

FACULTAD DE DERECHO
SERIE TEXTOS

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

Secretaria Académica

Dra. Silvia C. Nonna

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

Esta colección, integrada por las Series Estudios, Tesis y Textos, representa un esfuerzo conjunto del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).

La Serie Textos tiene por objeto poner a disposición de los estudiantes, en forma sistemática y accesible, artículos y otros materiales habitualmente requeridos como lectura obligatoria por diferentes cátedras de la facultad que hasta el momento se encontraban dispersos. En esta inteligencia, pretende además servir de vehículo para que los estudiantes accedan –en versiones en castellano– a artículos fundamentales para las diferentes materias, originalmente escritos en lenguas extranjeras.

Esta serie intenta asimismo estimular la producción de textos inéditos preparados especialmente para satisfacer los requerimientos de los cursos.

El objetivo final de la Serie Textos es el de contribuir, con nuevos aportes, a la discusión y a la reformulación de la enseñanza del Derecho en la Argentina.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PARA EL AULA DE GRADO Y POSGRADO EN DERECHO

serie textos

Nidia Karina Cicero



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



Cicero, Nidia Karina

Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en Derecho / Nidia Karina

Cicero. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2020.

482 p. ; 23 x 16 cm. - (Facultad de Derecho)

ISBN 978-950-23-3041-9

1. Responsabilidad Legal. 2. Derecho. I. Título.

CDD 340.0711



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1° edición: 2020

© 2020

Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

© Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2020

Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA

www.derecho.uba.ar

Diseño de tapa: Eudeba

Corrección y composición general: Eudeba

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Prefacio - El porqué de la obra y sus premisas pedagógicas	15
Listado de colaboradores - coautores	19
BLOQUE 1 - PASADO, PRESENTE Y PORVENIR DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
Capítulo 1 - ¿Qué es la responsabilidad estatal?	25
1. La fuente constitucional del deber de responder por daños	25
2. ¿Qué significa responder por daños?.....	27
3. Enfoques tradicional y actual del derecho de daños. El régimen del Código Civil y Comercial.....	29
4. Puntos de contacto y conexiones entre la responsabilidad civil y la estatal	31
5. Definición preliminar de la responsabilidad estatal.....	32
6. Responsabilidad estatal patrimonial y responsabilidad estatal prestacional	35
7. La responsabilidad estatal y el derecho internacional.....	37
Esquemalizando	42
Bibliografía	42
Jurisprudencia	44
Jurisprudencia clave	46
Capítulo 2 - Los orígenes de la responsabilidad del Estado	47
1. De la irresponsabilidad a la responsabilidad estatal.....	47
2. El surgimiento de la responsabilidad estatal. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	50
3. Teorías de derecho público y fundamentos constitucionales de la responsabilidad estatal	55
4. Las edades de la responsabilidad estatal extracontractual en la Argentina.....	62

4.1. La Edad Antigua. Desde 1860 a 1933: la irresponsabilidad	63
4.2. La Edad Moderna. Desde 1933 a 1984: nace y se consolida la responsabilidad estatal	64
4.3. La Edad Contemporánea. Desde 1984 hasta hoy: responsabilidad estatal objetiva, directa, de derecho público local y legislada.....	67
4.3.1. Responsabilidad estatal objetiva y directa.....	68
Responsabilidad estatal objetiva en sentido estricto.....	71
4.3.2. Responsabilidad estatal de derecho público y local.....	72
4.3.3. Responsabilidad estatal legislada	73
Esquemalizando	76
Bibliografía	76
Multimedia.....	78
Jurisprudencia.....	79
Jurisprudencia clave	81
Capítulo 3 - El presente de la responsabilidad del Estado	83
1. La ley de responsabilidad del Estado nacional y sus funcionarios 26944	83
2. La aplicación directa, analógica o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal	87
3. ¿Pueden las provincias regular en materia de responsabilidad estatal?	90
4. Los tres escenarios actuales de la responsabilidad estatal nivel local.....	91
4.1. Adhesión.....	92
4.2. Régimen especial.....	93
4.3. Ausencia de regulación local.....	96
5. La responsabilidad estatal en el ámbito local no legislado	97
6. Los límites de la potestad local de regular la responsabilidad del Estado	98
6.1. Límites de orden constitucional nacional y convencional	99
6.2. Límites de orden constitucional local y legal.....	100
6.2.1. Constituciones locales	100
6.2.2. Normatividad legal local.....	101
7. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	102
8. ¿Pueden las provincias y la Ciudad de Buenos Aires disponer que el CCyC rija su responsabilidad estatal?.....	103
Esquemalizando	104
Bibliografía	104
Jurisprudencia.....	106
Jurisprudencia clave	107
Capítulo 4 - El futuro de la responsabilidad del Estado	109
1. Fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas de la responsabilidad estatal	109



2. En el orden nacional	109
3. En el orden local	113
3.1. ¿Qué aspectos deberían abordarse en una ley local de responsabilidad del Estado?	114
3.2. Hacia una regulación local consensuada	115
4. Punto de partida y punto de llegada.....	116
Esquematizando	117
Bibliografía.....	117
Jurisprudencia.....	118

BLOQUE 2 - LOS PRESUPUESTOS DEL DEBER ESTATAL DE RESPONDER

Capítulo 5 - Los requisitos de la responsabilidad del Estado

1. Concepto y caracterización	123
2. Los presupuestos del deber estatal de responder según la LRE.....	124
Esquematizando	125
Bibliografía	125

Capítulo 6 - El daño

1. Concepto y caracterización. Daño e indemnización	127
2. Las dos grandes categorías del daño: daño patrimonial y extrapatrimonial.....	128
3. Requisitos para que el daño sea resarcible	129
4. Los rubros indemnizatorios.....	132
5. Los rubros indemnizatorios en particular	133
Esquematizando	141
Bibliografía	141
Jurisprudencia.....	142
Jurisprudencia clave	143

Capítulo 7 - La imputabilidad

1. Concepto y caracterización	145
2. Mandato, representación legal, teoría del órgano	146
3. Comparación entre la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente	149
4. Inimputabilidad estatal	152
Esquematizando	155
Bibliografía	155
Jurisprudencia.....	156
Jurisprudencia clave	157

Capítulo 8 - La relación de causalidad.....

1. Concepto y caracterización	159
-------------------------------------	-----



2. Las funciones de la relación causal	161
3. Diversas teorías que explican la relación de causalidad	162
4. El nexo causal en el CCyC y la LRE. La relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal lícita y el daño	164
5. Fractura del nexo causal	167
5.1. Situaciones particulares de fractura del nexo causal.....	170
5.1.1. El hecho de la víctima	170
5.1.2. El hecho de un tercero por el que no se debe responder.....	173
5.1.3. Caso fortuito o fuerza mayor	175
6. Causalidad en la omisión. Nexos de evitación	176
7. Prueba del nexo causal	177
8. ¿Cómo se distribuye la reparación en casos de cocausalidad?	178
Esquematizando	182
Bibliografía.....	183
Jurisprudencia.....	184
Jurisprudencia clave	185
Capítulo 9 - Los factores de atribución.....	187
1. Concepto y caracterización	187
2. Clasificación de los factores de atribución. Factores subjetivos y objetivos.....	188
3. Carga de la prueba de los factores de atribución.....	189
4. Factores subjetivos	189
4.1. Culpa.....	189
4.1.1. Criterios de apreciación de la culpa	190
4.2. Dolo	190
5. Factores objetivos.....	191
6. Los factores de atribución de la responsabilidad estatal.....	192
6.1. La falta de servicio.....	193
6.2. La carga de la prueba de la falta de servicio	196
6.3. La responsabilidad estatal es objetiva. ¿La falta de servicio como factor de atribución también?	199
6.4. La falta de servicio por omisión.....	201
7. Otros factores de atribución de la responsabilidad estatal	202
7.1. Sacrificio especial. Ausencia del deber de soportar el daño.....	202
7.2. Error judicial.....	203
7.3. Riesgo creado	203
7.3.1. ¿En qué situaciones se condenó al Estado a indemnizar daños causados por riesgo?	205
7.3.2. ¿Cuál es el riesgo de responsabilizar al Estado por riesgo?.....	207
8. ¿El Estado responde como titular de establecimientos educativos en los términos del art. 1767 del CCyC?.....	208

Esquemmatizando	210
Bibliografía	210
Jurisprudencia.....	213
Jurisprudencia clave	214
Capítulo 10 - La antijuridicidad	217
1. La Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad	217
2. La antijuridicidad en la responsabilidad estatal.....	219
2.1. Antijuridicidad y responsabilidad estatal legítima	220
2.2. Antijuridicidad y responsabilidad estatal ilegítima	221
3. Las causales de justificación en general. La asunción de riesgos	222
4. Las causales de justificación en particular	224
Esquemmatizando	227
Bibliografía	227
Jurisprudencia.....	228
Jurisprudencia clave	229
BLOQUE 3 - ¿QUÉ FORMAS PUEDE ADOPTAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?	
Capítulo 11 - Los distintos criterios de clasificación de la responsabilidad del Estado y su abordaje metodológico.....	235
1. Concepto y caracterización	235
2. Según el sujeto responsable y la forma de participación en la comisión del hecho dañoso.....	237
3. Según la causa.....	239
4. Según el modo de imputación	240
5. Según la fuente	241
6. Según la manera de concreción	244
7. Según la función estatal concernida	245
Esquemmatizando	246
Bibliografía	246
Jurisprudencia.....	248
Capítulo 12 - La responsabilidad estatal ilegítima por acción y por omisión	249
1. La responsabilidad estatal ilegítima por acción. Concepto y caracterización. Remisión.....	249
2. La responsabilidad estatal ilegítima por omisión. Concepto y caracterización	250
3. Las particularidades de la responsabilidad por omisión	252
4. Los elementos configuradores de la omisión.....	253
4.1. La omisión es una falta de servicio	253
4.2. La imputabilidad	256

4.3. La antijuridicidad. La problemática de los deberes de actuación expresa y determinada.....	256
4.4. Los medios empleados para prevenir la causación de la lesión.....	259
4.5. La previsibilidad del daño	260
4.6. El nexo causal	262
5. La responsabilidad estatal por omisión en la fiscalización y vigilancia de actividades privadas.....	264
Esquematizando	267
Bibliografía.....	267
Jurisprudencia.....	270
Jurisprudencia clave	271
Capítulo 13 - La responsabilidad estatal lícita	273
1. Concepto y caracterización	273
2. El fundamento constitucional y las condiciones de procedencia de la responsabilidad estatal lícita	274
3. El factor de atribución. Sacrificio especial y ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.....	276
4. La relación causal. El requisito legal de la existencia de un nexo causal directo, inmediato y exclusivo	279
5. Los alcances de la indemnización	282
5.1. Un tema polémico	282
5.2. Expropiación y responsabilidad estatal lícita.	283
5.3. Los alcances del art. 5° de la LRE.....	284
5.4. Lectura constitucional del art. 5° de la LRE	285
Esquematizando	287
Bibliografía.....	287
Jurisprudencia.....	290
Jurisprudencia clave	292
Capítulo 14 - La responsabilidad estatal por actividad legislativa.....	295
1. Concepto y caracterización	295
2. Contenido y ámbito de aplicación	298
3. Responsabilidad estatal por actividad legislativa regular e irregular	299
4. Los casos paradigmáticos	301
4.1. Demandas acogidas.....	301
4.2. Demandas rechazadas	303
5. Leyes que contemplan y que niegan el derecho a acceder a una indemnización por responsabilidad estatal legislativa	303
6. La responsabilidad estatal tarifada.....	305
7. Responsabilidad estatal por actividad legislativa de emergencia	306
8. Responsabilidad estatal por legislación urbanística	308

Esquemmatizando	312
Bibliografía.....	312
Jurisprudencia.....	315
Jurisprudencia clave	316
Capítulo 15 - La responsabilidad estatal por actividad judicial	317
1. Presentación	317
2. Tensiones y dificultades de la responsabilidad estatal por actividad judicial	317
3. Concepto y caracterización	321
4. Clases de responsabilidad judicial	326
4.1. Responsabilidad in procedendo o por funcionamiento irregular o anormal del servicio de justicia	326
4.1.1. Las formas más usuales del error in procedendo	329
4.2. Error judicial o responsabilidad in iudicando	334
4.2.1. El error judicial, los recursos para ponerle fin, la conducta del damnificado y la cosa juzgada.....	335
4.2.2. El camino para llegar a la reparación en caso de error judicial	338
5. El desafuero como requisito para poder efectivizar la responsabilidad personal de los magistrados	342
Esquemmatizando	345
Bibliografía	345
Multimedia.....	347
Jurisprudencia	347
Jurisprudencia clave	349
Capítulo 16 - La responsabilidad estatal ambiental	351
1. El deber de no dañar el ambiente	351
2. El deber de prevenir el daño ambiental	354
2.1. El principio precautorio	356
3. El deber de recomponer.....	357
4. El deber de reparar el daño individual derivado del daño ambiental.....	359
Esquemmatizando	361
Bibliografía	362
Multimedia.....	364
Jurisprudencia	364
Jurisprudencia clave	364
BLOQUE 4 - OTROS SUJETOS RESPONSABLES	
Capítulo 17 - La responsabilidad de los funcionarios, empleados y agentes públicos	371

1. Noticias de una negligencia.....	371
2. Un solo daño. Dos posibles responsables.....	372
3. Faltas personales y faltas de servicio. Concurrencia e independencia.....	374
4. ¿Cuáles son los presupuestos de la responsabilidad de los funcionarios?.....	378
5. Concurrencia de la responsabilidad de los funcionarios y la del Estado	380
6. ¿Sobre la base de qué parámetros se juzgan las acciones de regreso del Estado contra los funcionarios?	381
7. Aspectos procesales de la responsabilidad de los funcionarios	382
8. Agotamiento de la vía administrativa y plazo de prescripción	384
9. Responsabilidad penal, política y administrativa de los funcionarios	385
9.1. Responsabilidad penal.....	385
9.2. Responsabilidad política.....	386
9.3. Responsabilidad administrativa	387
Esquemalizando	390
Bibliografía.....	391
Jurisprudencia	393
Jurisprudencia clave	394

Capítulo 18 - La responsabilidad de los concesionarios, contratistas

y prestadores de servicios públicos.....	395
1. Los servicios públicos: concepto y caracterización.....	396
2. Relaciones de consumo y responsabilidades consecuentes	397
3. Marcos jurídicos de protección de los usuarios de servicios públicos	397
4. La responsabilidad por daños de los prestadores estatales de servicios públicos	401
5. Responsabilidad de los concesionarios, contratistas y prestadores de servicios públicos en el régimen de la LRE	403
6. ¿Responde el Estado por los daños causados por concesionarios de servicios públicos?	403
7. ¿Cuándo y cómo puede responder el Estado por los daños derivados de la prestación de servicios públicos por concesionarios?	404
Esquemalizando	406
Bibliografía.....	406
Multimedia.....	408
Jurisprudencia.....	408
Jurisprudencia clave	409

BLOQUE 5 - ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Capítulo 19 - Condiciones de admisibilidad de la demanda de responsabilidad estatal	415
--	------------

1. Pasado y presente de la demandabilidad estatal	415
2. Agotamiento de la instancia administrativa y plazo de caducidad	418
2.1. Responsabilidad extracontractual	418
2.2. Responsabilidad contractual.....	419
3. ¿Antes de demandar hay que llevar al Estado a mediación?.....	420
4. La prohibición de reconocer daños en sede administrativa	422
Esquematizando	424
Bibliografía.....	424
Jurisprudencia	426
Jurisprudencia clave	426
Capítulo 20 - Prescripción de la acción de responsabilidad estatal	427
1. Concepto y caracterización	427
2. Prescripción y responsabilidad extracontractual.....	428
3. Prescripción y crímenes de lesa humanidad.....	432
4. Prescripción y responsabilidad contractual	434
5. Prescripción y responsabilidad local	435
6. Interrupción y suspensión de la prescripción por el inicio de actuaciones administrativas	435
7. Renuncia de la prescripción	436
Esquematizando	437
Bibliografía.....	438
Jurisprudencia	439
Jurisprudencia clave	440
Capítulo 21 - La demanda de responsabilidad estatal y su prueba	443
1. Demandar y defenderse en un caso de responsabilidad estatal	443
2. Congruencia entre la petición planteada en sede administrativa y la pretensión incluida en la demanda judicial	446
3. Unidad de acción y dualidad de pretensiones: acumular o separar la acción resarcitoria de la impugnatoria.....	447
4. ¿A qué órgano estatal se demanda?	449
5. El ofrecimiento de prueba.....	449
6. Los medios de prueba	450
7. Las cargas probatorias dinámicas	452
8. Pruebas anticipadas, diligencias preliminares, acceso a la información pública.....	454
9. Relación entre la demanda resarcitoria y la acción penal. La prejudicialidad	455
10. Efectos de la condena penal sobre la acción de responsabilidad estatal	457
Esquematizando	458

Bibliografía	458
Jurisprudencia	460
Jurisprudencia clave	460
Capítulo 22 - La sentencia condenatoria y su ejecución	463
1. La atribución de responsabilidad estatal y la condena a reparar daños	463
2. Indemnizaciones estatales tarifadas	464
Responsabilidad estatal por el atentado a la AMIA.....	465
3. La sentencia condenatoria y el procedimiento para hacerla efectiva	466
4. ¿Qué quiere decir que las sentencias dictadas contra el Estado tienen carácter meramente declarativo?	467
5. El régimen ordinario de ejecución de sentencias contra el Estado.....	468
6. Los dilemas constitucionales del régimen ordinario de pago de sentencias condenatorias del Estado	473
7. Astreintes.....	478
Esquematisando	480
Bibliografía.....	481
Jurisprudencia.....	482
Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	483
Jurisprudencia clave	484

El porqué de la obra y sus premisas pedagógicas

Probablemente como parte de un proceso de introspección y luego de tantos años de ser profesora adjunta regular de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, me vengo cuestionando cuántas de nuestras prácticas en el aula promueven (o por el contrario, desalientan) la generación del tipo de estudiante atento, participativo y creativo que como profesores todos ansiamos tener. Me pregunto si lo que planificamos, comunicamos y evaluamos en un curso realmente potencia aprendizajes duraderos y recupera el entusiasmo por aprender o si, sin quererlo, conspira para que se generen clases verdaderamente enriquecedoras, esas que los alumnos recuerdan a lo largo del tiempo y de las que, como profesores, disfrutamos participar.

En esta búsqueda interior por dar respuesta a estas inquietudes se me representa siempre lo delicada que es la función de enseñar, la enorme dedicación que exige preparar clases significativas, la falta de suficientes apoyos para quienes quieren vincularse desde el pensamiento y no mediante repeticiones acrílicas y la carencia de materiales de enseñanza que registren que los estudiantes universitarios y los jóvenes profesionales no son lectores expertos sino en formación.

La mayor parte de los textos que se utilizan en el ámbito universitario no están dirigidos a los estudiantes sino a los académicos y por ello estos materiales suelen dar por sabido gran parte del conocimiento contenido en ellos. Aunque lo relativicemos, esta circunstancia puede plantear obstáculos al desempeño de muchos estudiantes, ya que sucede que los mismos textos que entre profesionales formados o entre investigadores no suelen plantear dificultades de lectura, pueden ser problemáticos en la formación de grado y de posgrado. Ello, por cierto, no convalida el empleo de textos “digeridos” o edulcorados, que soslayan marcos teóricos o desarrollos problemáticos y que con el pretexto de facilitar la comprensión, subestiman la capacidad del estudiante universitario como ser pensante, crítico e inquisidor.

En el marco de este proceso reflexivo, tuvo lugar la gestación de esta obra referida a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, un tema de trascendencia enorme para el Estado de Derecho pero que generalmente lleva dos clases

en la currícula de Elementos de Derecho Administrativo en nuestra Facultad de Derecho y un bimestre en el ciclo de grado de la orientación en Derecho Público Administrativo.

Esta asimetría es una constante a la que los profesores nos enfrentamos. Mucho contenido curricular, poco tiempo para abordarlo. ¿Qué hacemos entonces para resolver este dilema para, además, generar verdaderos espacios de aprendizaje, donde los estudiantes son protagonistas activos y los docentes, sus potenciadores?

Esta obra, pensada para los estudiantes actuales de grado y posgrado de nuestras facultades de derecho - cuya forma de acceder, incorporar y apropiarse de los conocimientos es muy diferente de la que tenían los alumnos cuando comencé mi desempeño docente hace más de veinte años - pretende dar cuenta de todas estas tensiones y nuevos escenarios. Intenta enfocar con rigor académico el tratamiento dogmático de la responsabilidad del Estado, problematizándola y tornándola un objeto de práctica profesional, a fin de acompañar lo que debería ser, a mi criterio, la dinámica de las aulas universitarias de derecho del siglo XXI.

Por todo ello, este libro se asienta en las siguientes premisas pedagógicas:

- Autores y lectores están en un diálogo permanente. La obra registra al lector, lo imagina e intuye los interrogantes, dudas y escenarios de desempeño profesional que la lectura pudiera sugerirle. Para ello, utiliza recursos tales como la presentación de tensiones y de interrogantes que se van develando con el decurso del relato, el planteo de casos, líneas de tiempo, desafíos y posibilidades que se dirimen en el ejercicio profesional, ejemplificaciones, metáforas, reconstrucciones socio-históricas, informaciones de actualidad, etc.
- En la prosa narrativa las palabras fluyen. Eso facilita la lectura y la hace más ágil. Por eso en la obra no se realizan comentarios y anotaciones al articulado normativo ni se emplean notas al pie, sino que las fuentes bibliográficas se indican al finalizar cada capítulo y las sentencias paradigmáticas de la responsabilidad estatal mayormente se contextualizan con una brevísima alusión a su entorno fáctico.
- Las facultades de derecho no enseñan solamente dogmática jurídica. Hay un consenso generalizado en que también es indispensable entrenar a los estudiantes en habilidades y destrezas profesionales que en la actualidad se desarrollan en entornos mediados por la tecnología. La obra se propone establecer una ligazón clara entre las construcciones teóricas y la práctica profesional consecuente conforme a la manera en que ella tiene lugar en el siglo XXI.
- La interdisciplinariedad muestra la complejidad de la realidad y proporciona modelos conceptuales y soportes materiales que facilitan abordarla. Dado que el derecho dialoga e interactúa con otras disciplinas, en el libro se recurre al aporte de ciencias no jurídicas y se emplean recursos

provenientes del arte para sostener el tratamiento de algunos temas. La creatividad, al igual que el conocimiento técnico, el sentido crítico, el saber trabajar con otros y la capacidad argumentativa, son habilidades imprescindibles de este tiempo que, a mi entender, los profesores también debemos ayudar a construir y a despertar.

- El Derecho Administrativo ha tenido profesores notables que han dejado un legado que es necesario revalorizar y dar a conocer a las nuevas generaciones. La responsabilidad del Estado en Argentina ha sido forjada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pero también en la pluma de maestros como Rodolfo Bullrich, María Graciela Reiriz y Miguel Santiago Marienhoff. Más contemporáneamente, los profesores Agustín Gordillo y Juan Carlos Cassagne son referentes para el enfoque que planteamos en este libro. De allí que la obra destaca los aportes que todos ellos han hecho en la disciplina, abrevia en sus enseñanzas y acerca sus reflexiones a los estudiantes de las nuevas generaciones.
- La jurisprudencia ha cumplido un rol vital en el surgimiento, el desarrollo y la evolución de la responsabilidad estatal. Para facilitar su estudio, al cierre de cada capítulo, con el título “jurisprudencia clave”, se incluye un listado de los precedentes que resultan emblemáticos y que por tanto no pueden dejar de ser considerados en el marco aulico.
- La enseñanza jurídica actual no puede prescindir de articular TIC por lo que la obra se complementa con soportes audiovisuales hallables en www.karinacicero.com en la que también se profundizan cuestiones que se insinúan en este texto.
- Formar en el pensamiento crítico presupone un profesorado que detecte situaciones deficientes en su área disciplinar y que invite a reflexionar a los estudiantes sobre sus posibilidades de mejora. Por eso este libro no se queda en la pura explicación de las instituciones jurídicas sino que toma una posición acerca de los déficits que presenta el actual estado de la responsabilidad estatal y hace propuestas en pos de superarlos.

Una de las mayores satisfacciones de mi carrera profesional y docente es comprobar que he tenido alguna mínima influencia en la formación de jóvenes brillantes que me acompañan desde hace tiempo y de quienes siempre siento que aprendo más de lo que puedo aportarles. Así como trabajamos en equipo al preparar las clases de nuestras comisiones, del mismo modo - e incluso empleando una plataforma digital para trabajos colaborativos - hemos elaborado este libro. Aunque por supuesto me atribuyo todos los errores u omisiones que pudiera presentar, esta obra no hubiera sido posible sin la participación de Gerardo Fiol, Agustina Fisch, Federico Marengo, Laura Medrano, Juan Stinco y María Luz Ventureira. Gerardo Fiol es coautor de algunos capítulos; María Luz Ventureira se encargó de la elaboración de los esquemas; Juan Stinco aportó materiales,

lecturas, comentarios e inquietudes; Agustina Fisch sumó su experiencia como ex alumna y actual auxiliar docente de sucesivos cursos de Responsabilidad estatal; sin Laura Medrano la obra no hubiera podido tener las nubes de palabras del inicio de cada capítulo, los cuadros, esquemas y diagramas y el nivel de detalle y prolijidad que presenta en la jurisprudencia, en las citas bibliográficas y en todo su contenido. Todos, cada uno a su modo, pero con una solvencia y un compromiso extraordinarios, han permitido que este sea el libro que aspiramos a consultar para dictar los cursos de Responsabilidad del Estado. Este es un objetivo cumplido que nos alegra infinitamente.

