TERRORISMO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN	824
3. TERRORISMO DE ESTADO Y RESPONSABILIDAD	833
3.1. Desaparición forzada de personas	837
3.2. Privación ilegítima de la libertad	845
4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD HOSPITALARIA	850
4.1. Atribución de responsabilidad	851
4.2. Falta de adopción de medidas de seguridad	851
4.3. El hecho de la víctima como eximente de la responsabilidad	855
4.4. Responsabilidad por transfusiones	856
5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DEUDA PÚBLICA EN DEFAULT	858
6. VÍAS DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	861
7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LAS FUERZAS DE SEGURIDAD	863
8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADUANERA	866
9. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA	870
10. DAÑOS VINCULADOS A LOS “TIEMPOS LAXOS” DE LA BUROCRACIA DEL ESTADO ARGENTINO	873
11. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONCEDENTE Y DE LOS ENTES REGULADORES ...	876

Se terminó de imprimir el 13 de junio de 2016
en MARTÍNEZ IMPRESIONES