Y por último, la vida siempre da sorpresas. Una simple consulta al Centro para el Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho con el fin de que me brindaran una mirada general acerca del proyecto, derivó, por esos caminos a veces insondables pero maravillosos de nuestra Facultad, en que pudiera participar del Programa de Apoyo Pedagógico a Cátedras y compartir una inolvidable experiencia de acompañamiento pedagógico con la Licenciada Micaela Battisacchi. Las conversaciones que tuvimos durante varios meses me llevaron a repensar el concepto global de la obra, a darle una perspectiva diferente y a que, finalmente, sea sin duda representativa de la forma en que creo debe abordarse la Responsabilidad del Estado en un aula de grado y de posgrado.

Esta obra fue pensada en función de los estudiantes pero también está dedicada a los profesores. De ambos espero comentarios, sugerencias y críticas, por mail o mensajes en las redes LinkedIn.com., Instagram y Academia.edu. Doy por sentado que estar de acuerdo con algo motiva menos a la gente a participar que estar en desacuerdo. aguardo el disenso y ansío la interacción y el intercambio de ideas para reflexionar y mejorar la obra. Me dará la oportunidad de aplicar el método científico que propicia el descubrimiento del error y el planteo de hipótesis superadoras.

Este libro encuentra su inspiración en la pasión que me despierta enseñar Derecho Administrativo: una asignatura perdida dentro de un plan de estudios vasto, una materia a veces poco entendida pero que explica un derecho esencialmente servicial e indispensable para construir una sociedad libre e igualitaria.

Nidia Karina Cicero

Listado de colaboradores - coautores

Gerardo Fiol

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Coautor del Bloque 2 y del capítulo 3 del Bloque 1. Lectura y revisión general.

Agustina Fisch

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Lectura y revisión general.

Federico Marengo

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Lectura y revisión general.

Laura Mariel Medrano

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Coautora del título “La responsabilidad estatal y el Derecho Internacional” del capítulo 1 del Bloque 1. Diseño de las nubes de palabras, cuadros, diagramas y esquemas. Lectura y revisión general.

Juan Stinco

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Lectura y revisión general.

María Luz Ventureira

Aportes de doctrina y jurisprudencia. Esquemas. Lectura y revisión general.



BLOQUE TEMÁTICO 1

Pasado, presente y porvenir de la responsabilidad del Estado





Premisas

Hay cosas un tanto mágicas que, a fuerza de repetición, dejan de maravillarnos. Apretar un interruptor y que se encienda la luz, abrir una canilla y que aparezca agua que puede beberse sin peligro, que en menos de un segundo el buscador de Google arroje miles de resultados para cualquier tema, son hechos que forman parte de nuestra cotidianidad. Sin embargo, nunca pensamos todo lo que tuvo que transcurrir para que ello ocurra, y menos aún, que esto no siempre fue así. Algo de esto pasa con la responsabilidad del Estado.

Nadie dudaría hoy que los Estados deben responder por los daños que causan pero hasta hace no mucho tiempo, tanto en la Argentina como en muchos países occidentales, el paradigma era exactamente el contrario: el Estado solo respondía por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos que celebraba pero no fuera de este ámbito. Los resabios de dogmas como *The King can do no wrong*, *L'Etat c'est moi* y la indemandabilidad del soberano impedían que el Estado pudiera ser responsable por los daños que causaba por su acción u omisión antijurídicas. Solo se aceptaba que los funcionarios pudieran incurrir en responsabilidad a título personal frente a los damnificados pero no que esta conducta dañosa, contraria a la ley, pudiera ser atribuida al Estado, ya que este, como representante del derecho organizado, no podía aparecer como violador de ese mismo derecho (REIRIZ, 1969).

¿Cuáles son las implicancias profundas que trae aparejado este cambio de paradigma?, ¿cómo fue posible llegar a él?

Sin dudas, la responsabilidad estatal es una conquista del Estado de Derecho ya que proclamar como regla que todos los poderes públicos están obligados a resarcir cualquier lesión que sufran las personas en sus bienes y derechos, de configurarse los presupuestos que establece la ley, constituye una concreción efectiva del sometimiento del Estado a la ley. De esta manera, la responsabilidad estatal integra el conjunto de garantías de los ciudadanos. Al igual que la tutela judicial efectiva, la razonabilidad en la acción estatal, el sometimiento de la Administración a la legalidad o la división de poderes, el deber que asumen los sujetos estatales de reparar los daños patrimoniales que han ocasionado a otros sujetos certifica que quienes mandan están efectivamente sometidos al imperio de la ley.

Por otro lado, proclamar la responsabilidad estatal implica fortalecer la protección a quienes sufren daños provenientes del actuar de funcionarios públicos, ya que la posibilidad de obtener una reparación de las lesiones sufridas no dependerá de la solvencia de aquellos.

Ocurre, sin embargo, que la afirmación de la responsabilidad estatal es una tarea permanentemente inconclusa, puesto que siguen surgiendo interrogantes y tensiones en función de las muchas áreas de indefinición y debilidades que aún subsisten.

¿La indemnización que debe abonar el Estado cuando causa un daño tiene los mismos alcances que las que pagan los particulares cuando lesionan a otros? ¿Qué criterios prevalecen a la hora de concebir la responsabilidad estatal, los fundados en la justicia distributiva o la conmutativa? ¿Afecta el principio constitucional de igualdad el hecho de que existan múltiples regímenes locales de responsabilidad estatal? ¿Un régimen objetivo y amplio de responsabilidad estatal disuade la comisión de faltas o solapa a funcionarios corruptos y a sistemas administrativos obsoletos? ¿Por qué los funcionarios que dañan nunca responden frente a las víctimas y la sociedad? ¿Por qué el Estado no hace lo posible para que los funcionarios también afronten con sus propios recursos los daños que provocan?

CAPÍTULO 1

¿Qué es la responsabilidad estatal?

Leer este capítulo te llevará:
38 minutos aproximadamente

1. La fuente constitucional del deber de responder por daños

Se llama **responsabilidad por daños** a la **obligación de resarcir los perjuicios injustamente sufridos en las condiciones que dispone la ley**. El deber de no dañar a otros y su necesaria consecuencia, que es la de indemnizar a las víctimas de la lesión, **se derivan directamente de la Constitución Nacional** (en lo sucesivo, CN) **y sus raíces se remontan a los principios generales del derecho**, ya que el *alterum non laedere* es un principio universal y constituye uno de los valores fundamentales del derecho, en todos los ordenamientos jurídicos.

Al Estado como a los particulares se les aplica el principio *alterum non laedere* contemplado en el art. 19 CN que lleva a no perjudicar a nadie y obliga a pagar una indemnización si el daño fue cometido. Además, tanto el Estado como los sujetos de derecho privado están sometidos al esquema constitucional que ampara la propiedad privada (art. 17 CN) y proscribire el trato desigual (art. 16 CN).

Aunque en lo sucesivo veremos que la **responsabilidad estatal presenta particularismos que la distinguen** y que justifican la afirmación de que constituye un régimen diferente al de la responsabilidad civil, los principios que regulan el deber de no dañar, tanto sean abordados desde el derecho público (administrativo, penal, ambiental) como desde el derecho privado y en cualquiera de sus vertientes (civil, laboral, comercial, del consumidor, etc.) comparten **premisas comunes y una única fuente que es la Constitución Nacional**.

La responsabilidad **estatal presenta singularidades** que obedecen a los diversos modos y alcances con los que el Estado despliega sus actividades en la sociedad y a los distintos fines que este persigue. Así, por ejemplo, mientras que la actuación de los órganos públicos está sometida al **principio de legalidad**, los particulares desenvuelven sus relaciones con autonomía y en un marco de libertad contractual, persiguiendo propósitos individuales que nada tienen que ver con el **interés público** o el beneficio general. Cuando, por ejemplo, los estados provinciales o

el nacional brindan servicios de salud a través de la red de hospitales públicos, cumplen un cometido esencial de orden constitucional y aunque lo presten de un modo semejante a las clínicas y sanatorios privados, la relación que se traba con quienes reciben este servicio en un hospital no es de derecho privado ni menos aún contractual. Brindar el servicio de salud a la población es un mandato constitucional, al igual que garantizar el acceso de la población a la educación básica. Mientras que los sanatorios y clínicas privadas tienen el derecho a atender solo a quienes abonen sus servicios, el Estado no puede negar atención médica ni educación a ningún habitante puesto que ello se vincula con los fines esenciales que justifican su propia existencia.

Otra diferencia entre los sistemas de responsabilidad civil y estatal proviene del hecho de que **los ámbitos en los que el Estado contemporáneo desarrolla sus acciones son multifacéticos**, mientras que las actividades que despliegan los particulares suelen ser acotadas, concretas y específicas. Por ende, ante la mayor actuación –muchas veces motivada por los propios reclamos de la sociedad– y consecuentemente, ante la falta de cumplimiento de tales cometidos, mayores son las posibilidades que tienen los órganos estatales de incurrir en daños y más difícil les resulta desplegar acciones para evitar su causación.

Además, en el ámbito estatal se reconoce como regla general la **responsabilidad legítima**, es decir, la posibilidad de que el Estado deba afrontar daños causados sin ningún tipo de actividad antijurídica detonante. Durante mucho tiempo esta alternativa (la responsabilidad sin existencia de culpa o dolo en la acción dañosa) fue ajena al ámbito de la responsabilidad civil. Aunque hoy en día este paradigma ya no tiene cabida en el ámbito privado, sí lo tenía en la etapa iniciática de la responsabilidad estatal y de allí que sea una diferencia destacable.

El régimen público de responsabilidad intenta captar todas estas singularidades y de allí que se afirme que **ella constituye un sistema específico, imbuido de principios de derecho público, con soluciones y criterios propios, en algunos casos distintos a los del derecho civil**.

Sin embargo, en esta obra planteamos **un enfoque integral de la responsabilidad estatal**, que sin dejar de recalcar las especificidades de las que goza por el carácter público del sujeto obligado a responder, rescata los fundamentos y presupuestos de la responsabilidad a la luz de la Constitución Nacional y abreva también en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), porque es allí donde posee mayor desarrollo y mejor sistematización.

Es que todas las relevantes diferencias que existen entre ambos regímenes no pueden llevar a desconocer los **puntos de contacto** que se dan entre los sistemas, ya que **además de compartir la fuente constitucional, ambos se apoyan en la presencia de presupuestos comunes** (daño, nexo de causalidad, factores de atribución, etc.) **y en la necesidad de amparar a la víctima y de restablecer la situación anterior a la comisión del daño**.

2. ¿Qué significa responder por daños?

Sentadas estas premisas, vemos que el art. 1716 del CCyC dispone que la violación del deber de no dañar a otro (campo extracontractual) o el incumplimiento de una obligación (campo contractual) dan lugar a la reparación del daño causado, de acuerdo con lo que disponen las normas específicas. Siguiendo esta caracterización, podríamos decir que la **responsabilidad estatal** consiste en el **deber legal de reparar las lesiones o perjuicios derivados de acciones u omisiones cometidas por alguno de los órganos que integran el Estado o que surgen del incumplimiento de las obligaciones asumidas por aquellos.**

Jurídicamente enfocado, **el daño es el quebrantamiento de la cartera de derechos de un individuo** resultante de la pérdida o el deterioro de un bien, que puede ser su propia vida, su salud, bienes de su patrimonio, etc. **Para quien lo sufre el daño es un mal**, y ese mal repercute en toda la sociedad porque una comunidad de individuos dañada es una comunidad pobre y castigada (LÓPEZ OLACIREGUI, 1970).

En el campo de la responsabilidad extracontractual, los ordenamientos jurídicos contemplan dos sistemas de traslación de los daños desde la víctima a su autor: **1. los sistemas de responsabilidad**, que trasladan ciertos daños desde la víctima al causante, a quien le atribuyen por distintas razones –de **tipo subjetivo**, como su propia culpa, dolo o negligencia en la causación del daño, o de índole objetivo, como la creación de un riesgo, la idea de garantía, la equidad, la igualdad en las cargas públicas, etc.– la obligación de reparar el perjuicio causado a la víctima o **2. los sistemas de seguros** que distribuyen los daños entre toda la comunidad de asegurados, y por esa vía hacen menos sensible para cada uno en particular la pérdida.

Los sistemas de responsabilidad parten de la base de que cada uno debe pagar por las consecuencias dañosas de sus acciones u omisiones, por un imperativo elemental de justicia, y por ello imponen a quien causó un daño la obligación de repararlo. No obstante, este sistema acoge a su vez **dos grandes ejes estructuradores de la responsabilidad:** los que emplean factores de atribución **subjetivos** y los que la imputan sobre la base de factores de tipo **objetivo**.

Los **factores subjetivos parten de un reproche a la conducta del sujeto causante del daño**, ya que se apoyan en la premisa de que este ha actuado negligentemente o con intención de dañar; en otras palabras, con **culpa o dolo**.

Los factores **objetivos**, en cambio, **tienen en cuenta principalmente el daño injustamente sufrido** por la víctima **con prescindencia de la intencionalidad negligente o dolosa del agente**. Estos factores operan en razón de ciertas condiciones de la actividad desplegada –v.gr. por ser riesgosa o por realizarse con cosas que tienen algún vicio o funcionan defectuosamente–, o por otros motivos que estipula expresamente la ley, por ejemplo, la obligación de los padres de

responder por los daños causados por los hijos, o la del principal por los hechos de su dependiente.

En los modelos de tipo **subjetivo el presunto dañador siempre puede eximirse de responsabilidad demostrando su falta de culpa**; por el contrario, si la responsabilidad se basa en un **factor objetivo, como el riesgo o la garantía, la falta de culpa, dolo o negligencia del obligado es indiferente para que opere la responsabilidad**, ya que una vez ocasionado el daño, esta se configura incluso aunque el obligado hubiera actuado diligentemente. Dentro del paradigma **objetivo** el dañador solo se exime si prueba la interrupción del nexo causal por una **causa ajena** (cónf. art. 1722 *in fine* CCyC), excepto disposición en contrario.

En esa línea, es interesante recordar que en los ordenamientos primitivos no se diferenciaba la responsabilidad civil de la penal y no había distingo alguno entre el autor culpable o inculpable del daño. Así se caía en la más rigurosa imputación objetiva y, por ende, el deber de resarcir surgía por el simple hecho de producirse el daño, sin discriminación ni evaluación de causas (LLAMBÍAS, 1994).

Muy lentamente los sistemas jurídicos fueron evolucionando hasta llegar a consolidar la idea de que la responsabilidad debe estar ligada a la actuación intencional de quien causa el daño, noción que luego se traducirá en el principio general de que *no hay responsabilidad sin culpa*, que va a ser central en los códigos del siglo XVIII, y que se va a materializar en el art. 1067 del Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante, CC), que en esa dirección prescribía: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código... sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. De este modo, **la responsabilidad codificada nació emparentada a factores de tipo subjetivos y ellos, aun hasta hoy, siguen siendo la fuente atributiva de la responsabilidad en caso de carencia de norma que disponga algo distinto** (cónf. art. 1721 CCyC.).

No obstante, con el advenimiento de la sociedad industrial y los riesgos inherentes a ella, la responsabilidad fundada en factores objetivos se fue expandiendo notoriamente, tanto así que incluso ha captado a la **responsabilidad del Estado**, que digámoslo desde ya, es de tipo **objetivo y directo** —es decir, el Estado responde por los daños causados a título propio y no de modo reflejo por los perjuicios que provoquen sus dependientes con total prescindencia de la idea de culpa— más allá de los matices que esta caracterización presenta y que desarrollaremos más adelante.

De todos modos, con independencia de la preponderancia que en algunas épocas han tenido los factores de atribución de tipo subjetivos y, en otras, los de tipo objetivos, lo relevante es que ambos modelos operan **complementariamente** en el ordenamiento jurídico ya que tanto unos como los otros han servido desde siempre para atribuir responsabilidad por los daños causados, tal como se plasma con claridad en el régimen del nuevo CCyC, cuyo Capítulo 1 del Título V “Otras fuentes de las obligaciones” se encarga de sistematizar las diversas facetas de lo que constituye el régimen actual del derecho de daños.

Esta complementariedad también se observa en la responsabilidad estatal. Aun cuando esta sea directa y objetiva, en la mayoría de los casos convive –o al menos teóricamente podría hacerlo– con la responsabilidad *personal* de los funcionarios singulares que cometieron el daño, quienes responderían sobre la base de un factor de atribución subjetivo, culpa o dolo.

3. Enfoques tradicional y actual del derecho de daños. El régimen del Código Civil y Comercial

Los esquemas tradicionales que reposaban en la idea de que *no hay responsabilidad sin culpa* cambian radicalmente con el transcurso del tiempo y el advenimiento de la sociedad de consumo del siglo XX.

Un hito de este trayecto hacia el abandono de la culpa como patrón exclusivo de la responsabilidad suele ubicarse en la ley francesa de accidentes de trabajo de 1896 que estableció el deber del empleador de indemnizar al trabajador sin más excepciones que la fuerza mayor extraña al trabajo y la culpa del empleado. Con la teoría del riesgo creado y múltiples legislaciones posteriores a la antes recordada que a nivel mundial extendieron la responsabilidad sin culpa a muchas actividades (vehículos automotores, navegación, ferrocarril, etc.), los **modelos resarcitorios pasan a estar predominantemente fundados en factores objetivos**.

Por un lado, **la sociedad de consumo** trajo aparejadas notorias **asimetrías de información** y poder económico entre los contratantes, lo que a su vez condujo a imponer **normas de orden público que limitan la libertad contractual** (precios máximos, defensa del consumidor, derecho a la información del consumidor, etc.).

Por otra parte, es también en las primeras décadas de ese siglo que **el Estado comienza a adoptar un rol activo en el campo económico**, tanto a través de una intervención directa por medio de empresas y sociedades estatales o concesionarios, como fomentando y subsidiando industrias y actividades productivas. Finalmente, en esta misma época se va transformando la tradicional lógica conmutativa de las relaciones privadas y es así que comienzan a surgir **normas que regulan relaciones entre particulares con sesgos redistributivos** (en esa dirección se inscriben, v.gr., normas de emergencia que impactan en los contratos, la doctrina del sacrificio compartido, etc.).

Todos estos fenómenos que se fueron dando durante el transcurso del siglo XX impactaron profundamente en los modelos de responsabilidad civil pues **la víctima y el daño injustamente sufrido pasaron a ser los ejes del sistema resarcitorio**, con prescindencia, al menos en ciertos casos, **de la antijuridicidad de la conducta del dañador**.

Como síntesis de estos procesos quedaron configurados **dos grandes modelos de responsabilidad civil**: 1. uno, el que concibe a **la responsabilidad como deuda**

(del dañador), que se centra en la antijuridicidad de la conducta de este último y, por ende, exige la presencia de dolo, culpa o negligencia como requisitos para que pueda atribuirse responsabilidad (este era el modelo del Código Civil de Vélez Sarsfield); 2. el otro, en cambio, es aquel que considera **la responsabilidad como un crédito de la víctima, por lo que se centra en el daño sufrido y en su injusticia**. En este sistema es posible responder por hechos ajenos y en él la antijuridicidad se difumina, en razón de la **objetivación creciente de los factores de atribución**.

Así **la clásica responsabilidad civil ha evolucionado** gradual y mundialmente en dirección hacia lo que hoy se llama **derecho de daños**, que se caracteriza por la **objetivación de la responsabilidad y la entronización del riesgo creado como el típico factor de atribución**. En este modelo se pone el acento en el **daño injustamente sufrido por la víctima más que en la ilegitimidad de la conducta que lo causa**, con la **consiguiente expansión de sus alcances** hacia ámbitos antes impensados. Ya no es la culpa el sustento principal del derecho de daños –que sin embargo no desaparece como factor clásico de atribución de responsabilidad– sino que pasa a serlo el incumplimiento del **deber constitucional de no dañar** –*alterum non laedere*– y de allí que sea la Constitución Nacional y no solo el CCyC, como código de fondo, el lugar donde se encuentra el sustrato del sistema de responsabilidad por daños.

Estas mutaciones se ven reflejadas en el Código Civil y Comercial que re-cepta los paradigmas del nuevo derecho de daños tal como lo hemos descrito anteriormente. Veamos:

- **Se reconoce a la Constitución Nacional y los tratados internacionales como fuente de interpretación** de sus disposiciones (art. 1 CCyC);
- **La víctima es el eje del derecho de daños**. En esa dirección, se dispone que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos (art. 52 CCyC);
- El sistema parte de la premisa de que lo relevante no es la fuente que causa el daño sino que se lo sufre injustamente. De allí que **se unifican las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil** (art. 1716 CCyC) aunque subsisten ciertas diferencias entre ambas áreas en aspectos instrumentales (por ejemplo, conforme al art. 730 CCyC, el incumplimiento de una obligación no solo da derecho a exigir la reparación del daño causado, sino que también genera el derecho del acreedor a exigir la ejecución forzada de lo debido) (PICASSO, 2014);
- **La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos** pero, en ausencia de norma, el factor de atribución es la culpa (art. 1721 CCyC);

- Se incorpora la **función preventiva del derecho de daños** (arts. 1710 al 1715 CCyC);
- Se **regula la asunción de riesgos**, que solo era de tratamiento doctrinario y jurisprudencial (art. 1719 CCyC);
- Se consagra expresamente la **responsabilidad civil contractual objetiva en las obligaciones de resultado** (art. 1723 CCyC);
- Se admite la **reparación no solo de daños causados a derechos subjetivos sino también a intereses simples y daños de incidencia colectiva** (art. 1737 CCyC).

4. Puntos de contacto y conexiones entre la responsabilidad civil y la estatal

¿Cuántas o cuáles de las premisas que hemos identificado en el punto anterior se aplican a la responsabilidad estatal?

Si para responder este interrogante **partimos del art. 1764 del CCyC**, que ha establecido la inaplicabilidad “de manera directa ni subsidiaria” de las disposiciones del Capítulo 1 del Título V “Otras fuentes de las obligaciones” del Código a la responsabilidad del Estado, contemplando, además, en el art. 1765 que esta “... se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponde” deberíamos concluir que, en rigor de verdad, **ninguno de estos axiomas podrían ser aplicables**, pues la responsabilidad del Estado posee un régimen específico (el aprobado por la ley 26944, en adelante LRE, que examinaremos en capítulos sucesivos) y está sustentada en principios de derecho público, diferentes a los que se aplican a la responsabilidad civil.

Sin embargo, **otro modo de encarar el problema –tal como se señaló en el acápite anterior– es enfocarlo desde la Constitución Nacional y sus principios rectores respecto al deber de no dañar, ya que ella es la fuente común a todas las regulaciones referidas al derecho de daños.**

Sobre ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha dicho en la causa “RODRÍGUEZ PEREYRA” que el principio general que establece el art. 19 CN, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra “entrañablemente vinculado la idea de reparación”, y que

la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto las personas y las responsabilidades consecuentes, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Recordemos que en este precedente se declaró la inconstitucionalidad de oficio de un sistema resarcitorio por ser limitado para cubrir los daños sufridos por un soldado conscripto a causa del estallido de una granada.

Desde esta perspectiva se advierte claramente que el CCyC solo traduce o recepta principios vinculados con el deber de resarcir los daños injustamente sufridos que, en verdad, derivan de la Constitución Nacional y que como tales, están por encima de la normatividad derivada, ya sea civil o administrativa. **Estas premisas constitucionales erigen a las víctimas y al ser humano en la razón de ser de todo sistema jurídico y de allí que no puede haber distinciones a los fines de la estructuración de la obligación resarcitoria pública o privada.**

Tanto en el marco de pretensiones sustentadas en normas de derecho privado (v.gr., “AQUINO”, en el que la CSJN declaró la inconstitucionalidad del sistema de la ley de riesgos del trabajo por no garantizar al trabajador accidentado el acceso a una indemnización integral) como de derecho público (en la recién recordada causa “RODRÍGUEZ PEREYRA”) el Superior Tribunal federal ha fundado el derecho a la reparación en pautas constitucionales y ellas hablan a las claras de que ningún tratamiento particular –ni de derecho público ni de derecho privado– puede diseñar restrictivamente, o en beneficio exclusivo del dañador, el derecho de las víctimas a acceder a una reparación justa. **En definitiva, aunque la responsabilidad del Estado y la de los particulares constituyen regímenes separados, no funcionan como si fueran islas jurídicas que no se comunican puesto que el derecho público y el privado se entrelazan en dosis diversas y con matices variados.**

Partiendo de estas premisas compartidas, los aspectos derivados sí pueden, en cambio, discurrir de un modo diferente o separado, y así por ejemplo, es factible que en el ámbito civil se unifique la responsabilidad contractual y extracontractual y que, en cambio, permanezca dividida en la responsabilidad estatal, o que en el orden civil se establezcan factores de atribución diferentes a los que se contemplan en el ámbito público, aunque los presupuestos del deber de resarcir sean idénticos para ambos campos.

5. Definición preliminar de la responsabilidad estatal

Como síntesis de lo dicho hasta aquí estamos en condiciones de proponer una definición preliminar de la responsabilidad del Estado, que en tanto tal, permanecerá abierta para mayores desarrollos conforme a los nuevos contenidos que iremos advirtiendo a lo largo de esta obra.

De esta manera, diremos que **la responsabilidad del Estado –nacional o local– consiste en el deber de base constitucional que recae sobre aquel de reparar el daño patrimonial sufrido injustamente por los particulares**

debido a acciones u omisiones cometidas por algún órgano o ente estatal (perteneiente al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial), tanto se trate de conductas o abstenciones irregulares como regulares, desplegadas en el marco de un vínculo contractual o surgidas del deber genérico de no dañar a otros.

Son tan multifacéticos los cometidos y las funciones que asume el Estado moderno y tantos y tan diversos los medios que emplea para hacerlo, que no es extraño que en este quehacer, el Estado pueda llegar a lesionar a las personas, máxime si consideramos que el despliegue de cualquiera de las tres funciones estatales típicas (administrativa, legislativa y judicial) e, incluso, su omisión, tiene potencialidad para causar daños a los particulares.

Además, la responsabilidad estatal tiene una doble fuente, puesto que puede provenir de conductas u omisiones estatales habidas tanto en **el campo contractual como en el extracontractual**. De verificarse un conjunto de condiciones que veremos en los capítulos siguientes y que se denominan **presupuestos de la responsabilidad**, el Estado puede ser condenado judicialmente a abonar una indemnización a fin de reparar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que pudieran haber sufrido las víctimas a raíz de su accionar.

Los ejemplos siguientes dan cuenta del enorme espectro de situaciones que pueden dar lugar a la responsabilidad estatal y de la forma en que se van combinando los elementos y las categorías que integran la arriba mencionada definición de responsabilidad estatal. Órgano, función, irregularidad, licitud, contrato, deber genérico de no dañar, jurisdicción local o nacional se dan en la realidad de la vida en forma articulada. La responsabilidad estatal surgirá a partir del modo en que se han combinado todos o algunos de estos elementos en la particular plataforma fáctica de cada caso.

Veamos:

<p>Un perro abandonado se cruza en una ruta cuyo mantenimiento y control le corresponde a Vialidad Nacional y provoca un accidente a una persona que manejaba una moto que transitaba por ella.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: extracontractual • Conducta: omisión • Causa: ilicitud • Jurisdicción: nacional • Para pensar: el accidente lo provocó un perro sin dueño. ¿Ello excluye la responsabilidad de Vialidad Nacional?
<p>Una persona permanece cuatro años y dos meses en prisión preventiva, y luego es sobreseída por falta de pruebas que lo vinculen con el asesinato de su ex-mujer.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: judicial • Fuente: extracontractual • Conducta: acción • Causa: violación de la garantía del plazo razonable • Jurisdicción: local

<p>Para evitar la inundación del casco urbano de la localidad de Guaminí, la Dirección de Hidrografía de la provincia de Buenos Aires abre las compuertas de dos represas que inundan campos productivos aledaños a aquellas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: extracontractual • Conducta: acción • Causa: licitud • Jurisdicción: local
<p>Las obras de ampliación de un subterráneo provocan fisuras y daños estructurales a un edificio lindero.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: extracontractual • Conducta: acción • Jurisdicción: local • Para pensar: ¿cuál es la causa del deber de responder? ¿La forma irregular en que fueron realizadas las obras o el sacrificio diferenciado que sufre el propietario por una obra que beneficia a toda la comunidad?
<p>Debido a los avances tecnológicos operados en los últimos años en el sector de las telecomunicaciones, la Secretaría de Comunicaciones de la Nación deja sin efecto la exclusividad zonal que le fue conferida a un licenciatario del servicio de telefonía celular.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: contractual • Conducta: acción • Jurisdicción: federal • Causa: revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia
<p>Una empresa celebró un contrato de compraventa de 6.000 ciclomotores usados con una firma japonesa por un monto total de U\$S 150.000. Luego de abonar un anticipo de U\$S 80.000 y de recibir el primer embarque de 1.500 ciclomotores el Ministerio de Economía dictó la resolución 970/12 mediante la cual prohibió la importación de motos o ciclomotores usados por lo que el segundo envío de vehículos que fue despachado por el vendedor, y que la empresa debe a su vez entregar a tres concesionarios, está retenido en la Aduana.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: normativa • Conducta: acción • Jurisdicción: federal
<p>El Municipio de San Isidro rescinde un contrato para la construcción de un centro de salud por la demora del contratista en la realización de la obra, que el contratista atribuye a la falta de pago del comitente.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: contractual • Conducta: acción • Jurisdicción: local • Para pensar: ¿el Municipio tiene el deber de responder?

<p>Durante un allanamiento dispuesto en el marco de un procedimiento judicial de tráfico de drogas, el secretario del juzgado interviniente rompe accidentalmente una escultura valuada en U\$S 50.000.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: judicial • Fuente: extracontractual • Conducta: acción • Jurisdicción: federal • Para pensar: ¿el Estado responde por la negligencia de un funcionario?
<p>Un policía catamarqueño, mientras perseguía a un delincuente, hiere gravemente con su arma reglamentaria a un peatón.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Función: administrativa • Fuente: extracontractual • Conducta: acción • Jurisdicción: local • Para pensar: ¿la conducta atribuible al policía es lícita o es irregular?
<p>El jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires revoca un permiso para construir un edificio de 15 pisos, por un cambio en las condiciones de zonificación establecidas por el nuevo Código de Planeamiento Urbano.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fuente: contractual • Conducta: acción • Causa: regular • Jurisdicción: local • Para pensar: ¿la función estatal que origina la responsabilidad es la administrativa o la legislativa? ¿O son las dos?

6. Responsabilidad estatal patrimonial y responsabilidad estatal prestacional

Todos los ejemplos que hemos incorporado en la Tabla 1 grafican la faceta patrimonial o reparatoria que presenta la responsabilidad estatal, que es justamente la que estudiaremos en esta obra y a la que dedicaremos toda nuestra atención.

Sin embargo, no puede olvidarse que la responsabilidad estatal no se reduce al resarcimiento de un perjuicio causado ya que en un Estado constitucional, **una faceta igual de importante es la que tiene que ver con el deber estatal de satisfacer necesidades materiales y concretas de su población y de prevenir la concreción de daños materiales**, tal como sería proveer una solución habitacional (“Q.C.S.Y.”), asegurar un tratamiento médico y/o el suministro de una medicación (“CAMPODÓNICO DE BEVIACQUA”, “ASOCIACIÓN BENGHALENSIS”), producir una vacuna (“VICECONTE”) o sanear una cuenca hídrica contaminada (“MENDOZA”), por dar solo un par de ejemplos.

Esta arista prestacional y preventiva aunque no pecuniaria es igualmente predicable de la responsabilidad estatal y posee la misma relevancia que el aspecto reparatorio propiamente dicho, máxime a la luz del actual paradigma constitucional que, al apoyarse en diversos tratados de derechos humanos (cónf. art. 75 inc. 22 CN), impone al Estado (tanto al nacional como a los provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires) garantizar a todos sus habitantes un mínimo de calidad de vida y evitar todo tipo de peligro o riesgo para la vida o la salud de las personas. Aunque esta faceta de la responsabilidad estatal no esté contemplada en la LRE, el deber de prevenir el daño y el de asegurar el goce mínimo de derechos fundamentales de los seres humanos son mandatos derivados directamente del plexo constitucional.

En el sistema interamericano de derechos humanos, los Estados no solo se han obligado a respetar los derechos protegidos en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que también han asumido un deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción (PALACIO DE CAEIRO, 2015). Este compromiso implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental de manera que sean capaces de asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, por lo cual deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención, y procurar, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (“VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ”, sentencia de fondo - Corte IDH).

De modo que frente a una situación de riesgo o peligro para la salud o la integridad física de las personas, principalmente las más vulnerables (enfermos, discapacitados, grupos tradicionalmente excluidos o de pobreza extrema) el Estado no puede desentenderse de su obligación de aseguramiento de estos principios y valores constitucionales y supranacionales que amparan la vida y la salud. En esa dirección se inscribe la orden impuesta por la Corte Suprema en un caso muy reciente a la provincia de Río Negro de reparar una vivienda construida por el Instituto de la Vivienda Provincial y preadjudicada a un grupo familiar compuesto en parte por personas con discapacidad, puesto que los informes técnicos daban cuenta del estado de inhabilitabilidad del inmueble, con peligro para la integridad física de las personas ante la posible electrificación de las paredes y el riesgo cierto de colapso de techo (“GÓMEZ”).

Cumplimiento de prestaciones y prevención del daño, recomposición de los derechos afectados y reparación de las lesiones, funcionan sincrónicamente en la responsabilidad estatal, en el orden doméstico e internacional, como si fueran dos caras de la misma moneda.

7. La responsabilidad estatal y el derecho internacional

Título elaborado en coautoría con Laura Medrano

Las obligaciones que el Estado argentino ha asumido en el orden internacional, en particular en materia de derechos humanos y protección recíproca de inversiones, generan un impacto muy intenso en el ámbito de la responsabilidad estatal e impregnan el análisis de cada una de las instituciones y elementos que la conforman.

Los Pactos y Convenciones que nuestro país ha ratificado pasan a integrar, en las condiciones de su vigencia, nuestro derecho interno (art. 75 incs. 22 y 24) y ello conlleva a ampliar el marco de protección y tutela de los individuos y consiguientemente, a acrecentar la responsabilidad prestacional y patrimonial del Estado.

Al producirse un hecho ilícito imputable al Estado, su ilicitud no solo se juzga respecto del ordenamiento nacional sino también respecto del conjunto de derechos y obligaciones que contemplan estos tratados. Además, al haberse sometido a la jurisdicción de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la responsabilidad del Estado no queda circunscrita al ámbito nacional ya que en caso de que mediara una denuncia o una demanda ante los órganos del sistema internacional, eventualmente también podría nacer el deber de reparar y de hacer cesar la violación de los derechos reconocidos en los Pactos en el ámbito externo.

Circunscribiendo nuestro análisis al sistema interamericano de derechos humanos, puede observarse que estas profundas implicancias en la construcción del paradigma de un Estado responsable *extra muros* provienen de dos vías diferentes.

En primer término, tenemos que **la Argentina ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, Corte IDH) **para condenar pecuniariamente a los Estados por violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

La Corte IDH basa sus potestades para proceder de este modo en el artículo 63.1 de la Convención Americana que establece que

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En el marco interamericano la Argentina ha sido en varias oportunidades condenada a reparar lesiones causadas por violación a los derechos humanos. Por ejemplo, por daños causados por personal policial debido a desapariciones de personas (“GARRIDO Y BAIGORRIA”), por detenciones ilegítimas (“BUENO ALVES”), por daños causados por el Poder Judicial al restringir la libertad de expresión (“FONTEVECCHIA”), por violación al derecho de acceso a la justicia (“CANTOS”) o a un juicio equitativo y en plazos razonables (“FURLAN”, “MEMOLI”).

Las palabras “reparación” e “indemnización” son utilizadas por la Corte IDH en una relación de género-especie, siendo esta última una forma de reparación. La Argentina no solo ha recibido condenas pecuniarias sino que además la Corte IDH ha ordenado al Estado argentino adoptar acciones tendientes a evitar continuar infringiendo obligaciones convencionales, por ejemplo llevar adelante investigaciones para el esclarecimiento de los hechos o proceder a la búsqueda de personas (“GARRIDO Y BAIGORRIA”).

Además, para la determinación de la violación y la eventual obligación de reparación o indemnización, **los tribunales internacionales no se encuentran limitados por lo que establezcan las normas locales. Por ende, la responsabilidad internacional surge cuando el Estado, por acción u omisión, directamente o a través de terceros, violenta las obligaciones asumidas en las convenciones y pactos. Esta responsabilidad opera sobre la base de presupuestos propios**, que aunque guardan analogía con los que imperan localmente, no se identifican con ellos.

Principios básicos del derecho internacional como el deber de obrar de buena fe y la imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno como fundamento del incumplimiento de compromisos internacionales –que han sido positivizados en los arts. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y art. 2° CADH– obligan a los Estados a adecuar sus conductas y sus normas a los parámetros que va configurando el sistema internacional. En esta dirección, el mencionado art. 2° CADH obliga a los Estados a actuar en forma positiva, llenando las lagunas existentes en sus ordenamientos y también faculta a la Corte IDH para obligar al Estado infractor a reformar una parte de su sistema legislativo o judicial (por ejemplo, las leyes de punto final, amnistías, indultos, las que permiten la censura previa, etc.) (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2013).

El segundo camino por medio del cual el derecho internacional acrecienta los contornos de la responsabilidad estatal es a través de la **transformación sustantiva del derecho interno que aquel produce** (GELLI, 2003). **El contenido de las disposiciones que regulan la responsabilidad del Estado se ve complementado o modificado por los principios que van surgiendo del ámbito internacional**, por ejemplo, con el principio de la reparación integral. Así, el ordenamiento jurídico argentino se ve enriquecido por los principios y postulados del sistema de protección de los derechos humanos.

Esta transformación es llevada a cabo tanto por los operadores jurídicos que recurren a la jurisprudencia y a las opiniones de los organismos internacionales para fundar sus casos (GELLI, 2003), como así también por los jueces y demás órganos del Estado, obligados a **realizar el control de convencionalidad** para cumplir de buena fe con las disposiciones del tratado. En este quehacer todos ellos consideran **el Pacto de San José de Costa Rica y la interpretación que de él ha hecho el tribunal americano.**

En efecto, fuera del marco de resolución de controversias específicas, y aun cuando la Argentina no haya sido alcanzada por una condena puntual, las directrices que derivan de lo decidido por la Corte IDH en casos referidos a otros países del sistema e, incluso, las opiniones consultivas, pasan a definir *las condiciones de vigencia del Pacto de San José* y, de esta manera, engrosan el sistema de fuentes. Las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH tienen efecto *erga omnes* y deben ser seguidas aún por aquellos Estados que no fueron parte en la contienda o no las requirieron (BOTASSI, 2010).

Así, cuando la Corte IDH declaró la imprescriptibilidad de la acción penal frente a delitos de lesa humanidad, el tribunal nacional siguió esta jurisprudencia (“ETCHECOLATZ”). También falló sobre la base de la realización de un control de convencionalidad en las causas “MAZZEO”, “VIDELA”, “RODRÍGUEZ PEREYRA” y “AQUINO”. En “GIROLDI” la Corte Suprema afirmó la fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH, afirmando que pese a que no son sentencias jurisdiccionales, deben ser tomadas en consideración por los jueces y demás órganos públicos internos (BAZAN, 2015). Además, las sentencias expresamente fundadas en reglas y principios del derecho supranacional son numerosas (“FIBRACA”, “CAFÉ LA VIRGINIA”, “ARANCIBIA CLAVEL”, “SIMÓN” y muchas otras)

Todo ello lleva a la **necesidad de repensar los institutos de nuestro ordenamiento jurídico para armonizarlos con este nuevo sistema.** Es en esa misma línea que el CCyC ha hecho un reconocimiento explícito de los tratados de derechos humanos “como pauta que rige los derechos de los habitantes y parámetro de interpretación y exégesis” (PALACIO DE CAIERO, 2015, 14.), criterio que obviamente es extrapolable al ámbito del derecho público.

La conclusión de todo lo expuesto hasta aquí es que la inserción del Estado argentino en la comunidad internacional y el sometimiento a un orden internacional de los derechos humanos **incluye un elemento adicional que ensancha la responsabilidad patrimonial del Estado.**

A partir del control de convencionalidad, el derecho interno **se retroalimenta** con las decisiones que se adoptan fuera de las fronteras nacionales y con ello no solo se da mayor cobertura a los derechos humanos, aumentando el nivel de responsabilidad en el orden interno, sino que simultáneamente se evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional. La protección internacional no suplanta a la interna sino que la complementa y la hace más efectiva (BAZÁN, 2015).

Sería incongruente un Estado con niveles crecientes de responsabilidad en el orden internacional y decrecientes en el orden interno (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2015). El sistema internacional de los derechos humanos impregna las instituciones del derecho público y la actuación de los órganos estatales y por eso todas las instituciones de la responsabilidad estatal deben ser consideradas desde una mirada que contemple los principios y compromisos asumidos en el ámbito internacional.

Influencias tangibles del Derecho Internacional en la responsabilidad del Estado

1. Más adelante estudiaremos que dos de los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad estatal son la *imputación* de la conducta lesiva a un órgano o ente estatal y la existencia de una *relación de causalidad* entre esta y el daño causado. También veremos que estos presupuestos adoptan una forma especial cuando nos referimos a la *responsabilidad del Estado por omisión*.

En el sistema interamericano, a través del artículo 1° de la CADH, los Estados se han obligado a respetar y a *garantizar* los derechos reconocidos en la convención. Esta obligación posee carácter *erga omnes*, es decir, la protección existe no solo frente a las conductas estatales sino también frente a las de terceros.

Afirma Palacio de Caiero que no es posible determinar el alcance de esta obligación desde una visión centrada en la voluntad del Estado, sino que se trata de “levantar los estándares de protección, expandiendo la acción estatal a todos los campos de actuación del hombre” (PALACIO DE CAIERO, 2015, 33) por lo que agrega, con cita de la Corte IDH:

el art. 1.1. es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. Dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de modo tal que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción y omisión de cualquier autoridad pública (p. 33).

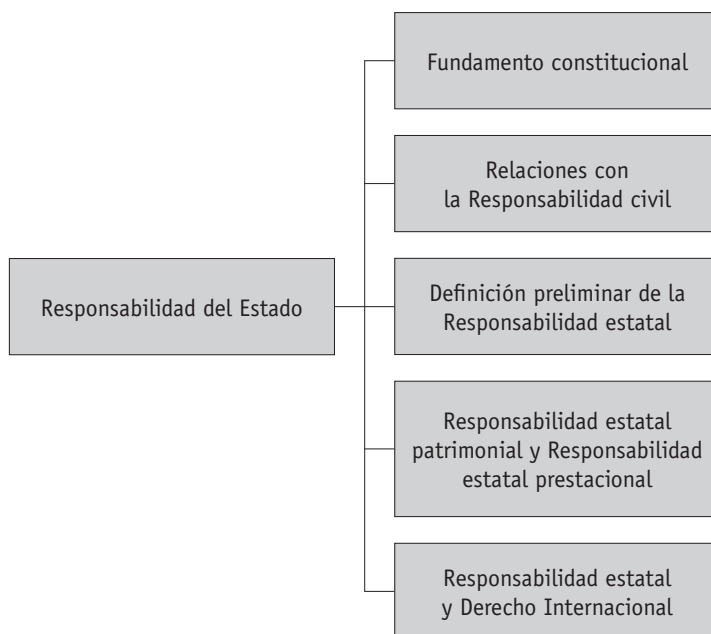
Esto no implica que el Estado sea responsable por toda violación a los derechos fundamentales cometidos dentro de su jurisdicción. En el caso “MASACRE DE PUEBLO BELLO c/COLOMBIA” la

Corte IDH dejó bien en claro que el Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares (como sería un asesinato en un robo a mano armada), pero sí tiene el deber de adoptar medidas de prevención, máxime si se encuentra en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y cuenta con posibilidades razonables de prevenir o evitarlo. La responsabilidad estatal surgirá cuando el Estado omita prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren bienes jurídicos protegidos (PALACIO DE CAIERO, 2015).

Sin embargo, cuando estudiemos la responsabilidad del Estado por omisión veremos que existen normas internas –art. 3 LRE– y criterios jurisprudenciales –“MOSCA”, “PARISI DE FREZZINI”– que requieren la existencia de un deber normativo expreso y determinado. Evidentemente estos criterios que rigen en el ámbito interno entran en tensión con las obligaciones convencionales *erga omnes* asumidas por el Estado Argentino.

2. La *responsabilidad del Estado por actividad judicial* que abordaremos en el bloque 3 está fuertemente influida por los estándares que ha ido elaborando la Corte IDH en materia de derecho de defensa y plazo razonable. En el precedente “ROSA” la Corte Suprema ordenó el pago de una indemnización de un procesado detenido preventivamente durante más de cuatro años que luego fue absuelto por entender violentado el derecho a ser juzgado en plazos razonables invocando expresamente el artículo 7° inciso 5° de la Convención americana.
3. El principio de *reparación integral*. Para el sistema interamericano *reparación* es el término genérico que comprende las diferentes maneras en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. *Indemnización* es una especie de reparación. La Corte IDH ha dicho que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (“VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ”, sentencia de reparaciones y costas - Corte IDH). Siempre que sea posible se requiere la plena restitución, y si no lo fuera, deben adoptarse medidas para garantizar los derechos conculcados. Además, para la Corte IDH las reparaciones no pueden implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores e incluso ha admitido la existencia del daño inmaterial colectivo, concepto que en el orden interno es controvertido.

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BAZÁN, VÍCTOR, “El test de convencionalidad en sede interna como medio para proteger los derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado II*, I-2015, p. 9-59.
- BIELSA, RAFAEL, A., “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia” en FAYT, CARLOS S. Y BADENI, GREGORIO (DIRS.), *Doctrinas esenciales: Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 61-90.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.

- BOTASSI, CARLOS, “Derecho administrativo supranacional”, *Suplemento de Derecho Administrativo*, La Ley, 10-2010. AR/DOC/5304/2010, p. 1-15. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- BULLRICH, RODOLFO, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Jesús Méndez, 1920.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 97-2015, p. 35-47.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *La Ley* 2014-E, p. 659-668.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GELLI, MARÍA A., “La supremacía de la Corte Argentina y la jurisprudencia internacional”, *La Ley* 2003-F, p. 1454-1457.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, PABLO, “Sinergias internas e internacionales en materia de Responsabilidad del Estado” en IVANEGA, MIRIAM M. Y RIVERO ORTEGA, RICARDO (COORD.), *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley N° 26.944*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (RAP), 437-2015, p. 51-65.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Las medidas de reparación en las sentencias en las que Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 2013-I, p. 1214-1241.

- LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo 1, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José M., “El nuevo régimen de la responsabilidad y el seguro de la responsabilidad civil”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 13-1970, p. 759-787.
- LORENZETTI, LUIS R., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, *La Ley* 2003-C, p. 1184-1198.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2014.
- PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B. (DIR.), *Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)* 97-2015, p. 101-119.
- PICASSO, SEBASTIÁN, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, 11-2014, AR/DOC/3926/2014, p. 1-14. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 1ª ed., Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RETORTILLO BAQUER, MARTÍN S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753).

- CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa N°259” (Fallos: 328:341).
- CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986” (Fallos: 323:1339).
- CSJN, “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)” (Fallos: 317:1282).
- CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos: 323: 3229).
- CSJN, “Etchecolatz Miguel Osvaldo s/ recurso de casación y de inconstitucionalidad”, sentencia del 17/10/2007.
- CSJN, “Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (Fallos: 316:1669).
- CSJN, “Girolodi Horacio David y otro s/ recurso de casación -Causa N° 32/93” (Fallos: 318:514).
- CSJN, “Gómez, Lucía Nélica y otro s/amparo”, sentencia del 13/11/2018.
- CSJN, “Mazzeo Julio Lilo y otros s/ rec. de Casación e inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3248).
- CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo” (Fallos: 331:1676).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Parisi de Frezzini Francisca c/ Laboratorios Huilen y otras s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:2328).
- CSJN, “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo” (Fallos: 335:452).
- CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333).
- CSJN, “Simon Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -Causa N° 17.768-” (Fallos: 328:2056).
- CSJN, “Videla Jorge Rafael y otros s/ recurso extraordinario” (Fallos: 341:336).
- CNCAF, Sala IV, “Viceconte Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia del 02/06/1988.
- Corte IDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”. Fondo, reparación y costas. Sentencia del 11/05/2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28/11/2002. Serie C No. 97.
- Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/08/1998. Serie C No. 39.
- Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’amico vs. Argentina”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29/11/2011. Serie C No. 238.

Corte IDH, “Caso Furlán y Familiares vs. Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31/08/2012. Serie C No. 246.

Corte IDH, “Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Sentencia del 31/01/2006. Serie C No. 140.

Corte IDH, “Caso Memoli vs. Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22/08/2013. Serie C No. 265.

Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”. Reparaciones y Costas. Sentencia del 21/07/1989. Serie C No. 7.

Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”. Fondo. Sentencia del 29/07/1988. Serie C No. 4.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753).

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos 323: 3229).

CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333).

CAPÍTULO 2

Los orígenes de la responsabilidad del Estado

Leer este capítulo te llevará:
60 minutos aproximadamente

1. De la irresponsabilidad a la responsabilidad estatal

María Graciela REIRIZ en su clásica obra *Responsabilidad del Estado* plasmó con gran claridad **diversos criterios** que resultan útiles para describir el **tránsito desde la irresponsabilidad a la responsabilidad estatal que, como un proceso paulatino, ha tenido lugar en todos los países occidentales.**

María Graciela Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969

En 1969 cuando aún el arraigo de la responsabilidad del Estado en nuestro país era incipiente, la Dra. María Graciela Reiriz, quien llegara a ser Procuradora General de la Nación y profesora titular consulta de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UBA, publica esta obra en la que analiza los orígenes de la institución y los regímenes existentes en el derecho comparado, centrándose especialmente en la responsabilidad por los daños producidos por la actividad del Estado en ejercicio de sus funciones administrativa, legislativa y judicial.

En el prólogo a la obra, el Profesor Diez, otro eximio administrativista, resalta cómo la autora advirtió con agudeza que si bien la introducción de las normas del Código Civil para juzgar la responsabilidad estatal significaron un gran progreso en su tiempo, pues originariamente la idea de soberanía impidió concebir al Estado como responsable por los daños que causaba, el régimen del derecho común pronto se mostró insuficiente para contener situaciones específicas y características del derecho público, tal como la responsabilidad derivada de la actuación lícita del Estado.

La Dra. Reiriz participaba de la idea de que la responsabilidad del Estado se funda directamente en la Constitución Nacional, y de ella extrae los principios que articulan todo el sistema. Con pasión la autora insiste en la necesidad de un régimen de derecho público que regule la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de que avale la recurrencia a las soluciones del Código Civil por vía analógica, en caso de insuficiencia u omisión del régimen público específico.

A pesar de la sanción de la LRE, las conclusiones de la Dra. Reiriz mantienen plena vigencia, no sólo en lo relativo a la responsabilidad de los Estados provinciales que aún no han establecido un régimen propio de responsabilidad estatal, sino incluso con respecto a las lagunas u omisiones que contiene la propia LRE. La lectura de este libro, breve pero de honda profundidad, adelantado para su época, es imprescindible para quienes quieren comprender mejor los procesos que llevaron a consagrar la responsabilidad estatal y las profundas tensiones que la caracterizan.

Un primer enfoque que considera dicha autora es el que toma en cuenta **al sujeto que respondía**: el Estado directamente, solo sus funcionarios a título personal, ambos, o ninguno de los dos.

En un segundo enfoque, histórico-sociológico, Reiriz, siguiendo a Gordillo, identifica cinco etapas de este proceso evolutivo (REIRIZ, 1969). Las tres primeras se caracterizan por una **completa irresponsabilidad del Estado y sus funcionarios** aunque con fundamentos diferentes.

En la **etapa 1**, correspondiente a la época primitiva (desde los orígenes de la humanidad hasta Roma), la ausencia de responsabilidad del Estado responde sencillamente a que en este período **aún no se concibe al Estado como unidad político-jurídica**. Existía un gobernante –un centro de soberanía– pero que solo respondía ante la divinidad.

En la **etapa 2, época teológica** (Edad Media hasta el siglo XVII), la inexistencia de responsabilidad del Estado no responde a la falta de nociones jurídicas básicas, sino a la **concepción político-religiosa de la soberanía: su origen divino**. Luego de concebirse al Estado como una unidad jurídica, se reconoce la posibilidad de que la actividad pública dañe a los particulares pero se resuelve la cuestión negando la existencia de la obligación de reparar. Los brocardos “**The King can do no wrong**” y “**L’Etat c’est moi**” sintetizan la idea del origen divino del poder ejercido por ellos.

En la **etapa 3, la época estatista** (fines del siglo XVIII y parte del siglo XIX), la “soberanía popular” reemplaza a la soberanía de origen divino. Sin embargo, esta nueva legitimación del poder continúa la idea de “soberanía ilimitada” por

lo que la **inmunidad soberana del poder público** seguirá rigiendo por casi un siglo más.

Si bien ciertas monarquías europeas del siglo XVIII compensaban en algunos casos los perjuicios económicos que podían producir a los particulares –sobre todo a consecuencia de las entonces tan usuales requisas militares (de alimentos, animales, etc.)– se trataba de **decisiones graciabiles de las autoridades pero los particulares no contaban con un medio para exigir jurídicamente, ante los tribunales de justicia, la imposición a la administración** de una condena por responsabilidad civil que la obligase al **pago de una indemnización compensatoria** (ESTEVE PARDO, 2017).

Seguidamente, conceptualiza la **etapa 4** y la caracteriza como una época de indefinición, en la que **comienza a abrirse camino nuestro objeto de estudio con la admisión de la responsabilidad exclusiva de los funcionarios**, que en nuestro país se identificó históricamente con el **artículo 1112 del CC** que preveía la responsabilidad subjetiva del funcionario por culpa o negligencia.

Por último, ubica la **etapa 5, en la que se comienza a admitir concretamente la responsabilidad del Estado**, aunque con persistencia de ciertas indefiniciones (v.gr. con respecto al factor de atribución subjetivo u objetivo aplicable y los alcances del resarcimiento en la responsabilidad lícita).

En todas estas etapas evolutivas se discutieron, transversalmente, cuatro cuestiones: 1. quién era el sujeto **obligado a responder**: los funcionarios a título individual, el Estado en forma directa o ambos; 2. **las normativas que sustentaban la condena**, específicas del derecho público o generales del derecho privado (CC); 3. **el modo de imputar la responsabilidad** –en forma directa o indirecta– y 4. **el título jurídico o factor de atribución que imponía la obligación resarcitoria** (culpa, dolo, falta de servicio, riesgo, sacrificio especial, etc.).

Las respuestas dadas a estos interrogantes fueron evolucionando paulatinamente. Luego de marchas y contramarchas se fue consolidando la idea de que el Estado –y no solo sus funcionarios– debía responder directa y objetivamente por los daños que causaba tanto de forma ilegítima como lícita, siempre que se verificaran ciertas condiciones o presupuestos de la responsabilidad que la hicieran procedente. **La falta de servicio y la igualdad ante las cargas públicas** surgen así como los principales factores de atribución en el campo ilícito y lícito, respectivamente.

Extrapolando la descripción de la profesora Reiriz al régimen de nuestro país, podríamos decir que la **etapa 5** se inicia en 1933 con el dictado de la sentencia “TOMÁS DEVOTO”, y que ella abarca todo el desarrollo jurisprudencial subsecuente. Un hito de este proceso se produce a partir de 2014 con la sanción de la LRE, algunas leyes provinciales de responsabilidad estatal (Chubut, Santiago del Estero, Santa Cruz, Catamarca, Mendoza y Entre Ríos) y el nuevo CCyC que establece en su art. 1764 que “Las disposiciones de este Título [el V, referido a las otras fuentes de las obligaciones] no son aplicables a la responsabilidad del Estado

de manera directa ni subsidiaria” y en su art. 1765 que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Asimismo, es dable destacar que el propio texto de la LRE –en aparente consonancia con el CCyC– en su art. 1° veda la aplicación del Código Civil y Comercial de forma directa o subsidiaria.

Comienza así la **fase 6 en la que nos encontramos hoy**.

2. El surgimiento de la responsabilidad estatal. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hasta 2014, año en que entró a regir la LRE, **no existía ninguna norma legal que regulara en forma integral la responsabilidad extracontractual del Estado**. Algunas constituciones provinciales cuentan con alusiones referidas a este tema (cónf. art. 14 Const. Córdoba; art. 5° Const. Salta, etc.) y existen ordenamientos locales y federales que contemplan el deber de indemnizar en caso de revocación de actos administrativos (v.gr. art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en adelante LNPA y art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, en adelante LPACABA), o de expropiaciones por causa de utilidad pública (por ej., ley nacional 21499 y ley 238 de la Ciudad de Buenos Aires) lo que da indicios claros del carácter de derecho público que presenta la materia. Sin embargo, toda esta normatividad federal y local se refiere a aspectos puntuales de la responsabilidad extracontractual estatal pero no realiza un abordaje global de ella.

Esta carencia legislativa inicial, que es la nota peculiar del génesis del tema en tratamiento, dio lugar al otro gran dato característico de ella, que es **su origen y desarrollo puramente jurisprudencial**. A diferencia de lo ocurrido en España, en donde la jurisprudencia “no ha jugado papel alguno” en el proceso de afirmación de la responsabilidad estatal sino que ello se produjo a través de una evolución legislativa (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 41), en la Argentina la responsabilidad extracontractual del Estado nació a partir de la labor pretoriana de la CSJN y de los tribunales federales que fueron construyendo el sistema a medida que resolvían las demandas de daños y perjuicios que se articulaban contra el Estado. Si pensamos que todo este proceso se gestó en épocas en las que nada se sabía del activismo judicial, el rol protagónico de la Corte Suprema cobra mayor trascendencia.

Ante la ausencia de ley, no caben dudas de que no debió haber sido fácil encontrar los fundamentos jurídicos en los que sustentar este deber estatal de resarcir. Este vacío destaca aún más la tarea que llevó adelante la Corte Suprema de Justicia, que con tenacidad, creatividad y por momentos audacia, acabó

construyendo un sistema que colocó a nuestro país en la avanzada de los ordenamientos occidentales.

En un primer momento, la Corte recurrió a las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield pues aunque este regulaba la responsabilidad civil y no contenía disposiciones expresas referidas a la del Estado, era el derecho de fondo aplicable en todo el territorio nacional conforme resulta del actual art. 75 inc. 12 CN.

El problema con que se topaba la Corte residía en que el Código de Vélez no hacía ninguna referencia a la responsabilidad estatal. La única alusión al derecho público se hallaba en su **artículo 1112** que más allá del valor que tuvo para estructurar a nivel doctrinario y jurisprudencial la responsabilidad objetiva y directa del Estado, en rigor de verdad no hacía referencia a la responsabilidad de este último como persona jurídica. Lo cierto es que refería a aquella que pudiera caberles a título personal a los funcionarios y empleados públicos y solo en el caso de que estos incurrieran en culpa o negligencia en el desarrollo de las funciones que tenían asignadas (REIRIZ, 1969; GORDILLO, 2014). En otras palabras, el ahora derogado art. 1112 CC, de un modo semejante a como lo hacían los códigos de esa época, atribuía responsabilidad personal, basada en la culpa, a los funcionarios públicos por “los hechos y las omisiones (...) en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas” pero no se refería a la persona jurídica Estado. Se trataba de una responsabilidad directa ya que los hechos y actos irregulares imputables a los funcionarios y empleados públicos los hacían responsables a ellos, y no al Estado.

Además, si bien esta norma tenía una profunda significación por fomentar la probidad y la diligencia en la actuación de los funcionarios, lo cierto es que nunca funcionó efectivamente ya que terminó prevaleciendo la fórmula cómoda de hacer cargar al Estado con las consecuencias perjudiciales que resultaban de los actos irregulares o las extralimitaciones de los funcionarios, lo que impidió que se construyera un sistema de responsabilidad del agente estatal “pese a la existencia de un texto tan sutil como el art. 1112 del Código Civil” (REIRIZ, 1969, 13).

¿Podrá encontrarse en esta anomalía una de las razones de la corrupción estructural que padecen nuestros gobiernos? ¿Qué elementos habrán jugado antes y cuáles otros siguen influyendo hoy para obturar la efectivización de la responsabilización de los funcionarios por los daños que causa? ¿Este sistema conduce a la impunidad de los funcionarios transgresores de sus deberes jurídicos?

Más allá de la oportunidad perdida, es verdad también que desde el punto de vista de la víctima, concretar la responsabilidad personal de los funcionarios tenía sus complicaciones. De entrada, ellos no respondían (actualmente tampoco) por una simple irregularidad o negligencia en el ejercicio de la función sino solo si media culpa o dolo. Por otra parte, no es extraño que a los agentes estatales les falte el respaldo económico necesario para afrontar las reparaciones que se fijen judicialmente. De ser así, al daño inicialmente sufrido las víctimas le suman otro más: el de litigar para luego no cobrar nada o muy poco.

Pero en verdad **la principal dificultad no era instrumental como la anterior, sino más bien estructural**. Aunque en el Código de Vélez Sarsfield había algunas disposiciones de derecho público (como por ejemplo las relativas a la compensación de deudas y créditos entre los particulares y el Estado –art. 823 CC–, los funcionarios autorizados para hacer transacciones –art. 841 CC–, la expropiación –arts. 2511 y 2512 CC–, etc.), este, en tanto norma basal del derecho privado, **fue sancionado para regular relaciones entre particulares exclusivamente** y su sistema de responsabilidad civil se basaba en un esquema típico del derecho privado decimonónico, **regido por el paradigma de la equivalencia de las prestaciones y la igualdad entre los contratantes y en el que prevalecía la libertad de estipulación, el contrato y la justicia conmutativa**.

Esta distinta lógica subyacente no era original ni exclusiva de nuestro sistema jurídico. En 1873 el Tribunal de Conflictos francés (órgano encargado de decidir si una controversia correspondía a la jurisdicción administrativa o judicial) declaró en el célebre *arrêt* “**BLANCO**” que la responsabilidad que podía corresponderle al Estado por el accidente de la niña Agnès Blanco, atropellada por un vehículo de la fábrica estatal de tabacos de Burdeos, no podía estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares. La responsabilidad estatal tenía sus reglas especiales que “varían según las necesidades de servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. Sobre todo en Francia, ya que su sistema de doble jurisdicción –administrativa y judicial– conducía a que el Estado no estuviera sujeto al juzgamiento de los tribunales de justicia sino a la jurisdicción administrativa encabezada por el Consejo de Estado, mientras que la responsabilidad de los particulares –y de los propios funcionarios– era evaluada por tribunales judiciales que aplicaban el Código Civil.

En la esfera pública los órganos y entes estatales y los individuos particulares no parten del presupuesto de una situación de igualdad debido a las prerrogativas que aquellos poseen, que se equilibran con el sistema de garantías procesales y adjetivas con las que cuentan los sujetos de derecho privado. Por otra parte, **lo público se sustenta preponderantemente en el principio de legalidad**, en el que imperan la Constitución, la ley y los reglamentos y no la libertad de estipulación o la autonomía de la libertad, que está reservada para los sujetos de derecho privado. Finalmente, **en el ámbito público prepondera la justicia distributiva –destinada a guiar las asignaciones y beneficios de manera equitativa entre la sociedad–** mientras que **en el privado rige la justicia conmutativa**, que obliga a mantener el equilibrio entre las prestaciones acordadas por los contratantes.

Un escollo más, y de envergadura, provenía del hecho de que la redacción originaria del ex art. 43 del Código Civil (previo a su modificación por la ley 17711) impedía responsabilizar a las personas jurídicas por las conductas antijurídicas realizadas por sus mandatarios en exceso de sus mandatos. El artículo decía así:

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.

Siendo el Estado una persona jurídica pública, no se le podía exigir el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por hechos de los que según aquella norma no era responsable. En esa misma línea, el art. 36 del Código Civil también significaba un obstáculo ya que decía: “Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios”. En otras palabras, si el funcionario como representante de la persona jurídica estatal superaba los límites asignados, los hechos o actos extraños al mandato no se reputaban realizados por la persona jurídica que aquel integraba.

Finalmente, si el CC no concebía la responsabilidad sin culpa (art. 1067 CC) y sin antijuridicidad (artículo 1071 CC, en su primera redacción), ¿cómo sería posible imputársela al Estado cuando aquel causaba daños pero sin incurrir en negligencia alguna? ¿Podía nacer en este entorno la responsabilidad lícita del Estado?

Para colmo de males, **hasta la sanción de la ley 11634 el Estado era prácticamente indemandable** en la esfera extracontractual. **El panorama, en síntesis, no podía ser más desolador.**

Sin embargo, a pesar de todos estos inconvenientes y limitantes, desde la doctrina se comenzó a bregar por encontrar una solución equitativa y justa para estos casos. Rodolfo Bullrich, profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, escribía en 1920, a propósito de la limitación que imponía el entonces art. 43 del Código Civil, que “la disposición del artículo 43 es contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional” y agregaba que “con la interpretación que se da al artículo 43, se coloca en una situación ventajósima a las personas jurídicas en relación con las personas naturales, pues se hacen de aplicación imposible, en lo que respecta a ellas, los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil” (BULLRICH, 1920, 110). Se expresaba por ello partidario de admitir la responsabilidad absoluta de la persona jurídica, y con ello, la del Estado.

La facilitación de la demandabilidad estatal en el campo extracontractual introducida por la ley 11634, sancionada en 1932, activó un cambio de época. La demanda interpuesta por la empresa “**TOMÁS DEVOTO**”, perjudicada por un incendio provocado por los obreros del telégrafo mientras arreglaban el cableado, fue el marco en el que la Corte Suprema declaró en el año 1933 la responsabilidad estatal y, en consecuencia, condenó al Estado nacional a resarcir daños por vía indirecta, es decir, como principal por los hechos ilícitos de sus dependientes, sobre la base de la aplicación de los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

De este modo, “**TOMÁS DEVOTO**” se erige como el punto de partida del progresivo reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado que en los años subsiguientes se verificó en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien se registran antecedentes anteriores en los que la Corte Federal admitió demandas de daños y perjuicios contra el Estado en su órbita extracontractual (“**CARTERY**”, 1880”; “**CORIO**”, 1904; “**SÁENZ PEÑA**”, 1916, “**DELCASSE**”, 1925), lo cierto es que o bien se basaban en regímenes especiales –como el caso de las leyes de ferrocarriles nacionales que específicamente preveían la obligación de reparar los daños a pasajeros y cargadores– o se trataban de decisiones aisladas que no estaban acompañadas de un verdadero cambio de paradigma.

A pesar de todo, la lectura del fallo es menos espectacular de lo que era dable suponer de antemano. Sin demasiados fundamentos, y recurriendo a argumentos que hasta entonces solo se habían empleado para condenar a las personas físicas, la Corte consagra la responsabilidad extracontractual del Estado soslayando el impedimento que derivaba de la redacción original del art. 43 del CC. No es un atrevimiento afirmar que la Corte Suprema fue casi dogmática, ya que siendo un cambio tan terminante, la sentencia solo da este fundamento:

Esta Corte ha dicho en casos análogos que el incendio –como acto reprobado por la ley– impone al que lo ocasione por culpa o negligencia, obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esta responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado (art. 1109 y 1113 C.C...).

Nada más.

La durísima crítica del profesor **Rafael Bielsa** no se hizo esperar. “Este fallo que parece dictado en una causa entre particulares... tiene una significación jurídica insospechada” (BIELSA, 2013, 3901). El notable jurista dejaba constancia de que “... no está en nuestro ánimo criticar el buen propósito de esta decisión” pero, a su criterio, toda sentencia se debía ajustar, cualquiera sea el método de interpretación aplicado, a la ley vigente y sucedía que la ley empleada por la Corte Suprema –el Código Civil– no autorizaba a condenar al Estado (BIELSA, 2013, 3902).

Aun así, la Corte no se detuvo. En los años siguientes sus sentencias van a hacer florecer el sistema de responsabilidad del Estado en el campo extracontractual por medio de la aplicación del Código Civil en forma directa, subsidiaria o analógica. En un ejercicio de audacia, en 1944, condena por primera vez al Estado por los daños causados *sin culpa* a la compañía “**LAPLACETTE**” debido a la inundación de campos de su propiedad a raíz de la realización de obras de ingeniería hidráulica. De esta manera, la **responsabilidad estatal lícita nacía y la ilícita se consolidaba sentencia tras sentencia.**

Durante los ochenta años en los que se extendió la etapa no legislada se produce el pasaje desde la irresponsabilidad estatal hasta la responsabilidad plena. Todo ello fue mérito exclusivo de la Corte Suprema y de la consistente apoyatura doctrinaria que lograron consolidar la garantía de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos sobre la base de poner en el centro de la escena a la **justicia y la equidad**, valores intrínsecos en el ordenamiento jurídico que no permiten que las víctimas que padecen daños injustos queden sin compensación.

La influencia decisiva que la jurisprudencia ha jugado en el proceso de afirmación del principio de responsabilidad patrimonial del Estado es notable. La intensidad de la acción judicial creadora en este campo supera otros ejemplos igualmente potentes que también registra la historia de la Corte Suprema (la acción de amparo en “SIRI” y “KOT”, la declaración de inconstitucionalidad de oficio en “MILL DE PEREYRA”, el amparo colectivo en “HALABI”, entre otros). La consagración del instituto de la responsabilidad estatal no quedó limitada a un par de casos aislados, sino que fue sostenida, corregida y aumentada con el correr de las décadas. Este trayecto pone de manifiesto los **puntos de contacto que existen entre los sistemas codificados de raíz continental y los basados en el modelo del *rule of law* con *stare decisis***.

Ante la carencia de una normativa específica, y con una metodología semejante a la que emplean los magistrados en los sistemas de cuño anglosajón, la Corte Suprema fue elaborando principios generales partiendo de la resolución de casos concretos. Esto quiere decir que el Superior Tribunal **dedujo a partir de problemas particulares principios generales que pudieran ser empleados para solucionar futuros casos**, cubriendo de este modo las lagunas que presentaba la legislación.

Paralelamente, el origen pretoriano de la responsabilidad del Estado muestra el constante protagonismo que la **jurisprudencia** ha tenido en la consolidación de la autonomía del **derecho administrativo**. Al ser un derecho escasamente legislado hasta hace relativamente pocos años, su desarrollo y evolución, tanto en la Argentina como en el mundo, se debió en gran medida a la labor creadora de los tribunales.

3. Teorías de derecho público y fundamentos constitucionales de la responsabilidad estatal

El juzgamiento de la responsabilidad estatal conforme al régimen del Código Civil que hizo la Corte en sus primeras sentencias tuvo el valor de poner fin al paradigma de la irresponsabilidad estatal. La aplicación directa de los artículos 1074, 1109, 1113 y 1112 del CC, que se efectuó en los primeros fallos para

condenar por los daños causados, contribuyó indudablemente a consolidar el Estado de Derecho. Sin perjuicio de ello y como contrapartida, esta tenía flancos débiles debido a las diferencias existentes entre los originarios y típicos esquemas civilistas de responsabilidad, que requerían la presencia de conductas antijurídicas como condición de condena. Contrariamente a este paradigma, se verificaba que los órganos administrativos podían llegar a dañar sin ese componente antijurídico, es decir, sin culpa o dolo.

En efecto, cuando, por ejemplo, en el marco de una manifestación violenta alguna vidriera resulta dañada por las fuerzas policiales constituidas en el lugar para controlar la situación, ese daño fue producto de **actuaciones estatales desplegadas en favor del conjunto de la comunidad, por razones de interés general**. Aunque la lesión no pueda atribuirse a una actuación culposa o dolosa de las fuerzas policiales, no por eso deja de ser injusto soportarla. Aunque toda la sociedad se beneficia con que se haya controlado a los violentos, el comerciante resulta dañado a título singular y el sentido de justicia no admite esta clase de amortización particular y exclusiva de los daños cuando los beneficios han sido colectivos.

Estas percepciones acerca de la insuficiencia de los cánones civilistas tradicionales para cubrir situaciones que poco tenían que ver con la lógica de los códigos del derecho privado del siglo XVII motivan la búsqueda de argumentos de derecho público para sustentar el deber estatal de resarcir los daños que causaba con su accionar, tanto lícito como ilícito.

En esa línea se inscriben las teorías elaboradas por diversos publicistas de todo el mundo a principios del XX (**la teoría de la expropiación** de Consolo, **la del sacrificio especial** de Mayer, **la del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho** de Hauriou, **la de la igualdad de las cargas públicas** de Teissier). Todas compartían el abandono de la fundamentación civilista y la búsqueda de principios propios de derecho público para fundar la obligación de reparar.

Teorías de derecho público explicativas de la responsabilidad estatal

Reiriz recuerda que como parte del proceso de construcción del fundamento teórico del deber estatal de responder, juristas de distintas partes del mundo se apoyaron en disposiciones constitucionales y legales no referidas expresamente a la responsabilidad del Estado (REIRIZ, 1969).

La **teoría de la expropiación elaborada por Consolo** se fundamentaba en la garantía del derecho de propiedad para concluir que el Estado debía responder cuando dañaba. Reiriz, al explicar este abordaje teórico, decía que Consolo sostenía que “así como el Estado solo puede avanzar sobre ese derecho de los particulares mediante el procedimiento expropiatorio, de manera similar cualquier otro ataque a la propiedad –en sentido lato– deberá ser indemnizado” (REIRIZ, 1969, 27).

La **teoría del sacrificio especial elaborada por Otto Mayer** tuvo la importancia de ser la primera en fundar la obligación estatal de indemnizar daños causados *legítimamente*, y siempre que “se haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás” (REIRIZ, 1969, 28). Como analizaremos en el capítulo 13 del bloque 3, estos conceptos de Mayer están ínsitos en la caracterización de la responsabilidad estatal lícita, puesto que esta se edifica sobre dos premisas: la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

Por su parte, la **teoría de la igualdad ante las cargas públicas del jurista francés Teissier** tomó como punto de partida el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice que “siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los gastos de administración, una contribución común, esta debe ser distribuida equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus facultades”. Sobre la base de ella, Teissier derivó como principio que “los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos” (REIRIZ, 1969, 29). No obstante, este autor excluyó del deber estatal de resarcir a los daños que fueran consecuencia “del ejercicio legítimo y regular del poder público y del funcionamiento normal de los servicios públicos de interés general” (REIRIZ, 1969, 30), con lo cual su teoría solo permitió dar respuesta al deber estatal de responder por daños causados ilegítimamente pero no los originados en la actividad lícita del Estado.

Finalmente, la **teoría del enriquecimiento sin causa, elaborada por el jurista francés Hauriou**, sostenía que este principio general del derecho podía servir para declarar la responsabilidad del Estado, pero para que este pudiera operar era menester que se reunieran varios requisitos: “ejercicio de derechos exorbitantes del derecho común, perjuicio especial y enriquecimiento del patrimonio administrativo, derivado de ese perjuicio especial al particular” (REIRIZ, 1969, 35).

Entre estas, la **teoría de la expropiación de Consolo** merece un comentario aparte por haber encontrado en la indemnización que paga el Estado

frente a la declaración de utilidad pública de un bien, el símbolo de que el derecho de propiedad de los ciudadanos no puede ser sacrificado a expensas del bien público. Expropiación y responsabilidad no son figuras gemelas: la primera es una potestad reconocida al Estado en el art. 17 CN que requiere una ley que declare de utilidad pública el bien que se transferirá al dominio del Estado; en cambio, la segunda se origina en actos u omisiones estatales, legítimos o ilegítimos. Cuando un juez la declara no hay incorporación alguna de bienes al patrimonio estatal. Ambas figuras se edifican sobre la premisa de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y la necesidad de resarcir el injusto detrimento que sufre el afectado. Y tan cercanos son los institutos, que la indemnización que la reciente LRE reconoce para los daños causados por el Estado en el marco lícito, es semejante a la que contempla la ley de expropiaciones 21499. La teoría de Consolo, más allá de sus limitaciones, tuvo la virtud de establecer este paralelismo entre ambas figuras y a partir de ellas, imponerle al Estado el deber de resarcir las lesiones patrimoniales que causaba.

En la Argentina, Rodolfo Bullrich fue el primero **que intentó fundar la responsabilidad estatal en la protección constitucional de los derechos individuales** (BULLRICH, 1920). Después de él muchos otros autores (MARIENHOFF, 1997; REIRIZ, 1969; GORDILLO, 2014; CASSAGNE, 2001; BIANCHI, 1996) y la propia Corte Suprema de Justicia, sustentaron el deber estatal de resarcir en la garantía **de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 CN), el derecho de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) y el deber genérico de no dañar a otro –alterum nom laedere– (art. 19 CN)**. Como afirma Cassagne, la igualdad ante las cargas públicas y la reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público “se encuentran unidos como por un cordón umbilical”, ya que si un particular tuviera que soportar, en forma desigual, un sacrificio en su patrimonio por razones de interés público, se afectaría también, además de la garantía de la propiedad individual, la igualdad ante las cargas públicas, y esto tanto si se trata de un acto ilegítimo como legítimo. Este acercamiento hacia un fundamento constitucional se aprecia rápidamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Aun cuando en las primeras sentencias (“**TOMÁS DEVOTO**” –1933– y “**FERROCARRIL OESTE**” –1938–) las condenas se estructuraban sobre la base del articulado del CC, en estas se puede observar una temprana referencia a la Constitución Nacional como sustento de la responsabilidad. En “**ESTABLECIMIENTOS AMERICANOS GRATRY**”, 1938, la Corte hace una invocación a *razones de justicia y equidad* que indudablemente surgen de la parte dogmática de la Constitución Nacional y de su preámbulo. La alusión constitucional fue más explícita todavía en “**LAPLACETTE**” –1943– en donde al condenar por primera vez al Estado por responsabilidad lícita, la CSJN argumentó la decisión sobre la base de los arts. 14 y 17 CN.

Rodolfo Bullrich fue nombrado en 1924 titular de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Con él se da un importantísimo paso hacia la sistematización y afirmación del carácter científico de la disciplina. Bullrich cambia el enfoque puesto que se dedica a estudiar los principios en lugar de centrarse en lo que establecen las leyes. Así al asumir la cátedra en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Plata de la que también fue titular, relataba:

la materia se denominaba Legislación Administrativa, y el programa de enseñanza comprendía una serie de leyes y reglamentaciones de esa naturaleza. Como entendí y entiendo que la Universidad no tiene por objeto atiborrar la cabeza de los alumnos de conocimientos como se almacenan mercaderías en un depósito, sino el enseñar a estudiar y aprender en forma tal que el conocimiento de las normas fundamentales del derecho y su manejo permita resolver los problemas que se suscitan, creí mi deber modificar ese programa.

Y sobre el Derecho, agregaba que

debe enseñarse como se enseña un idioma, empezando por el alfabeto y así como la combinación de las letras para formar las sílabas y las palabras primero y las frases después, permite conocer el idioma, en el derecho el conocimiento de los principios y reglas que informan y regulan cada uno de sus asuntos o materias, permite, a su vez, formular o interpretar cualquier ley positiva, Si en cambio, se pretendiera enseñarlo como se enseñan los idiomas jeroglíficos, no alcanzaría la vida de un hombre para dominar sus rudimentos. Una persona que tenga el concepto doctrinario de que son “servicios públicos” estará plenamente habilitada para apreciar cualquier ley que trate esa materia, sea cual fuere la índole del servicio, y mucho más capacitada que otra que conozca cincuenta leyes diferentes, pero no haya estudiado el concepto o la naturaleza del servicio. (...) De ahí que no se pueda estudiar ni se deba enseñar la legislación si no se enseña primero los principios jurídicos que la regulan.

Es en base a los principios de igualdad ante las cargas públicas y de no dañar que Bullrich deriva el deber del Estado de resarcir el daño que causa, tanto en la esfera regular como ilícita. Su obra, **La responsabilidad del Estado**, publicada en 1920, abrió caminos para la consideración de un tema que hasta ese entonces había sido escasamente tratado.

TAWIL, GUIDO S., “El recuerdo del Profesor Rodolfo Bullrich”, Suplemento de Derecho Administrativo, El Derecho, 2012, 670-681.

Esta tendencia se afianzó en sentencias posteriores, principalmente en el campo de la responsabilidad por actuación regular (“**MOTOR ONCE**”, “**LOS PINOS**”, “**CANTÓN**”). A partir de finales de la década de los 80 el deber estatal de resarcir se comenzó a apoyar principalmente en la garantía de igualdad del art. 16 CN y en el *alterum non laedere* derivado del art. 19 CN. En “**GUNTHER**” al condenar al Estado por un accidente sufrido por un soldado conscripto en un acto de servicio, la Corte Suprema sostuvo:

la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, solo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa.

Similarmente, en “**SANTA COLOMA**”, en la que se analizaba la responsabilidad derivada de la trágica muerte de tres hermanos en un accidente ferroviario, el Tribunal Superior afirmó que una sentencia que establece un monto indemnizatorio meramente nominal “lesiona el principio del *alterum non laedere*” que tiene raíz constitucional (art. 19 ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad”.

Adicionalmente, a partir de la reforma constitucional de 1994, que atribuyó a un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos rango constitucional, **la responsabilidad del Estado comenzó a tener también apoyatura en el derecho convencional**, pues, por ejemplo, los arts. 1º, 2º, 21 apart. 2º y 63 apart. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), obligan a los Estados a prevenir la violación de los derechos y libertades protegidos por tal tratado y puntualmente exhortan a los Estados condenados a brindar una **indemnización justa** cuando medie violación de los derechos mencionados, protegidos por la Convención. Esta reparación comprende las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida y no pueden implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (Corte IDH, “**GARRIDO Y BAIGORRIA**”). También está contemplado en los pactos internacionales el derecho a ser indemnizado “conforme a la ley” en casos que una persona resulte condenada en sentencia firme por **error judicial** (arts. 10 de la CADH y 14 inc. 6 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS).

Todo ello produce un fuerte proceso de constitucionalización no solo de la responsabilidad estatal sino del propio derecho de daños, tal como lo evidencia el nuevo CCyC, que incorpora expresamente entre sus fuentes los principios que emanan de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 1°). Todo ello habla a las claras de la **existencia de una matriz común**, más allá de las situaciones específicas y las soluciones singulares que cada ordenamiento determina conforme a su propia autonomía.

Veamos un rápido *racconto* de las cláusulas constitucionales y convencionales que conjunta o separadamente sustentan **la obligación del Estado de resarcir los daños que causa**:

- El preámbulo y el artículo 1 CN, que garantizan un sistema republicano de gobierno.
- Los artículos 14 y 17 CN que tutelan la inviolabilidad de la propiedad y por ende, los derechos adquiridos, de los cuales nadie puede ser privado sin justa indemnización.
- El artículo 17 CN en la parte que contempla el derecho a una indemnización previa en caso de expropiación por causa de utilidad pública.
- El artículo 15 CN, que frente a la abolición de la esclavitud dispuso: “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.
- Los artículos 4 y 16 CN que, al establecer que las contribuciones deben ser equitativas y proporcionales, proscriben que el sacrificio singular causado por medidas de interés general quede sin resarcimiento.
- El artículo 18 CN, al disponer que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos. Este artículo consagra una obligación concreta en cabeza del Estado de velar por la seguridad de estos mientras se encuentran en establecimientos carcelarios y su incumplimiento (en caso de lesiones, muerte o suicidios de los internos) compromete la responsabilidad estatal (“BADIN”).
- El artículo 19 CN *a contrario sensu*, en tanto nadie tiene derecho –tampoco el Estado– de perjudicar a otros (*alterum non laedere*).
- El artículo 28 CN que introduce una garantía de razonabilidad de todas las decisiones públicas.
- El artículo 33 CN que reconoce la existencia de derechos implícitos, de lo que se deriva el derecho a acceder a un umbral mínimo de derechos y bienes esenciales que el Estado deberá garantizar.
- El artículo 41 CN que consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de 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. Todo esto impone a quienes causen un daño ambiental (ya sean personas públicas o privadas) la

obligación prioritaria de recomponerlo, según el paradigma que establece la Ley General de Ambiente (ley 25675) y demás normas aplicables.

- El artículo 42 CN que garantiza derechos de los consumidores y usuarios.
- El artículo 116 CN que asegura la demandabilidad del Estado.
- Los artículos 121, 122 y 129 CN que contemplan que las provincias detentan poderes originarios para regular materias que hacen a su conformación institucional y su autonomía y sustentan el carácter local que posee la responsabilidad estatal.
- El artículo 21 apartado 2 de la CADH que dispone: “... ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.
- El artículo 63 apartado 1 de la CADH, que estatuye que cuando los Estados son condenados por la vulneración de derechos o libertades tuteladas por aquella, corresponde “el pago de una justa indemnización”.
- Los arts. 10 de la CADH y 14 inc. 6 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS que contemplan el derecho a ser indemnizado en caso de error judicial.
- El art. 35 de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, aprobada por ley 26097, dispone:

cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias (...) para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Esto enfatiza la responsabilidad del funcionario público como uno de los instrumentos que deben adoptar los países signatarios de dicho tratado para el combate de la corrupción.

4. Las edades de la responsabilidad estatal extracontractual en la Argentina

La responsabilidad del Estado es una institución que tiene poco menos de noventa años pero que ha sufrido una rápida evolución, luego de atravesar etapas muy distintas que respondieron también a paradigmas muy diversos. Advertir este fenómeno evolutivo, que implicó el decantamiento de algunas premisas y la corroboración o corrección de otras es crucial para conocer y comprender en qué consiste la responsabilidad estatal y para imaginar qué podremos esperar de ella en los años venideros.

4.1. La Edad Antigua. Desde 1860 a 1933: la irresponsabilidad

Morand-Deville condensa con palabras muy significativas esta época iniciática signada por la irresponsabilidad estatal:

Del pasado, pero no antediluviana, es la época en la cual E. Laferrière, vicepresidente del Consejo de Estado, podría sostener en su famoso *Tratado* de 1887 que “lo que caracteriza a la soberanía es que se impone a todos sin que se pueda reclamar de ella ninguna compensación” y justificar de esta manera la irresponsabilidad de la potestad pública (MORAND-DEVILLER, 2017, 749).

En efecto, el dogma de la soberanía nacional y otras nociones, tales como la **inmunidad e indemandabilidad del Estado, la doble personalidad del Estado y la división de poderes**, fueron los paradigmas que sustentaron la irresponsabilidad estatal en el ámbito extracontractual.

Si bien en nuestro país nunca estuvo en duda la responsabilidad de tipo *contractual* del Estado (tal como da cuenta el precedente del tomo 1 de “*Fallos*”, “BATES STOKES y CIA.” y la sentencia de 1909 “FERROCARRIL DE BUENOS AIRES Y PUERTO DE LA ENSENADA c/GOBIERNO NACIONAL”), durante las primeras décadas que siguieron a la Constitución Nacional de 1853/1860 gran parte de la doctrina y la Corte Suprema de Justicia entendían que la referencia a “asuntos en que la Nación sea parte” que contenía el art. 100 de la CN (actual art. 117) implicaba que los tribunales solo podían intervenir cuando la Nación fuera parte actora, pero no así cuando resultara demandada en el campo extracontractual.

Para poder demandar era menester obtener previamente un **permiso o venia legislativa**, esto es, la aprobación de una ley del Congreso Nacional que autorizaba iniciar una acción judicial contra el Estado, sistema por demás engorroso que se mantuvo hasta la sanción en el año 1900 de la ley 3952 que reemplazó la intervención del Congreso por el recaudo de la interposición de un **reclamo administrativo previo** ante el Poder Ejecutivo Nacional. **La venia** no solo resultaba ser un trámite molesto para aquel que deseaba demandar al Estado, sino que implicaba desvirtuar las facultades propias del órgano legislativo que tenía que dictar una norma de carácter singular que solo se aplicaba a un ciudadano en particular cuando, justamente, la naturaleza del producto legislativo es ser de carácter general.

Sin embargo, esta reforma en los hechos tampoco facilitó el acceso de los afectados al proceso judicial ya que fue interpretada de forma restrictiva y sobre la base de la **teoría de la doble personalidad del Estado**, por lo que se entendió que el reclamo administrativo previo solo regía cuando aquel intervenía como persona jurídica de derecho privado pero no cuando el litigio se originaba en la actuación desplegada en el campo del derecho público (o *iure imperii*), de allí que se siguió exigiendo el cumplimiento del requisito de la venia legislativa.

Recién en 1932, al declarar la ley 11634 que las acciones civiles que se dedujeran contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica, sea en el de persona de derecho público, no requerían autorización previa legislativa, se abrió el camino a la demandabilidad estatal en el campo extracontractual, ya que únicamente se exigía la formulación de un reclamo administrativo previo.

El precedente paradigmático de esta instancia fundacional signada por la indemandabilidad y la irresponsabilidad del Estado es “**SESTE VICENTE Y SEGUICH ANTONIO**”.

**SESTE VICENTE Y
SEGUICH ANTONIO**
1864

Los actores perseguían una indemnización por el mayor tiempo que habían servido como personeros de guardias nacionales, argumentando que a pesar de que la guardia nacional había sido licenciada en diciembre de 1861, ellos siguieron sirviendo hasta agosto de 1863.

La Corte rechaza la demanda y le atribuye al Congreso la solución del conflicto. Destaca que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera y como tal no puede ser sometido por los particulares ante los tribunales, sin su expreso consentimiento. En la interpretación de la Corte Suprema, una solución contraria daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que se otorga al Jefe de la Nación y a la potestad del Congreso de entender en forma exclusiva en el arreglo del pago de las deudas públicas (cónf. art. 67 inc. 6 CN 1853-1860).

El ex. **art. 43 del Código Civil** impedía articular demandas de daños contra las personas jurídicas aunque “...sus miembros en común o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellos”. La única alternativa viable era intentar responsabilizar a los **funcionarios a título individual** sobre la base del tipo culposo previsto en el art. 1112 CC, pero como ya dijimos, en los hechos esta posibilidad no podía hacerse efectiva. Ya fuera por dificultades probatorias o porque debido a la cuantía del reclamo, los funcionarios carecían de respaldo económico para satisfacerlo.

En síntesis, el esquema legal y la interpretación judicial rígida que se hacía de él llevaron a anular durante esta etapa la posibilidad de que las víctimas lesionadas por la acción del Estado accedieran a una justa indemnización.

4.2. La Edad Moderna. Desde 1933 a 1984: nace y se consolida la responsabilidad estatal

Si bien en 1933 seguía sin existir una norma expresa de derecho público que rigiera esta responsabilidad, con la sentencia “**TOMÁS DEVOTO**” la **Corte**

Suprema de Justicia de la Nación emprende una labor pretoriana que da origen al **sistema de responsabilidad estatal que conocemos y aplicamos hasta hoy.**

¿Qué habrá movido a la Corte Suprema a cerrar el ciclo de la irresponsabilidad estatal? ¿Por qué aun ante el texto del entonces vigente art. 43 del CC que, en casos anteriores había obturado el acceso a una reparación, la Corte responsabiliza al Estado en la causa Tomás Devoto? ¿Fue la presión de la doctrina, la coetánea sanción de la ley de 11634 que facilitó la demandabilidad estatal, el aumento exponencial de las actividades que el Estado comenzó a desarrollar durante esos primeros años de fuerte intervencionismo estatal o solo jugó el fantasma de consagrar una injusticia frente a una negligencia tan evidente de los servidores públicos que provocaron el incendio de los campos de la sociedad actora?

No podemos más que hacer conjeturas, pero lo indudable es que la decisión tomada en la causa Devoto no fue casual ni aislada, sino el inicio de una secuencia que logra rápidamente el abandono de la doctrina de la irresponsabilidad estatal, algo que treinta años antes habría parecido quimérico. Podría pensarse que la doctrina nacional y algunos precedentes tanto del Tribunal de Conflictos como del Consejo de Estado francés (“BLANCO” –1873–, “PELLETIER” –1873–, “TOMASO GRECCO” –1905–, “LEMONNIER” –1918–) abonaron el camino para construir un nuevo sistema que hiciera que toda la comunidad –y no solo el funcionario concernido– respondiera e indemnice los daños cometidos por sus gobernantes. Sin embargo, la Corte Suprema fue audaz y creativa, dando lugar a que se imponga la responsabilidad del Estado frente al hecho verificado de que la responsabilidad personal de los funcionarios hacia los damnificados terminaba siendo ilusoria.

Las herramientas que el máximo Tribunal empleó para diseñar este sistema fueron diversas. En los **inicios** de este período, recurrió a los esquemas de **responsabilidad indirecta por culpa** previstos en el Código Civil, los que aplicó alternativamente en forma directa, subsidiaria o análogica (“DEVOTO”, “FERROCARRIL OESTE”). Se introduce también en este período inicial la noción de **falta de servicio** como factor de atribución de la responsabilidad estatal (“FERROCARRIL OESTE”, “ECHEGARAY MARÍA Y OTROS GOBIERNO NACIONAL”), aunque sin el carácter objetivo que asumirá en la etapa siguiente.

Surge en esta fase además el reconocimiento de la **responsabilidad estatal lícita**, que si bien en los primeros precedentes se funda en los **valores de justicia y equidad** (“ESTABLECIMIENTOS AMERICANOS GRATRY”), en sentencias posteriores la asienta derechamente en **principios constitucionales, como el de igualdad ante las cargas públicas y la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada** (“LAPLACETTE”, “LOS PINOS”, “CANTÓN”).

Décadas más tarde, una vez consolidada la noción de que el Estado debe responder cuando daña sin falta, los debates se focalizan en el **alcance del resarcimiento**, que en algunos casos se limitan al daño emergente, por aplicación

extensiva de la indemnización prevista por la ley de expropiación 21499 (“CANTÓN”, “MOTOR ONCE”) mientras que en otros casos se extienden hasta cubrir el lucro cesante de encontrarse probado su acaecimiento (“SÁNCHEZ GRANEL”).

<p>TOMÁS DEVOTO 1933</p>	<p>Sobre la base de la aplicación directa de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil y sorteando el escollo que significaba el art. 43 del mismo Código, la Corte responsabilizó al Estado por vía refleja por un incendio causado en el campo de la sociedad actora debido a la negligencia de los empleados del telégrafo que habían dejado encendido un brasero que provocó el estrago. Lacónicamente la Corte sostuvo:</p> <p>el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad, a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado (arts. 1109 y 1113 del Código Civil; t. 129, p. 306; t. 130, p. 143; t. 146, p. 249).</p>
<p>FERROCARRIL OESTE 1938</p>	<p>La Corte condena a la provincia de Buenos Aires a indemnizar los daños ocasionados por la prestación defectuosa del servicio de expedición de certificados registrales, de petición obligatoria para escriturar un inmueble, sobre la base de una responsabilidad indirecta fundada en la culpa prevista en los arts. 1112 y 1113 del CC.</p> <p>Aunque se invoca el art. 1112 CC y la noción de falta de servicio,</p> <p>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</p> <p>la Corte Suprema sustenta la condena en la responsabilidad indirecta del principal (Estado) por el hecho de sus empleados. Para la Corte esta responsabilidad surge</p> <p>del principio general según el cual todos los que emplean a otras personas para el manejo de un negocio o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que estas ocasionaren a terceros en el desempeño de su función, dado que nadie puede por sí o por intermedio de otro ejercer sus derechos en forma tal que lesione el derecho de un tercero.</p>

<p>LAPLACETTE 1943</p>	<p>La Corte condena a la provincia de Buenos Aires a indemnizar los daños sufridos por los propietarios de campos que resultaron inundados en virtud de una obra pública realizada para encauzar las aguas de una laguna.</p> <p>Para condenar por primera vez al Estado en el campo lícito, indicó:</p> <p>la responsabilidad del Estado por daños causados sin culpa a los particulares, (...) nace (...) de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios de derecho común (...) y en la disposiciones que rigen situaciones análogas.</p> <p>A su vez, consideró no aplicables al caso los principios que rigen la responsabilidad por actos ilícitos ya que “la demandada ha obrado como poder público, en ejercicio de sus atribuciones, realizando una obra pública que ha considerado de utilidad general”.</p>
<p>LOS PINOS 1975</p>	<p>El Estado es condenado a indemnizar los daños provocados por la revocación por motivos de oportunidad o conveniencia de una autorización otorgada a la actora para explotar un albergue transitorio.</p> <p>La decisión se fundó en las garantías constitucionales de protección a la propiedad privada e igualdad ante las cargas públicas.</p> <p>Asimismo indicó:</p> <p>dicha indemnización no es la consecuencia de un obrar ilegítimo sino que tiene por objeto tutelar la incolumidad del patrimonio lesionado de la actora al dejar sin efecto la autorización de que era beneficiaria, en base a la garantía consagrada en el art. 17 de la CN.</p> <p>Agregó además: “el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad, no es propio que sea soportado únicamente por aquella, lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la CN”.</p>

4.3. La Edad Contemporánea. Desde 1984 hasta hoy: responsabilidad estatal objetiva, directa, de derecho público local y legislada

El sendero que se inició en Tomás Devoto continuó en forma ininterrumpida. Tanto en etapas democráticas como de gobiernos militares, de intervención estatal

en la economía o de liberalismo, la Corte Suprema no cesó en hacer progresar el ámbito de la responsabilidad estatal.

Esta labor constante tuvo su desarrollo más intenso a partir de 1984. Es en estos últimos treinta años en los que el sistema resarcitorio fructifica y capta situaciones de todo tenor. Daños causados por obras hidráulicas (“JUNCALÁN”); la muerte de una persona provocada por un comisario al dispararle con el arma reglamentaria cuando se hallaba fuera de servicio (“BALBUENA”); la revocación de un permiso para explotar una emisora de radiodifusión por razones de oportunidad y conveniencia (“El JACARANDÁ”); la imposibilidad de cumplir una compraventa internacional debido a un reglamento dictado con el objeto de obtener el equilibrio de la balanza de pagos y la defensa de la industria nacional (“CANTÓN”); los perjuicios causados por dejar sin efecto un régimen de zonas francas (“ZONAS FRANCAS SANTA CRUZ”); la detención de una persona por un error de homonimia en el libramiento de una orden de captura (“MOLLARD”); la muerte de internos debido al incendio de la cárcel donde estaban alojados (“BADIN”) son solo unos pocos recuerdos de una serie muy extensa de precedentes a través de la cual la Corte Suprema **ensancha los contornos del deber de responder, poniendo en el centro del sistema a las víctimas y a la necesidad de que reciban una reparación justa.**

Sin embargo, queda pendiente un aspecto crucial del sistema, como es lo relativo al cumplimiento efectivo de las sentencias condenatorias desde que aquel queda sujeto al sistema de previsión presupuestaria, inembargabilidad de fondos y bienes del Estado Nacional y eventualmente, de consolidación de deudas y cancelación con bonos en el marco de legislación de emergencia (“ALCÁNTARA DÍAZ COLODRERO”, “GIOVAGNOLI”); más allá de que la interpretación judicial tiende a facilitar el cobro (“MESQUIDA”, “IACHEMET”, “ROQUE REYMUNDO”, “BAENA”, Corte IDH).

Esta *belle époque* de la responsabilidad estatal reconoce **tres momentos definitorios**:

4.3.1. Responsabilidad estatal objetiva y directa

La consolidación definitiva de la responsabilidad del Estado en el campo extracontractual se abrió con el precedente “VADELL” de 1984, en el que se condenó al Estado a reparar los perjuicios causados por la deficiente prestación del Registro Inmobiliario, al expedir un certificado de dominio irregular.

A partir de esta sentencia, y haciendo uso de **la teoría del órgano**, la Corte Suprema deja definitivamente atrás la caracterización de la responsabilidad estatal como indirecta y subjetiva que venía sosteniendo hasta entonces (fundada en los arts. 1109, 1112 y 1113 del CC), para pasar a afirmar que se trata de una responsabilidad **directa** y asentada en el concepto **objetivo de falta de servicio**.

Declarar que el Estado responde en forma **directa** significa afirmar que la actuación de funcionarios y empleados –lícita o ilegítima– se imputa directamente a aquel, de quien resultan “órganos” y como tales, partes integrantes de este y de sus distintas dependencias centralizadas o descentralizadas. En otras palabras, el Estado deja de ser considerado un “principal” que responde por los ilícitos de terceros –sus dependientes– en el marco del art. 1113 del CC y pasa a concebirse que la conducta dañosa es atribuible directamente al ente estatal, el que responderá de esta forma frente a la víctima a título propio, en forma directa. Este es el efecto de la llamada “teoría del órgano” que postula que los agentes estatales no deben reputarse representantes o personas ajenas a este, sino que se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de ella, del mismo modo en que los distintos órganos vitales conforman el cuerpo humano y le dan su integridad.

En “VADELL” la Corte sostiene que **el art. 1112 del CC contenía principios de derecho público que permitían estructurar la responsabilidad estatal**, y que por lo tanto, las **disposiciones de derecho privado** nunca se aplicaban de forma directa **sino solo por vía subsidiaria** y luego de realizar las adaptaciones que el carácter público de la persona demandada exigían. El art. 1112 CC es interpretado como una norma “de reenvío” (REIRIZ, 1996, 227), en el sentido de que cuando aquella alude a las obligaciones del servicio, remite en verdad a las normas de derecho público que específicamente lo regulan. De esta manera, la falta o falla en el servicio surgirá luego de contrastar la conducta dañosa con las condiciones y pautas que la norma jurídica fijaba para la prestación de aquel.

Se trata de un cambio copernicano puesto que afirmar que la responsabilidad estatal es **objetiva torna innecesario probar la culpa o dolo del empleado o funcionario concernido. Lo único relevante es la acreditación del funcionamiento irregular del servicio y la efectiva imputación de la conducta, acto u omisión lesivo al órgano institución que lo causa, con lo cual se simplifica enormemente la carga probatoria para las víctimas.** Ello no significa que los funcionarios concernidos queden desligados totalmente del daño que causaron ya que también pueden ser alcanzados por la misma reclamación que se intenta contra el Estado o posteriormente, por una acción de regreso en caso de que este último resulte condenado, pero en cualquier caso deberá probarse la responsabilidad personal de los empleados a título de culpa o dolo, porque a su respecto el factor de atribución sigue siendo subjetivo.

La falta de servicio como factor de atribución objetivo implica el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de los servicios prestados por los órganos estatales, por acción u omisión. Abarca tanto las situaciones en que median fallas anónimas resultantes de un mal funcionamiento del servicio (como cuando un paciente se contagia una enfermedad a partir de recibir una transfusión en un servicio de emergencia) como aquellas deficiencias en las cuales puede conocerse quién fue el autor del daño pero que de todos modos no son separables

del servicio. Sería el caso, por ejemplo, de un kinesiólogo que trabajando en un hospital público provoca una quemadura en un paciente al aplicarle magnetoterapia. Aunque el daño lo ocasione este funcionario concreto, la responsabilidad se reclama directamente a la Administración, la que responderá de modo objetivo en caso de quedar probada la falta de servicio. El profesional podrá responder también a título de culpa o dolo y eventualmente, se verá expuesto a las acciones de regreso que el Estado hubiera debido abonar.

Las faltas de servicio pueden producirse tanto por acción (v.gr. el dictado de un acto administrativo que declara cesante a un funcionario en forma irregular, errores judiciales en una sentencia, leyes o reglamentos inconstitucionales, un auto policial que choca a una persona o a otro automóvil en la vía pública) como por inacción u omisión (v.gr. falta de vigilancia y control de motines carcelarios, inercia y retrasos en el cumplimiento de los plazos judiciales, etc.).

Si bien en esta etapa **también se emplearon otros factores de atribución distintos a la falta de servicio** para imputar la responsabilidad, tal como el riesgo, ser dueño de cosas peligrosas como armas de fuego o explosivos o incluso el deber implícito de seguridad (“COHEN”, “FURNIER”, “LEDESMA”, “POSE”, “MEZA”) la falta o falla de servicio se transformó en el criterio de imputación preponderante (“BEA”, “TARNOPOLSKY”, “MOSCA”, “ZACARÍAS”), pasando a ser la regla y los restantes factores de atribución, la excepción.

Sin embargo, sería un error pensar que la objetivación de la responsabilidad estatal cambió radicalmente la evaluación global de los hechos que hacen nacer la responsabilidad estatal. Que la responsabilidad del Estado haya florecido a partir de 1984 y que desde entonces haya sido calificada como objetiva y directa, no significa que la Corte la haya administrado como un seguro general contra todos los daños que el Estado pueda cometer en la infinidad de actividades que tiene a su cargo, directa, indirecta o implícitamente en la sociedad.

Reflexionando sobre el sistema español, construido también sobre una matriz objetiva, Tomás Ramón Fernández dice:

El centro de gravedad de sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, como advertí al comienzo, en la lesión que la persona afectada por la actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin causa alguna que lo justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. En este sentido, y sólo en él, es lícito hablar de una objetivación del sistema, que no puede convertirse de ningún modo (...) en una especie de seguro multirriesgo de cobertura ilimitada de cualquier posible daño que, de un modo u otro, pueda tener alguna relación con la actividad de la Administración. (...) Todos tenemos el deber de soportar, como es natural, las consecuencias de nuestros propios actos, como tenemos que asumir los riesgos que voluntariamente aceptamos, incluidos, por supuesto, los inherentes a un tratamiento médico o a una operación quirúrgica de los

que hemos sido informados debidamente con antelación. Nadie puede tampoco considerarse liberado de las cargas generales de la vida colectiva, que todos hemos de soportar igualmente. De todo esto podemos cubrirnos con un seguro; lo que no podemos es endosar la actualización de estos riesgos a la Administración, esto es, socializarlos mediante una interpretación abusiva de la cláusula general que rige la responsabilidad de aquélla, que debe ser interpretada con tanto rigor como firmeza sin perder el paso, pero sin ceder tampoco a la tentación de desbordarla (FERNÁNDEZ, 2008, 17).

Entonces, ¿en qué sentido es objetiva la responsabilidad estatal?

Es objetiva porque la falta es *impersonal*, es decir que es el servicio en sí mismo y la manera en que ha sido cumplido lo que se evalúa y puede ser deficiente, en lugar de valorar subjetivamente la actuación del agente o del funcionario. Pero, aunque ello pudiera parecer dar a entender que basta con que se genere un daño para que resulte indemnizable, la jurisprudencia ha sido bien clara en que a diferencia de un sistema puramente objetivo de responsabilidad civil, en la responsabilidad estatal por falta de servicio no basta con probar el daño, siempre hay que acreditar la deficiencia del servicio o bien la del agente interviniente, lo que sea más accesible para el lesionado.

Por todo esto es que afirmamos que aunque **la responsabilidad estatal es objetiva y directa, no opera de modo automático**. Volveremos sobre este tema en capítulos siguientes.

Responsabilidad estatal objetiva en sentido estricto

Más allá de la forma en que explicamos y nos explayaremos en capítulos siguientes acerca de cómo debe ser comprendido el carácter *objetivo* que se predica de la responsabilidad estatal, hay casos en los que esta efectivamente **posee carácter objetivo en sentido estricto, es decir que si el daño está acreditado, este siempre es resarcible, con independencia de cualquier valoración adicional relativa a si el servicio funcionó correcta o incorrectamente.**

Varios de estos casos están vinculados con la responsabilidad lícita del Estado, en la que justamente, no se juzga en modo alguno la ilegitimidad o deficiencia de la acción estatal sino solo la existencia del daño causado por este accionar legítimo y la injusticia de tener que soportarlo sin resarcimiento. Si bien siempre es menester acreditar la existencia efectiva del daño, su cuantía y los restantes presupuestos, no es necesario probar la

deficiencia o la irregularidad en el funcionamiento de la actividad o servicio que provocó el daño.

Los principales supuestos de la responsabilidad estatal objetiva en sentido estricto serían los siguientes:

1. Las revocaciones de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, ya que cuando generan daños, el art. 18 LNPA obliga a indemnizarlos.
2. La nulidad de un acto administrativo declarada judicialmente, si su ilegitimidad causó daños. Por ejemplo, si una sentencia anula la cesantía de un empleado dispuesta por la Administración en razón de la cual aquel perdió su fuente de trabajo y por ende su sueldo, el funcionario apartado tendrá derecho a que se le reconozcan los daños que sufrió por esta medida ilegítima.
3. Los actos por los que se imponen limitaciones a derechos patrimoniales preexistentes, como la catalogación de un inmueble como patrimonio histórico o artístico, que impedirá realizarle modificaciones o ampliaciones en el futuro.
4. Los daños derivados de la ejecución de actos administrativos que fueron anulados posteriormente, como por ejemplo si la Administración ordena derribar el cerramiento de un patio de aire y luz, y ejecuta *per se* esta obra, y más tarde, través de una acción judicial ese acto por el que ordenaba el derribo se anula. En este supuesto el propietario tiene derecho a la indemnización de los daños causados sin más necesidad de prueba que la del propio daño.
5. Las vías de hecho que generen daños, como sería la interrupción del pago del sueldo de un empleado, sin acto previo que lo justifique.

4.3.2. Responsabilidad estatal de derecho público y local

Con el precedente “**BARRETO**” de 2006 la Corte Suprema pone el acento en que la responsabilidad estatal es una institución de derecho público administrativo que como tal queda comprendida en el ámbito de las autonomías locales y es susceptible de ser regulada a nivel provincial y de la Ciudad de Buenos Aires (cónf. art. 121 CN).

En esta sentencia, en la que la Corte redefine los contornos conceptuales de la *causa civil* como recaudo para acceder a su competencia originaria (cónf. art. 117 CN) el Superior Tribunal destaca que los casos que involucran **faltas de servicio atribuibles a órganos estatales provinciales** constituyen una **materia propia**

del derecho local puesto que su juzgamiento requiere recurrir al estudio de los regímenes de derecho administrativo local que regulan el modo en que deben desarrollarse los servicios concernidos (esto es, si se trata de un caso de una mala praxis hospitalaria, cómo las leyes provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires organizan la asistencia sanitaria, o en caso de lesiones causadas por el accionar policial persiguiendo acciones delictivas –tal como se debatía en el caso “**BARRETO**”– de qué forma está estructurado el servicio de seguridad pública; qué controles medioambientales son obligatorios en caso de imputarse daños de tal carácter; etc.).

La Corte aclara que si bien es posible que ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen disposiciones de derecho común para resolver los litigios vinculados a la responsabilidad estatal, **esta aplicación se efectúa solo por vía subsidiaria**, y cuando ello ocurre, tales disposiciones de fondo pasan a integrar el plexo de principios de derecho administrativo en el que el caso encuadra.

La doctrina de “**BARRETO**” fue receptada por la LRE (art. 1°) y el CCyC (arts. 1764 y 1765) ya que ambos disponen que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios se rige “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” por lo que las disposiciones del título V del CCyC “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

¿Qué querrán decir estas disposiciones? ¿El CCyC no puede aplicarse bajo ningún punto de vista a la responsabilidad estatal? ¿Ni para conceptualizar el nexo de causalidad y el caso fortuito? ¿Las normas de derecho público pueden regular la legitimación para reclamar daño moral a título propio? Si no pueden porque ello constituye derecho de fondo (art. 75 inc. 12 CN), ¿qué sentido hay que darles a los arts. 1764 y 1765 del CCyC?

Una primera aproximación a la LRE, que iremos desarrollando más adelante, nos sugiere que en sus once artículos no puede dar cabal respuesta a todos estos interrogantes, por lo que necesariamente habrá que recurrir a otras herramientas para cubrir estos vacíos.

4.3.3. Responsabilidad estatal legislada

En 2014 se sanciona la LRE y poco tiempo después –entre 2014 y 2018– se dictan diversas normas provinciales que adhieren a la LRE o sancionan un régimen integral en la materia (Santa Cruz, Chubut, Santiago del Estero, Mendoza, Catamarca, Entre Ríos).

Para estas jurisdicciones el instituto pasa de una etapa puramente jurisprudencial, a otra de base parcialmente legislada. Pero inclusive para el resto de las provincias y para la Ciudad de Buenos Aires, que no han sancionado

norma alguna, el escenario también ha cambiado, porque a partir de lo dispuesto en el art. 1764 del CCyC se cerraría, en principio, la posibilidad de aplicar las disposiciones del CCyC en forma directa o subsidiaria a la responsabilidad estatal.

Todo ello nos marca que la responsabilidad estatal sigue presentando tensiones y áreas de indefinición y que se abren nuevos interrogantes e incertidumbres que todos los hombres y mujeres del derecho tendremos que contribuir a descifrar.

El Ministerio del Tiempo

Para integrar todo lo que hemos venimos aprendiendo hasta aquí **en relación con las distintas etapas de la evolución de la responsabilidad estatal en la Argentina** les proponemos un ejercicio de imaginación.

Tomando como punto de partida los hechos que motivaron la demanda de daños y perjuicios planteada por la empresa TOMÁS DEVOTO (debido al incendio de campos de su propiedad por la negligencia de empleados del telégrafo nacional), se trata de aventurar de qué manera y conforme a cuál encuadre jurídico la Corte Suprema de Justicia de la Nación habría resuelto la demanda si en lugar de resolverla en 1933, hubiera tenido que fallar en 1875, 1912, 1939, 1990 y 2016.

El objetivo de recorrer cada uno de estos momentos históricos es trazar una **línea de tiempo** que grafique el modo en que ha evolucionado la conceptualización de la responsabilidad estatal durante el último siglo y que nos permita advertir los dilemas que ella plantea aún hoy. Veamos:

1875. Si TOMÁS DEVOTO no contaba con la respectiva **venia legislativa**, no podría haber judicializado su caso ya que la autorización del Congreso era la condición previa que debía obtenerse para poder demandar al Estado. Si la empresa hubiera obtenido esta autorización del Congreso, lo más probable es que **la CSJN hubiera desestimado la demanda de daños y perjuicios porque todavía primaba el paradigma de la irresponsabilidad estatal.**

1912. **La decisión de la Corte habría sido la misma que en el año 1875.** Aunque en el año 1900 fue sancionada la ley 3952 que regulaba el **reclamo administrativo previo** respecto de las demandas fundadas en acciones antijurídicas cometidas por el Estado como una persona de derecho privado, esta ley mantuvo la obligatoriedad de la **venia legislativa** para las acciones fundadas en hechos en los que el Estado actuaba como persona de derecho público, puesto que la ley 3952 en sustancia seguía adscribiendo

a la teoría de la doble personalidad del Estado. En consecuencia, en 1912 se mantenían el paradigma de la indemandabilidad del Estado en la esfera extracontractual y las consiguientes dificultades para condenarlo por daños y perjuicios.

1939. Para ese entonces, debido a la reforma introducida por la ley 11634, solo se exigía el planteamiento de un reclamo administrativo previo como condición para poder demandar al Estado con fundamento en su responsabilidad extracontractual. Además, desde “DEVOTO”, el Estado venía siendo condenado a reparar daños y perjuicios sobre la base de la aplicación directa o analógica de los artículos 1109, 1112 y 1113 del CC, que daban lugar a una **responsabilidad de tipo subjetiva e indirecta**. En este contexto es dable presumir que **una demanda como la articulada por TOMÁS DEVOTO hubiera sido acogida pero dada la vigencia del patrón subjetivo e indirecto de la responsabilidad**, el actor debería haber probado que algún órgano, agente o funcionario concreto actuó con culpa, dolo o negligencia, para poder derivar de dicha circunstancia, y por vía indirecta, la responsabilidad del Estado como principal del dañador.

1990. A partir de lo resuelto en “VADELL” en 1984, la responsabilidad del Estado es de corte **objetivo, de imputación directa sobre la base de la teoría del órgano** y basada prioritariamente en el factor de atribución falta de servicio. En este marco **la demanda no solo prosperaría sino que además no hubiera sido necesario probar la culpa o el dolo de los funcionarios que provocaron el incendio**. Hubiera bastado con la prueba de que el servicio involucrado, objetivamente considerado, funcionó de modo irregular.

2016. Tanto la demanda como la sentencia deben ajustarse a los presupuestos previstos en la LRE, que aunque mayormente recepta los lineamientos elaborados antes de su entrada en vigencia, mantiene indefiniciones sobre temas relevantes.

Como vemos a partir de este recorrido histórico, el proceso de evolución de la responsabilidad estatal en la Argentina no ha sido lineal. El paso por cada etapa implicó avances pero siguen quedando zonas de penumbra. La responsabilidad estatal todavía presenta indefiniciones, instituciones por fortalecer y desarrollos por fructificar.

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.
- BALBÍN, CARLOS F., *El impacto del Código Civil de la Nación en el Derecho Administrativo*, 1ª ed., Astrea, 2016.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado, La Ley, 1996, AR/DOC/9193/2001, p. 1-31. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- BIELSA, RAFAEL, A., “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia” en FAYT, CARLOS S. Y BADENI, GREGORIO (DIRS.), *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 22008, p. 61-90.
- BIELSA, RAFAEL, A., “La responsabilidad del Estado como poder administrador”, en CASSAGNE, JUAN C. (DIR.), *Summa de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Abeledo Perrot, 2013, p. 3901-3907.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.

- BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS B.; LONG, MARCEAU Y WEIL PROSPER, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed. en español, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- BULLRICH, RODOLFO, *La Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Jesús Méndez, 1920.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)*, 97-2015, p. 35-47.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS R., “La responsabilidad patrimonial de la Administración por su actividad jurídica” en *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 13-32.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *La Ley* 2014-E, p. 659-668.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ M., “El nuevo régimen de la responsabilidad y el seguro de la responsabilidad civil”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 13-1970, p.759-787.
- LORENZETTI, LUIS R., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, *La Ley* 2003-C, p. 1184-1198.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2014.
- MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.

- Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho* —————
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 97-2015, p. 101-109.
- PICASSO, SEBASTIÁN, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, 11-2014. AR/DOC/3296/2014, p. 1-14. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 1ª ed., Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 220-229.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RETORTILLO BAQUER, MARTÍN S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.
- TAWIL, GUIDO S., “El recuerdo del Profesor Rodolfo Bullrich”, *Suplemento de Derecho Administrativo*, *El Derecho*, 2012, p. 670-681.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Multimedia

- CICERO, Nidia K., Curso de Jurisprudencia comentada. Módulo 1, 2018. Recuperado de <http://www.karinacicero.com>.
- CICERO, Nidia K., Curso de Jurisprudencia comentada. Módulo 2, 2018. Recuperado de <http://www.karinacicero.com>.

Jurisprudencia

- CSJN, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 319:1476).
- CSJN, “Bates Stokes y Cía. c. Gobierno Nacional” (Fallos: 1:259).
- CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 320:1645).
- CSJN, “Balbuena, Blanca Gladys c/ Misiones, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4808).
- CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:759).
- CSJN, “Bea, Héctor y otro c/Estado Nacional s/ daños y perjuicios” (Fallos: 333:1623).
- CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ordinario” (Fallos: 301:403).
- CSJN, “Cartery, Domingo contra la Compañía del Ferrocarril Central Argentino, sobre daños y perjuicios” (Fallos: 23:50).
- CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Pcia. de Río Negro” (Fallos: 329:2088).
- CSJN, “Corio, Luis c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 99:83).
- CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, (Fallos: 293:617).
- CSJN, “Delcasse, Carlos y otros c/ Gobierno de la Nación y Sociedad Puerto del Rosario” (Fallos: 145:89).
- CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).
- CSJN, “Echegaray, María Cecilia e hijos menos contra el Gobierno Nacional” (Fallos: 190:312).
- CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad” (Fallos: 306:1409).
- CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 328:2654).
- CSJN, “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/ Nación” (Fallos: 180:107).
- CSJN, “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de Ensenada contra Gobierno Nacional, por indemnización de daños y perjuicios” (Fallos: 111:339).
- CSJN, “Ferrocarril C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).
- CSJN “Furnier Patricia M. c/Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro” (Fallos: 322:2132).
- CSJN, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina” (Fallos: 308:1118).
- CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (Fallos: 332:111).
- CSJN, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)” (Fallos: 316:779).

- CSJN, “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).
- CSJN, “Kot Samuel S.R.L. s/ Recurso de Habeas Corpus” (Fallos: 241:291).
- CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 195:66).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).
- CSJN, “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad” (Fallos: 329:5382).
- CSJN, “Meza, Dora c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) y otros s / daños y perjuicios” (Fallos: 338:652).
- CSJN, “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa” (Fallos: 324:3219).
- CSJN, “Mollard, Carlos Alberto c/ Estado Nacional y otro” (Fallos: 328:4794).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Motor Once, S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires s/ Recurso de hecho” (Fallos: 312:649).
- CSJN, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2834).
- CSJN, “Roque Reymundo e hijos S.A.C.I.F.A.I. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios (Fallos: 329:4170).
- CSJN, “Sáenz Peña, Luis A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 124:22).
- CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros” (Fallos: 308:1160).
- CSJN, “Seste Vicente y otro c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 1:317).
- CSJN, “Siri Ángel s./ Recurso de Habeas Corpus” (Fallos: 239:459).
- CSJN, “Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento” (Fallos: 322:1888).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).
- CSJN “Zacarías Claudio H. c/ Córdoba provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).
- CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional -PEN- dto. 1583/96 s/daños y perjuicios” (Fallos: 332:1367).
- Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2/02/2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/08/1998. Serie C No. 39.
- Consejo de Estado de Francia, “Tomaso Grecco”, sentencia del 10/02/1905.
- Consejo de Estado de Francia, “Esposos Lemonnier”, sentencia del 26/07/1918.

Tribunal de Conflictos de Francia “*Blanco*”, sentencia del 8/02/1873.

Tribunal de Conflictos de Francia “*Pelletier*”, sentencia del 30/07/1873.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:759).

CSJN, “Balbuena, Blanca Gladys c/ Misiones, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4808).

CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Pcia. de Río Negro» (Fallos: 329:2088).

CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 293:617).

CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).

CSJN, “Ferrocarril C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).

CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 195:66).

CSJN, “Motor Once, S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires s/ Recurso de hecho” (Fallos: 312:649).

CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros” (Fallos: 308:1160).

CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).



CAPÍTULO 3

El presente de la responsabilidad del Estado

Capítulo elaborado en coautoría con Gerardo Fiol

Leer este capítulo te llevará:
42 minutos aproximadamente

1. La ley de responsabilidad del Estado nacional y sus funcionarios 26944

Por pocas materias la doctrina administrativista bregó tanto, y durante tanto tiempo, como por la legalización de la responsabilidad estatal. Aunque a pesar de la carencia de un marco regulatorio la jurisprudencia desde hacía años había resuelto el modo de dar respuesta a las víctimas de la actuación u omisión del Estado, la mayor parte del arco doctrinario seguía viendo conveniente la sanción de un texto legal que diera definiciones concretas y que aportara seguridad jurídica en un tema institucionalmente tan sensible, mucho más luego del acaecimiento de diversas desgracias vinculadas en mayor o menor medida y de uno u otro modo con deficiencias atribuibles al Estado (todos recordamos “República de Cromagnon”, “la tragedia de Once”, los muertos y heridos en la fiesta electrónica *Time Warp*, el derrumbe en el *boliche Beara*, etc.).

El momento llega en 2014. Mientras se debatía el proyecto de CCyC, el Congreso Nacional sanciona la LRE con el objeto de regular la responsabilidad del Estado Nacional y sus funcionarios. Tiempo después, y en el marco de la invitación que su artículo 11 cursa a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, Santa Cruz, Santiago del Estero, Chubut, Catamarca, Entre Ríos y Mendoza dictaron leyes específicas para aplicarse en sus respectivos ámbitos territoriales. Mendoza aprobó un régimen integral de responsabilidad y las demás adhirieron a la LRE, en su totalidad o en forma parcial.

La primera paradoja que creó la LRE es que, en lugar de generar consensos y adhesiones, motivó airadas críticas, algunas fundadas en previsiones concretas de su articulado pero las más, debido a todas las cuestiones que no contempló en

su escueto texto. La legislación tan esperada no trajo consigo toda la seguridad jurídica deseada, pues más allá del avance que significó consagrar normativamente principios que hasta entonces estaban dispersos en los distintos tomos de la colección de fallos de la Corte, la LRE dejó muchos aspectos sin tratar con la precisión que es menester para asegurar equidad y justicia en la resolución de los conflictos.

Más allá del examen detallado que haremos en los capítulos sucesivos, es útil hacer de entrada una presentación global de la LRE y de sus aspectos más salientes:

- La responsabilidad del Estado constituye una materia propia del derecho público local (art. 1°). La LRE no es una norma de fondo dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de la competencia conferida por el art. 75 inc. 12 CN y de allí que rige solo en el ámbito nacional. Las provincias han sido invitadas a adherirse a sus disposiciones sancionando sus propios regímenes, lo que pueden hacer ya sea a través del dictado de leyes que así lo dispongan como también a través de una norma que establezca la adhesión a la nacional (art. 11). Si no lo hicieran, la LRE no estaría vigente en las jurisdicciones locales, por lo que ella solo podría emplearse como pauta de referencia para la *interpretación* de ciertas cuestiones, pero no como norma obligatoria.
- Aunque la LRE no lo aclara expresamente, ella capta la actuación del Estado nacional orgánicamente considerado, lo que abarca al Poder Ejecutivo y sus órganos desconcentrados y descentralizados, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, en estos dos últimos casos, tanto en ejercicio de sus funciones específicas como de otras de sustancia puramente administrativa (art. 1°). Las empresas y sociedades del Estado, entes fiduciarios, sociedades anónimas con participación estatal, etc., también pueden considerarse abarcadas en el ámbito subjetivo de la LRE, aun cuando esta no las menciona, a partir de la definición amplia de sector público nacional que contiene el artículo 8° de la ley de Administración Financiera 24156.
- La responsabilidad del Estado no puede sujetarse a las disposiciones del Código Civil y Comercial en forma directa ni subsidiaria (art. 1°). Simétricamente, el art. 1764 del CCyC contemplará, al ser sancionado meses después, que sus disposiciones en materia de responsabilidad por daños (Libro III, Título V, Capítulo 1) no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa ni subsidiaria. Más adelante nos dedicaremos especialmente a desmitificar estos paradigmas que pretenden escindir irrevocablemente un tema en el que vemos más puntos de contacto que diferencias.
- La responsabilidad del Estado es objetiva y directa (art. 1° primer párrafo). Aunque la ley no define ninguna de las dos categorías, parece evidente que acepta la caracterización que la Corte Suprema hizo del instituto a

partir del precedente “VADELL” por lo que el daño sufrido se imputa directamente al Estado y no será necesaria la demostración de la culpa, dolo o negligencia del funcionario dañador, pero sí el funcionamiento deficiente del servicio en el campo de la ilicitud o falta.

- Las áreas en las que puede originarse la responsabilidad estatal no se han unificado, por lo que subsiste la división clásica de la responsabilidad estatal en el campo contractual y el extracontractual (art. 10). La LRE solo se aplica a la responsabilidad contractual subsidiariamente, ya que esta se juzga según las normas de cada contrato administrativo.
- La LRE solo contempla la función resarcitoria del derecho de daños: más allá de que a nuestro criterio el deber de prevenir el daño tiene un sustento constitucional directo (cónf. art. 19 CN) en concreto la LRE no ha incorporado las funciones preventiva y punitiva previstas en el art. 1711 del CCyC ni la punición excesiva (art. 1714 CCyC).
- Se mantiene la separación de la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo regular o lícito y el ilícito o irregular.
- La responsabilidad lícita nace a partir de conductas activas (art. 5°). La irregular puede surgir tanto de conductas como de omisiones (arts. 3° y 4°).
- Los presupuestos de la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima (art. 3°) son:
 1. Daño cierto, acreditado y mensurable en dinero.
 2. Imputabilidad de la acción u omisión al Estado.
 3. Nexo causal adecuado entre la acción u omisión y el daño.
 4. Falta de servicio por una irregular acción u omisión, en este último caso, a deberes normativos de actuación expresos y determinados.
- Los presupuestos de la responsabilidad por actividad lícita (art. 4°) son:
 1. Daño cierto, actual, acreditado y mensurable en dinero.
 2. Imputabilidad de la acción al Estado.
 3. Nexo causal directo, inmediato y exclusivo entre la acción y el daño.
 4. Ausencia del deber jurídico de soportar el daño.
 5. Sacrificio especial, diferenciado, configurado por la afectación de un derecho adquirido.
- Los eximentes del deber de responder tanto en caso de responsabilidad legítima como ilegítima (art. 2°) son:
 1. Caso fortuito salvo que los daños sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial.
 2. Fuerza mayor salvo que los daños sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial.
 3. Culpa de un tercero por el que no se debe responder.
 4. Culpa de la víctima.

- La responsabilidad lícita del Estado es excepcional, en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art. 5°). Se recepta el criterio llamado de la “fuerza expansiva de la expropiación” (“CANTÓN”, “MOTOR ONCE”), rechazándose la reparación integral que la Corte concedió en algún caso (“JUNCALÁN”) y admitió al menos por vía de hipótesis en otros (“EL JACARANDA”, “MALMA TRADING”).
- La responsabilidad judicial legítima no genera derecho a indemnización (art. 5°), tal como viene sosteniendo la Corte sistemáticamente (“BALDA”).
- Los funcionarios y agentes responden por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones, cuando las desarrollen de un modo irregular, incurriendo en dolo o culpa (art. 9°). Salvo alguna mínima diferencia, es una fórmula semejante al derogado art. 1112 CC.
- La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1°). Esta expresión hace referencia a los daños punitivos previstos por la ley 24240, no así a las astreintes que son sanciones conminatorias compulsivas que los jueces pueden imponer para lograr el cumplimiento de las sentencias. Sin embargo, dado que “la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo” (cónf. art 804 CCyC) queda planteado el interrogante acerca de si las astreintes podrán aplicarse o no frente al incumplimiento de mandatos judiciales impartidos al Estado.
- El Estado no responde, ni aun de modo subsidiario, por los daños causados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos (art. 6°).
- El plazo de prescripción para demandar por responsabilidad extracontractual es de tres años, computado desde la verificación del daño o desde que la acción esté expedita (art. 7°). Se trata del mismo plazo previsto por el art. 2561 CCyC para la acción de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil y el modo de cómputo también se ajusta a la regla general contemplada en el art. 2554 CCyC.
- Si los daños y perjuicios reclamados fueran consecuencia de actos, reglamentos o leyes inconstitucionales o irregulares, la acción indemnizatoria puede plantearse junto con la de nulidad o la de inconstitucionalidad de tales actos, o posteriormente, luego de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad (art. 8°). La ley recepta la posibilidad de que la acción indemnizatoria incluya una pretensión anulatoria, o que, a criterio del litigante, aquella se intente luego de haber obtenido una sentencia favorable en el juicio de anulación.
- La acción de regreso o de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años desde que se dictó la sentencia firme que estableció la indemnización (art. 9°). Esta es la única norma que regula la acción de regreso que el Estado puede

intentar contra el funcionario que causó el daño si tuvo que pagar una reparación al afectado.

2. La aplicación directa, analógica o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal

A pesar de la cercanía que durante tanto tiempo han mantenido la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado y del fundamental auxilio que el Código Civil le ha brindado a esta última en la etapa previa a ser legislada formalmente, la LRE y el CCyC han coincidido en intentar quebrar esta historia de influencias recíprocas.

En efecto, mientras que el CCyC dice: “Art. 1764: Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y “Art. 1765: Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”, el art. 1° de la LRE contempla: “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

¿Qué quieren decir estas normas “mellizas”? ¿Qué alcances se les debe dar? ¿El CCyC no se aplica en absoluto a un caso en que se juzgue la responsabilidad del Estado?

Partamos de lo indudable. La responsabilidad del Estado conforma un régimen particular y de allí que es correcta la afirmación que traen esas normas de que *la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*. **La sanción de la LRE solo ha venido a visibilizar esta autonomía** ya que esta ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace mucho tiempo atrás (“LAPLACETTE”, “VADELL”, “SANTA COLOMA”, “BARRETO”). La aplicación de normas del derecho privado fue la solución más simple frente a la ausencia de regulación específica y nada tuvo de extraño en una rama jurídica que se caracteriza por la fuerte influencia que el derecho privado ha tenido en su formación y génesis, no solo en esta sino en muchas otras instituciones, como la nulidad de los actos administrativos o los contratos (RETORTILLO BAQUER, 1996).

Esta certeza, sin embargo, no puede desconocer que los dos sistemas de responsabilidad extracontractual comparten una fuente común –la Constitución Nacional– y están fundados en institutos comunes y, por ende, es impensable que el CCyC, siendo la norma de fondo que regula el derecho de daños, no pueda aplicarse desde ningún punto de vista a la responsabilidad del Estado.

Además, **la LRE es más un punto de partida que un punto de llegada.** La LRE trata el deber del Estado de resarcir los daños que causa en solo once artículos, por lo que en un texto legislativo tan acotado la exclusión de la aplicación del CCyC es más una aspiración de deseos que un ejercicio factible.

Además no puede olvidarse que ha sido desde el derecho civil y el penal que el principio *alterum non laedere* han adquirido base normativa y actualmente, sin duda es el nuevo CCyC el que contiene la regulación más moderna y sistemática de todas las cuestiones vinculadas con aquel. La propia LRE alude al caso fortuito, al hecho de la víctima o de un tercero por quien no haya obligación de responder, al daño emergente y al lucro cesante, a los que por supuesto no define ni podría hacerlo, puesto que se trata de institutos comunes a todas las ramas jurídicas, que como suele ocurrir en todos los ordenamientos, están contenidos en el CCyC. En consecuencia, la definición de estos conceptos habrá que buscarla justamente en el CCyC, por más que se lo declare inaplicable, por lo que esta afirmación “que constituye una especie de proclama dictada a raíz del debate sobre la inclusión o exclusión de la materia en el Código Civil y Comercial de la Nación debe ser tomada con cuidado” (GARCÍA PULLÉS, 2017, 651). De modo que así como en la etapa pre legislada se debió recurrir al CC frente a las lagunas que presenta la actual legislación administrativa, nuevamente deberá recurrirse a la norma de fondo para cubrir todos los aspectos no previstos en aquella, conforme a la misma metodología ya conocida: no por aplicación directa de las normas del derecho privado sino por vía *analógica*.

Esta metodología no conspira contra la integridad del novel régimen público. No solo porque lo que se está aplicando es a su vez derecho de fondo –lo que por vía indirecta colabora a generar uniformidad en el tratamiento de la materia resarcitoria en todo el país– sino también y, principalmente, porque **el derecho privado se ha constitucionalizado** (art. 1° CCyC) y ello conduce a que sean muchos más los puntos de contacto que las diferencias entre los regímenes.

Dado que hay una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado, en lugar de resaltar lo opuesto o diferente, nosotros apostamos por ver lo semejante. Y así como en “RODRÍGUEZ PEREYRA” la Corte Suprema descalificó un régimen indemnizatorio tarifado del derecho público porque desconocía el derecho constitucional a una indemnización integral, en “AQUINO” declaró que era inconstitucional otro sistema resarcitorio de derecho privado porque le impedía a un obrero que sufrió un infortunio laboral acceder a una indemnización integral. La confluencia de los dos sistemas en el continente que conforman los principios constitucionales que estructuran el deber de no dañar es evidente.

Estos principios constitucionales (arts. 17, 19, 16) no son exclusivos del derecho civil sino que son generales del ordenamiento. Y, a la vez, el CCyC

traduce principios generales del derecho y categorías jurídicas que se proyectan a todo el ordenamiento ya que no están arraigados exclusivamente en él.

La pretendida ruptura entre el derecho civil y el administrativo en ningún modo puede ser total o absoluta. Lo que el art. 1764 del CCyC y el art. 1° de la LRE están proscribiendo es la posibilidad de aplicar en **forma directa o subsidiaria las normas civilistas para regir la responsabilidad del Estado**, lo que es plenamente acorde a la esencia de un sistema de derecho público, pero ello no impide que luego de agotado el elenco de fuentes del derecho público, pueda recurrirse por vía de analogía al derecho civil.

Es que cuando el derecho público aplica una solución concebida en el derecho privado, no solo en materia de responsabilidad sino en cualquier otro campo –como podría ser, por ejemplo, en materia de acto jurídico o nulidades– la toma prestada pero adaptándola a sus principios y sistemas específicos. Es, en este sentido, que el art. 1112 del CC pudo usarse para fundar la responsabilidad directa del Estado, aun cuando aquel se refería en verdad a la de los funcionarios y empleados que actuaran con dolo o negligencia y aunque la redacción originaria de art. 43 del Código Civil impedía que las personas jurídicas respondieran por daños causados por sus representantes en exceso del mandato que les había sido conferido. Es justamente por esto que Reiriz explicaba al respecto que el artículo **1112 CC funcionó como una norma de “reenvío”** hacia las disposiciones de derecho público que eran las que en puridad describían cuáles eran las obligaciones legales que el Estado y sus funcionarios debían cumplir, con lo cual este “pasaje” por el derecho público es el que permitía completar la norma del Código Civil y darle un contenido específico aplicable al Estado (REIRIZ, 1969, 227).

En definitiva, nada impide la aplicación de las normas civiles **por vía de analogía para completar aspectos no previstos por la LRE, norma particular de derecho público.** En efecto, ante la ausencia de disposiciones específicas –ya sea en la LRE o en el resto del ordenamiento administrativo vinculado con la organización y la actuación estatal– es factible recurrir al CCyC, precisamente porque en tal supuesto no opera la prohibición que contemplan los artículos comentados, que únicamente la disponen para los casos que sí cuentan con un tratamiento específico.

Siguiendo esta línea de pensamiento, ¿puede recurrirse a la analogía para completar aspectos que han sido regulados por la LRE, pero en este caso, en forma parcial o deficiente? Por ejemplo, ¿la responsabilidad especial de los establecimientos educativos por daños sufridos por sus alumnos menores prevista en el art. 1767 del CCyC, se aplica al Estado Nacional? Si bien luego de la transferencia de los servicios educativos nacionales a las provincias, el Estado Nacional gestiona actualmente muy pocas instituciones educativas, todavía subsisten varias, como los liceos militares y otras varias instituciones educativas que dependen del Ministerio de Defensa cuyos alumnos son menores. ¿El Estado

está obligado a contratar un seguro de responsabilidad civil de acuerdo con los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora o puede prescindir de él? ¿El afectado tendrá que probar la falta de servicio como la anormalidad frente al servicio regular u operará el criterio objetivo en sentido estricto que contempla el art. 1767 CCyC? ¿Sería constitucional que el Estado se sustraiga a este régimen especial de responsabilidad, que es mucho más tuitivo para las víctimas, que a la sazón como menores cuentan con un tratamiento constitucional y convencional preferentes?

Por otra parte, la LRE ha regulado exclusivamente la falta de servicio como factor de atribución pero ha dejado a un lado otros criterios atributivos como la responsabilidad que deriva del hecho de las cosas y de actividades riesgosas que aunque en forma menos frecuente, también fueron empleados por la Corte Suprema para fundar la responsabilidad estatal (“POSE”, “COHEN”, “LEDESMA”, “BIANCHI”, “FERREYRA c/VICOV”) y que podrían activarse eventualmente en defecto de la falta de servicio.

3. ¿Pueden las provincias regular en materia de responsabilidad estatal?

Del **esquema federal** que diseña para la República Argentina la Constitución Nacional y del juego de las potestades exclusivas, concurrentes, delegadas y no delegadas entre el nivel federal de gobierno y los gobiernos provinciales que aquella contempla (cónf. arts. 1, 5°, 75 inciso 12 *a contrario sensu*, 121, 122, 126 y 129 CN), se sigue que **el derecho administrativo es una materia perteneciente al derecho público, tanto de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, como del Estado Nacional.**

A su vez, lo tocante a **la responsabilidad patrimonial de aquellas jurisdicciones** –al igual que lo relativo a la expropiación, al empleo público, a las contrataciones de los entes estatales, al dominio público, etc.– **constituye un aspecto de ese derecho administrativo**, que como tal, queda igualmente captado por la regulación local que es la que debe definir los alcances de aquella en el marco de las respectivas autonomías.

Aunque es evidente que el reconocimiento de tales potestades no puede llevar a desconocer que **los principios que regulan el derecho de daños son generales del ordenamiento jurídico, no pertenecen con exclusividad a ninguna rama del derecho y, por ende, conforman un tronco común a todo el sistema de responsabilidad por daños**, ya sea del derecho privado o del derecho público, no es menos cierto, en nuestro criterio, que las normas constitucionales nacionales antes recordadas y otras semejantes, que pueden encontrarse en el constituciona-

lismo provincial, avalan la afirmación de que la responsabilidad estatal se ubica en el campo del derecho público administrativo y que, por ende, su régimen resulta resorte del legislador local.

Como adelantamos, **el tratamiento de la responsabilidad estatal como una materia perteneciente al derecho público administrativo ha sido la coronación de un largo recorrido histórico**. Si bien el debate continúa siendo arduo (se expiden en sentido contrario, entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2013; PIZARRO, 2013; CUADROS, 2014) la conceptualización antedicha es la que se desprende de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“BARRETO”, “FIORITO”) y la que recibió consagración legal en el CCyC y la LRE. Ambas normativas constituyen un punto de inflexión en este trayecto puesto que consagran que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios se rige “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (art. 1765 CCyC) por lo que las disposiciones del Código de fondo no resultan aplicables a la materia en forma directa ni subsidiaria (arts. 1764 CCyC y 1° LRE), lo que, según veremos más adelante, no impide que se aplique en forma analógica o inclusive, total, si tal remisión así fuera dispuesta por las propias jurisdicciones locales en ejercicio de sus autonomías.

En esa inteligencia, **la nueva LRE solo rige en el orden nacional**, limitándose su ámbito de aplicación al Gobierno Federal (PE, PL y PJ). Si bien las provincias y la Ciudad de Buenos Aires han sido invitadas a adherirse a sus disposiciones (art. 11), es necesario que tal adhesión se exprese por medio de la sanción de una ley formal y, por ende, mientras que ello no ocurra, la LRE no es aplicable para juzgar los daños provocados por aquellas ni por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este nuevo panorama enfrenta a las provincias y de la CABA a una etapa de toma de decisiones en la cual deberán evaluar qué sistema de responsabilidad estatal regirá en sus respectivos ámbitos y qué modalidades emplearán para implementarlo. ¿Adhieren *in totum* a la LRE?, ¿adhieren con reservas?, ¿dictan un régimen integral?, ¿podrían disponer la aplicación total o parcial del Título V Libro Tercero del CCyC que regula la responsabilidad como fuente de las obligaciones?, ¿qué ocurre si no legislan?

4. Los tres escenarios actuales de la responsabilidad estatal nivel local

Como hemos visto, la LRE es la primera norma jurídica que en la Argentina regula la responsabilidad estatal extracontractual. Hasta la sanción de aquella en

2014 y más allá de que su fuente directa sea la Constitución Nacional, el instituto tuvo un desarrollo puramente jurisprudencial sobre la base de la doctrina pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ninguna jurisdicción, ni la federal ni las locales la abordaron antes legislativamente, aunque sí existen ciertas referencias específicas a la responsabilidad patrimonial estatal en el constitucionalismo provincial. Las normas locales solo se aplicaban para resolver los aspectos procesales (acción resarcitoria, reglas del proceso, régimen de ejecución de sentencias, etc.), pero la atribución de responsabilidad, presupuestos, daños, etc., se determinaban sobre la base de la aplicación, por vía analógica o subsidiaria del Código Civil de Vélez Sarsfield.

La derogación del CC, la consiguiente entrada en vigencia del CCyC y la sanción de la LRE generaron a nivel local un profundo impacto.

Por un lado, la LRE solo rige la responsabilidad extracontractual del Estado Federal. Hasta tanto las provincias y la Ciudad de Buenos Aires no sancionen una ley que expresamente adhiera a sus previsiones, esta es inaplicable en el orden local. Por otra parte, a partir del 1° de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del CCyC, dejó de regir el Código de Vélez Sarsfield sobre la base de cuyas previsiones, aplicadas por vía analógica, reposó gran parte de la jurisprudencia de la CSJN sobre la materia. Adicionalmente y como hemos adelantado, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1764 y 1765 del CCyC, la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios se rige “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”, lo que excluye la aplicación por vía directa y subsidiaria de las normas del derecho común, como se lo venía haciendo hasta la entrada en vigencia de tales leyes.

En virtud de lo expuesto, se abrieron **tres escenarios distintos** en torno a la regulación local de la responsabilidad del Estado en las provincias y la CABA.

4.1. Adhesión

Haciendo honor a la invitación que el artículo 11 de la LRE les cursa a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos, las provincias de **Santiago del Estero, Chubut, Santa Cruz y Catamarca** han sancionado leyes que así lo establecen. Si bien en algún caso han incorporado algunas innovaciones, ellas no alteran el modelo global de la LRE, no subsanan sus inconsistencias ni suplen algunas de sus carencias sobre las que nos hemos detenido en capítulos anteriores.

En el siguiente cuadro se individualizan las leyes provinciales de adhesión y el modo en que esta se ha efectuado.

JURISDICCIÓN	NORMA	ALCANCE DE LA ADHESIÓN
Santiago del Estero	Ley 7179 (B.O. 17/9/2015)	Adhesión integral.
Chubut	Ley 560 (B.O. 23/7/2015)	Adhesión integral. Agrega aspectos vinculados con la acción resarcitoria.
Santa Cruz	Ley 3396 (B.O. 27/11/2014)	Adhesión integral, con excepción del art. 6° LRE –daños ocasionados por los concesionarios – respecto a lo cual dispuso: “El Estado Provincial será responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio”.
Catamarca	Ley 5536 (B.O. 6/7/2018)	Adhesión integral.

4.2. Régimen especial

Aun cuando la adhesión resuelve la situación de falta de normatividad derivada local, en nuestra opinión este no es el camino más recomendable.

Desde una perspectiva constitucional, creemos que la alternativa más acorde a los principios federales que la Carta Magna cobija es que cada jurisdicción demuestre su vocación por ejercer las atribuciones que aquella les reconoce y sancione un régimen especial de responsabilidad estatal. El estado actual de la cuestión –“BARRETO”, con más la LRE y el CCyC– convoca a las jurisdicciones locales a hacer un **ejercicio efectivo y no solo declamado de la autonomía local en este campo**, en sintonía con lo que disponen sus propias cartas constitucionales locales. A mayor abundamiento, y por dar solo un ejemplo concreto, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires las autoridades constituidas tienen el mandato “permanente, expreso e irrenunciable” de preservar la autonomía (cónf. art 6° Constitución CABA) con lo cual la sanción de un régimen legal de responsabilidad estatal sería un ejemplo contundente de ejercicio de estas potestades.

Además desde un plano netamente instrumental, **la adhesión in totum a la LRE también es desaconsejable ya que**, como hemos comentado en otra parte de esta obra, **el régimen de la LRE es ciertamente perfectible** en cuestiones tales como la responsabilidad por omisión, los factores de atribución, los alcances de la indemnización, etc.

Hasta el presente **solo Mendoza, Entre Ríos y Río Negro, a través de sus leyes 8968, 10636 y 5339**, respectivamente, aprobaron regímenes particulares de responsabilidad del estado provincial y de sus municipios.

Los aspectos más destacables de la ley mendocina son los siguientes:

- Delimita con claridad su ámbito de aplicación (cónf. art. 1º). Así, distingue entre los daños causados por el Estado provincial, sus órganos y municipios en ejercicio de sus actividades específicas de Poder Público, de aquellos que deriven del ejercicio de actividades sujetas a un régimen de derecho común, en igualdad de condiciones y circunstancias al que rige la actividad privada, que quedan fuera del marco de la LRE mendocina.
- Regula la cuestión de **las fuentes y las pautas de interpretación de la ley** (cónf. art. 2). Destaca el sustento constitucional y convencional de la responsabilidad del Estado y prevé que a falta de disposiciones específicas es posible recurrir a la analogía, pero con la salvedad de que la solución análoga debe buscarse en primer lugar en el ámbito del derecho público y administrativo.
- Consagra **el principio de la reparación plena** del daño, con las salvedades que ella misma u otras normas disponen o que “(...) resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1742 del CCyC” (cónf. art. 5).
- Destaca **el carácter objetivo y directo** de la responsabilidad extracontractual del Estado y define la **falta de servicio** de conformidad a los estándares fijados por la CSJN en la familia de precedentes integrada por los fallos “VADELL”, “HOTELERA RIO DE LA PLATA”, “BRUMECO”, “ROMAN”, “ZACARÍAS”, “MOSCA”, entre otros (cónf. art. 7, inc. d).
- Contempla **la falta de servicio por omisión**, tanto respecto de la falta de cumplimiento de mandatos específicos como de deberes indeterminados, en este último caso, en la medida en que se verifiquen los parámetros definidos en el precedente “TORRES” de la Suprema Corte mendocina (cónf. art. 8).
- Ciñe **la reparación en caso de responsabilidad lícita** al daño emergente, pero agrega que en caso de que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Agrega que aunque no se resarce el lucro cesante ni circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, cuando “...se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños” (cónf. art. 10).

- Incluye un capítulo referido a **supuestos especiales de responsabilidad**. Así, prevé la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas, por daños ocasionados por concesionarios o contratistas y por la prestación directa de los servicios públicos, por daños causados en establecimientos educativos de gestión pública y por la responsabilidad personal de los funcionarios y agentes públicos.
- Vincula la responsabilidad por riesgo a aquellos daños derivados del **vicio o el riesgo de las cosas** de las cuales el Estado es dueño, guardián o se sirve de ellas, y también a los que se originan en **la realización de actividades peligrosas o riesgosas**. Se establece que esta responsabilidad es objetiva y solo se exime ante el caso fortuito o fuerza mayor si se prueba que la cosa fue usada en contra de la voluntad expresa o presunta del órgano que fue dueño o guardián de aquella.
- **Incluye previsiones relativas al modo de cumplimiento de las sentencias condenatorias**, modificándose para ello el art. 54 de la ley de administración financiera provincial. El art. 18 prevé un sistema de imputación, previsión presupuestaria y estricto orden de pago conforme a la antigüedad de la acreencia, que solo puede ser alterado en caso de reclamos que involucren a personas mayores de 70 años, jubilados o pensionados o razones excepcionales que dispongan los jueces.

El caso de la **provincia de Entre Ríos** es particular pues si bien en sentido estricto **no adhirió a la ley nacional**, la ley provincial 10636 **regula** la responsabilidad del Estado entrerriano **tomando como base la sistematización y el articulado de la LRE** pero se aparta de ellos en los aspectos que fueron más cuestionados doctrinariamente, con lo cual logra superar, a nuestro criterio, el modelo legislativo en el que evidentemente se inspiró.

Veamos algunas de las diferencias que esta ley local presenta respecto de la nacional:

- No incluye lo referido a que las disposiciones del CCyC no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (cónf. art. 1°).
- Establece que la omisión genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber de actuación** (cónf. art. 3°), a diferencia de la LRE que consagra que la omisión resarcible solo se configura cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación **expreso y determinado** (cónf. art. 3 LRE).
- Dispone que la responsabilidad por actividad legítima solo comprende el resarcimiento del daño emergente **pero agrega que si es afectada la continuación de una actividad, la indemnización incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro** (cónf. art. 6°).

- No impide la configuración de responsabilidad judicial legítima, como sí lo veda la LRE.

Otro tanto ocurre con la ley 5339 de responsabilidad del Estado de **Río Negro**, ya que aun cuando **no adhirió a la ley nacional**, su estructura normativa se asemeja a la de esta última, si bien innova en temas específicos. Así, la ley rionegrina:

- Establece que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación **se aplicarán en forma supletoria** en lo atinente **al daño resarcible** en los supuestos de **responsabilidad ilegítima** del Estado (cónf. art. 6°).
- Fija **como comienzo del cómputo de la prescripción de la acción de repetición** contra los funcionarios o agentes públicos (cónf. art. 15) la fecha de la sentencia firme que estableció la indemnización.
- Expresa que el interesado puede **deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad** de actos administrativos que lo perjudiquen, **o después de finalizado tal proceso**, y aclara que, en este último caso, el plazo de prescripción será de un año desde que la sentencia se encuentre firme, no resultando necesario instar ni agotar la vía administrativa. (cónf. art. 16).
- Prevé que la prescripción por responsabilidad extracontractual del Estado **solo se interrumpe por medio de la interposición de la demanda judicial**, pero deja a salvo los **supuestos de dispensa de la prescripción** previstos en el art. 2550 del CCyC, a cuya aplicación remite (cónf. art. 17).
- Contempla que cuando se haya intentado una reclamación administrativa previa, en los casos en que ella corresponda, o cuando se haya impugnado un acto administrativo, el curso de la prescripción se suspenderá por única vez por el plazo de un año (cónf. 18).

4.3. Ausencia de regulación local

La Ciudad de Buenos Aires y dieciséis provincias argentinas se encuentran comprendidas en el **tercer escenario de no adhesión –total o parcial– a la LRE y de falta de legislación específica y completa en la materia**.

Si bien esta falta de regulación local no es una novedad sino que más bien es connatural al desarrollo de la materia, actualmente se plantea un panorama incierto en lo que concierne al juzgamiento de los hechos dañosos ocurridos a partir del 1° de agosto de 2015. En la medida que las respectivas legislaturas locales continúen sin pronunciarse sobre la cuestión, podría generarse cierto desconcierto puesto que ni en el derecho público local –por no existir disposiciones locales específicas ni adhesión a la LRE– ni en el derecho privado –al menos frente a una

interpretación estrictamente literal del art. 1764 CCyC– podrían encontrarse disposiciones reguladoras del deber estatal de responder.

Ante este panorama, **¿en qué se fundarán los operadores jurídicos que pretendan articular reclamos de daños y perjuicios por hechos ocurridos con posterioridad al 01/08/2015? ¿Sobre la base de qué disposiciones resolverán los jueces?**

5. La responsabilidad estatal en el ámbito local no legislado

De entrada, es necesario subrayar que la falta de una norma específica en materia local **en ningún caso puede traducirse en un escenario general de irresponsabilidad estatal.**

Si la responsabilidad del Estado y sus funcionarios nació jurisprudencialmente hace más de ochenta años a pesar de la falta de una normativa específica que así lo dispusiera (“DEVOTO”, “FERROCARRIL OESTE”), mucho menos podrá desaparecer hoy día existiendo un riquísimo cuerpo jurisprudencial y doctrinario que afirma la vigencia de este deber de resarcir los daños causados por el Estado.

Ello implicaría desconocer que el sustento del deber de los estados de resarcir los daños que causan se halla en los principios generales del derecho y en los valores jurídicos que, receptados a nivel constitucional y convencional, impiden que el daño injustamente sufrido causado por la acción u omisión estatal quede sin resarcimiento.

Como ya hemos señalado en capítulos anteriores, **la responsabilidad del Estado nacional y de los provinciales encuentra su fuente directa en la Constitución Nacional**, sus principios *alterum non laedere* e igualdad ante las cargas públicas resultan vigentes y operativos aun en ausencia de normas específicas en el orden local.

Las leyes provinciales no tienen la función de decidir si existe o no en su ámbito responsabilidad estadual, puesto que ello se deriva del plexo constitucional federal y local y constituye un principio básico del Estado de Derecho, que en ningún caso puede ser desconocido por los localismos. Lo que las leyes provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires pueden hacer es regular y delimitar razonablemente la responsabilidad estatal en sus respectivos ámbitos pero siempre de conformidad con el art. 28 CN, que impide alterar la sustancia de los derechos, que en este caso son los de las víctimas que sufren injustamente un daño provocado por un órgano estatal.

Así como antes de la sanción de la LRE y del CCyC se reconoció la existencia de responsabilidad extracontractual de los estados locales sin ley específica, ello

no cambiará por el hecho de que las categorías del CCyC ya no puedan aplicarse en forma directa ni subsidiaria a la materia. Y eso es así porque los principios que regulan el deber de no dañar no son exclusivos de ninguna rama del derecho, sino que surgen directamente de la Constitución Nacional e impregnan todo el sistema jurídico.

Por otra parte, **en los ordenamientos locales también pueden hallarse pautas específicas referidas a la responsabilidad del Estado.**

En efecto, las provincias y la CABA no están desprovistas de normas o disposiciones específicas que contemplan el deber de responder (en sus constituciones, leyes, ordenanzas municipales, etc.). Estas normas, por otra parte, deberán ser tenidas en cuenta a la hora de delinear un régimen de responsabilidad estatal propio.

6. Los límites de la potestad local de regular la responsabilidad del Estado

Todas las normas jurídicas operan dentro de un sistema y deben dialogar con aquellas que integran el contexto más amplio del ordenamiento en el que se insertan. El destino de cualquier nueva regla es incorporarse a un sistema normativo y no operar en el vacío, sin interrelación alguna.

De modo que cuando se afirma que las provincias cuentan con facultades para regular regímenes de responsabilidad del Estado debe partirse del presupuesto de que **los principios, valores y normas constitucionales, supranacionales y legales que se aplican a la responsabilidad por daños circunscriben y limitan la libertad de elección del legislador local.**

El *alterum non laedere*, la igualdad ante las cargas públicas, la razonabilidad, la equidad, la indemnización integral y el debido proceso son principios del ordenamiento. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho inveteradamente:

todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por los daños ocasionados– aunque contenidos en aquel cuerpo legal [Código Civil] no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y la naturaleza de la relación que se trate (“BARRETO”).

En otras palabras, todas las regulaciones locales en materia de resarcimiento de daños se insertan en **un marco normativo general** y en uno **especial que, aunque sean distintos según cada jurisdicción, siempre actuarán como límites y marcos referenciales** de la tarea legislativa.

El micro sistema de la responsabilidad estatal deberá compatibilizarse y dialogar con el sistema más amplio del derecho público local y este último a su vez, con el del derecho federal al que se subordina. Las normas nunca operan aisladamente sino como un conjunto.

6.1. Límites de orden constitucional nacional y convencional

El primer aspecto a considerar es el **bloque general de constitucionalidad y de convencionalidad**. Este marco está dado por las previsiones pertinentes a la responsabilidad del Estado que se desprenden directamente de la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales en los que encuentran consagración normativa aquellos principios generales que prohíben que el daño causado quede sin resarcimiento.

Tomemos por ejemplo el *alterum non laedere*, que ha sido invariablemente reconocido como el principio fundante del sistema de daños. Tanto en doctrina como en jurisprudencia hay consenso en cuanto a que *el deber de no dañar a otro se deriva del art. 19 de la CN* que, por lo tanto, no es un instituto exclusivo del Derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (“GUNTHER”, “SANTA COLOMA”). Luego, **el principio de reparación integral es una derivación lógica de lo postulado en el art. 19**, en tanto que, si nadie tiene derecho a perjudicar injustificadamente a otro, aquel que lo hace debe reparar todas las lesiones debidamente acreditadas.

Desde esta perspectiva, si bien es posible instaurar regímenes específicos que prevean **indemnizaciones tarifadas** (v.gr. ley 26773 de Riesgos del Trabajo) que en sí mismos no son inconstitucionales –salvo en el caso concreto en el que se demuestre una arbitraria falta de indemnidad (“AQUINO”)–, lo cierto es que la reparación integral es el principio general rector en la materia. Por eso, solo podría establecerse un apartamiento a este a través de una ley que disponga un régimen específico fundado en motivos razonables y/o incentivos propios que hacen a la actividad que se regula (así, por ejemplo, el referido régimen de Riesgos del Trabajo sustenta su sistema en criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad, cónf. art. 1° de la Ley de Riesgos de Trabajo).

Como corolario de lo expuesto, ningún régimen especial que regule la responsabilidad del Estado podría fijar topes indemnizatorios caprichosamente o sin que tal limitación resarcitoria se justifique en un razonable sistema de compensaciones en los cuales se intente hacer primar, por ejemplo, un rápido y efectivo acceso a una reparación menguada, o bien reducciones en la reparación por motivos de equidad o falta de ilicitud de la conducta dañosa.

En esta misma línea de ideas, las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros tratados que tienen rango constitucional –y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos

por la CN (cónf. art. 75 inciso 22 CN)– también operan como limitantes de **orden convencional** a la normatividad legislativa local.

Así por ejemplo en el art. 10 de la CADH se establece: “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. A partir de la operatividad directa que se deriva de la cláusula anterior queda comprometida la responsabilidad del Estado Nacional, de las provincias y de la CABA cuando en sus respectivos ámbitos un justiciable resulte lesionado a raíz de una sentencia firme dictada por el órgano judicial pertinente, mediando error judicial y sin que obste a ello la estructura organizativa judicial adoptada en cada jurisdicción.

6.2. Límites de orden constitucional local y legal

Paralelamente, no puede perderse de vista que la actividad legislativa local tiene como marco de referencia más cercano y específico **su propio sistema constitucional y legal**.

6.2.1. Constituciones locales

Como adelantamos, la mayoría de las Constituciones provinciales y la de la CABA han incluido en su articulado provisiones generales relativas a la responsabilidad de Estado, aunque es muy disperso y diverso el modo de recepción y el régimen consecuente.

Así, por ejemplo, en el constitucionalismo local se encuentran cláusulas en las que se reconoce **el derecho a una indemnización por los daños derivados de una sentencia dictada por error judicial** (art. 13 inc. 10 Const. CABA, art. 9 Const. Santa Fe, art. 43 Const. San Juan, entre otras); **la responsabilidad de las provincia y de los municipios por los daños que del ejercicio de sus funciones se deriven** (art. 55 Const. Río Negro, art. 49 Const. La Rioja, entre otras); **la obligación de reembolso de los agentes públicos** en virtud de cuyos actos u omisiones se vio comprometida la responsabilidad estatal (art. 18 Const. Santa Fe); **el deber estatal de resarcir cuando una autoridad pública somete a tortura, tratos crueles, degradantes o inhumanos a alguien** (art. 14 Const. San Luis, 16 Const. San Juan, entre otras); **el plazo a partir del cual es posible ejecutar una sentencia de daños y perjuicios contra el Estado local** (art. 81 Const. Misiones); **la responsabilidad por los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad con notoria violación de las disposiciones constitucionales** (art. 70 Const. Neuquén), **la responsabilidad estatal derivada de mantener a una persona en prisión preventiva**, en caso de que el imputado luego resulte sobreseído definitivamente o absuelto por sentencia firme (arts. 21

y 76 Const. Chaco, art. 28 Const. Chubut, art. 23 Const. Entre Ríos, art. 19 Const. Formosa, etc.).

Un comentario especial amerita la Constitución de la provincia de Santa Fe, ya que su art. 18 dispone:

En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de estos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.

Esta disposición constitucional prevalece y obviamente obtura para la provincia de Santa Fe, la inaplicabilidad que contempla el art. 1764 del CCyC.

Existiendo esta normatividad constitucional, el órgano legislativo local deberá **estructurar las normas de la responsabilidad estadual a la luz de los lineamientos que su propia ley fundamental** postula, logrando una armonía no solo con estas pautas sino también, como ya se vio, **con las dadas por el bloque constitucional y convencional que rige para toda la Nación Argentina.**

6.2.2. Normatividad legal local

En este orden mismo de ideas, **y en pos de lograr calidad en la tarea regulatoria, es recomendable armonizar cualquier proyecto de responsabilidad estatal con las restantes normas del ordenamiento local ya existentes que regulen aspectos específicos de esta última.**

A modo de ejemplo, en varias provincias la responsabilidad por prisión preventiva indebida está prevista en sus Códigos procesales penales (Córdoba –art. 538–, Corrientes –art. 523–, Entre Ríos –art. 506–, Jujuy –art. 476–, La Pampa –art. 549–, Tucumán –art. 522–, entre otras). En la Ciudad de Buenos Aires existen normas específicas que regulan las obligaciones de los propietarios frentistas y del gobierno local respecto a la conservación y el mantenimiento de las veredas y aceras del dominio público de la Ciudad, cuyo incumplimiento es fuente extremadamente frecuente de responsabilidad estatal. Todas las jurisdicciones cuentan con normas referidas a la responsabilidad contractual del Estado y disposiciones específicas en cuanto a las obligaciones del sistema de salud pública, del sistema educativo o del de seguridad, por dar solo algunos ejemplos. Tan variada es esta normatividad de carácter legal, que hasta está regulada la responsabilidad de la Administración en caso de que, en el marco de un proceso judicial, solicite el levantamiento de una medida cautelar que le impida ejecutar un acto administrativo (art. 189 Código Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires), obligándose, en tales casos, a resarcir los perjuicios que irroque la ejecución del acto si finalmente se hiciera lugar a la demanda.

A fin de lograr un sistema más confiable para todos los operadores jurídicos (las partes, sus abogados y los jueces) toda esta normatividad existente debe ser ponderada en aras de integrarla al nuevo régimen o bien para derogarla expresamente, evitando contradicciones o derogaciones implícitas.

7. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aun cuando **el corpus de precedentes de la Corte Suprema** que construyó el sistema resarcitorio estatal se basó parcialmente en el Código Civil que ya no rige, estos pronunciamientos de la Corte Federal **resultan de consulta imprescindible**, tanto de cara a una futura tarea regulatoria como para resolver judicialmente los dilemas que puedan presentarse en un caso concreto que involucre la responsabilidad estatal local.

El valor jurídico y moral de la doctrina de la Corte Suprema en materia de responsabilidad estatal no está atado a un cuerpo normativo sino a principios generales vinculados con el Estado de Derecho. Esta jurisprudencia ilumina el razonamiento de todos los tribunales, que forjaron su conocimiento del tema a partir de la aplicación de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los que permanentemente se vuelve, más aún en etapas de confusión o indefinición como es la contemporánea.

Desde este lugar, no debe subestimarse el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho ya que más allá de no ser obligatoria, “el juez o el intérprete acuden a los fallos anteriores, buscando en ellos objetivar el sentido jurídico de su caso” (AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, 1984, 329). Este sentido la hace trascendente y la transforma en un nutriente indispensable de cualquier proyecto de regulación de la responsabilidad estatal local.

En este orden de ideas, debemos **distinguir del corpus de jurisprudencia de la CSJN aquellos fallos que interpretan directamente cláusulas constitucionales** (v.gr. “GUNTHER”), pues la doctrina que surge de ellos en nada se ve modificada por el nuevo escenario normativo que introdujo el CCyC. Es que, como ya se dijo, **el reconocimiento de la responsabilidad del Estado es una derivación natural del Estado de Derecho con expresa fuente constitucional y convencional.**

Es cierto, no obstante, que algunos pronunciamientos nodales de la CSJN encontraron respuesta en previsiones concretas del derogado CC. Pensemos por ejemplo en aquellos casos en los que la CSJN, acudiendo al artículo 4037 del Código de Vélez Sarsfield, fijaba jurisprudencialmente el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios contra el Estado en dos años, o en los que condenó al Estado en calidad de dueño o guardián de la cosa riesgosa (art. 1113),

o mismo en aquellos en los que lo responsabilizó por falta de servicio invocando al art. 1112 como una norma de reenvío.

Indudablemente, para dar respuesta a los hechos dañosos ocurridos a partir del 01/08/2015 en aquellas provincias que no han dictado una ley especial sobre la materia, los jueces deberán efectuar interpretaciones específicas a fin de integrar el régimen especial de responsabilidad estatal en los puntos no regulados, mediante el empleo de distintas herramientas jurídicas como, por ejemplo, la analogía. Pero ello no importa desconocer el valor del cuerpo de jurisprudencia de la Corte Suprema, que seguirá siendo una referencia ineludible para todos los tribunales, federales y locales, más allá de las necesarias matizaciones que deberán hacerse frente al nuevo escenario normativo.

8. *¿Pueden las provincias y la Ciudad de Buenos Aires disponer que el CCyC rija su responsabilidad estatal?*

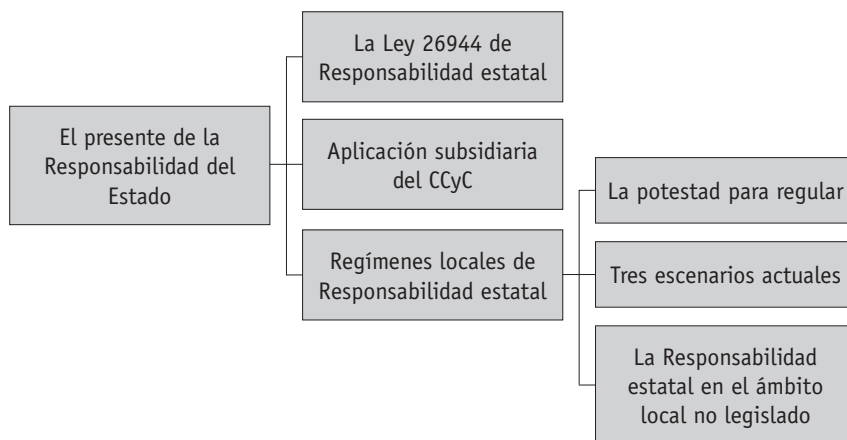
Uno de los fenómenos jurídicos de esta época es que ya **no existe una división clara entre el derecho público y el privado**, menos aún en materia de responsabilidad. Ambos sistemas presentan una relación de marcada complementariedad y **ambos ordenamientos convergen en la protección del ser humano, razón y fundamento último de todo el ordenamiento jurídico** (“AQUINO”, “RODRÍGUEZ PEREYRA”).

Por ello, la circunstancia de que el legislador nacional haya decidido proscribir **la aplicación directa y subsidiaria del CCyC** (arts. 1764, 1765 y 1766) no implica que el legislador local, en ejercicio de sus potestades de regulación, no pueda decidir recurrir a su articulado para regir en todo o en parte su responsabilidad estatal.

Pensemos, por ejemplo, en **la función preventiva del derecho de daños** que incorpora el CCyC (art. 1710). Más allá de que este deber de prevención bien puede sustentarse directamente en el *alterum non laedere*, en aras de la seguridad jurídica y en ejercicio de atribuciones propias, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires podrían decidir extender expresamente esta función preventiva a su actuación estatal, disponiendo para ello la aplicación directa y en su totalidad del Título I del Capítulo V del CCyC. Como veremos en el capítulo 16 del bloque 3, la responsabilidad por daño ambiental tiene una faceta netamente preventiva de la que el Estado nacional y los locales no están sustraídos.

Pero incluso sin llegar al mencionado hipotético supuesto de aplicación directa del CCyC, es elemental que el moderno régimen que este contiene en materia de responsabilidad es un elemento iluminador de cualquier futura labor legislativa local. Esto se debe a que no puede desconocerse su valor como norma de derecho común aplicable en todo el país y como tal, fuente de la interpretación judicial de estos temas.

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.
- AFTALION, ENRIQUE; GARCÍA OLANO, FERNANDO Y VILANOVA, JOSÉ, *Introducción al Derecho*, 12ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BALBÍN, CARLOS F., “La responsabilidad del Estado. Los déficits de la ley 26944”, *Temas de derecho Administrativo*, Erreius, 2016, p. 59-76.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CICERO, NIDIA K., “Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado ¿florece el federalismo?”, La Ley 2017-D, p. 778-782.
- CUADROS, OSCAR Á., *Administración y Constitución. Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, 1ª ed., Astrea, 2014.

- GAMBIER, BELTRÁN Y PERRINO, PABLO E., “¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?”, *Jurisprudencia Argentina* 1996-IV, p. 793-800.
- GAUNA, JUAN O., “La responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil” en CASSAGNE, JUAN C. (*et al.*), *Responsabilidad del Estado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 323-334.
- GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo Perrot, 2017.
- GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *La Ley* 2014-E, p. 659-668.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 2, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LAGARDE, FERNANDO M., “La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales” en ÁVILA, SANTIAGO M. (COORD.), *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 11-42.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad Pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 1ª ed., El Autor, 2006.
- PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., “El Código Civil y Comercial y el federalismo”, *La Ley* 2015-C, p. 662-676.
- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales”, *La Ley*, AR/DOC/3114/2015, p. 1-16. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)*, 97-2015, p. 101-119.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 Comentada*, 1ª ed., La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado” en *El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 220-229.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RETORTILLO BAQUER, MARTÍN S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.
- ZINGARETTI, GISELA, “Algunas instituciones públicas desde la visión del nuevo Código Civil y Comercial. Visión analítica y crítica desde la perspectiva del derecho público”, *El Derecho* 266, 2016, p. 977-995.

- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753).
- CSJN, “Balda, Miguel Angel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:1990).
- CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:759).
- CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4944).
- CSJN, “Brumeco S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes” (Fallos: 313:907).
- CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Nación s/Ordinario” (Fallos: 301:403).
- CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088).
- CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).
- CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 328:2654).
- CSJN, “Ferreira, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).
- CSJN, “E. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).
- CSJN, “Fiorito, Omar Horacio y otro c/ Buchbinder, Marcos y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/03/2008.
- CSJN, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina” (Fallos: 308:1118).
- CSJN, “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 307:821).
- CSJN, “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).

- CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 195:66).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN, “Motor Once, SAC e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 312:649).
- CSJN, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2834).
- CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333).
- CSJN, “Román, Hugo Jorge c/ Prefectura Naval Argentina” (Fallos: 312:989).
- CSJN, “Rosa Carlos Alberto c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 322:2683).
- CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A.” (Fallos: 308:1160).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización” (Fallos: 306:2030).
- CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, “Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza”, sentencia del 04/04/1989.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:759).
- CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).
- CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4944).



CAPÍTULO 4

El futuro de la responsabilidad del Estado

Leer este capítulo te llevará:
14 minutos aproximadamente

1. Fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas de la responsabilidad estatal

La actual etapa evolutiva que transita la responsabilidad estatal en nuestro país invita a realizar un balance acerca de cuál es la situación en la que nos hallamos en aras de encontrar las debilidades que presenta el sistema y sus espacios de mejora.

¿Qué aportes hizo la reciente legalización de la responsabilidad estatal? ¿Qué debates se saldaron y cuántos nuevos se abrieron? ¿Cuál es la visión de los distintos actores sociales involucrados? ¿Qué incidencias poseen estas miradas en la construcción de un escenario superador? ¿El régimen evolucionó de un modo armónico en todo el país? ¿Qué cuestiones quedan por resolver?

Para reflexionar sobre estos interrogantes se debe distinguir el escenario nacional, signado por la entrada en vigencia de la LRE, de la situación provincial, porque en este tema, como en tantos otros, las provincias argentinas y la Ciudad de Buenos Aires presentan un panorama diverso y distintos grados de evolución y desarrollo, marcados a su vez, al menos en una parte, por la adopción o no de un patrón legislativo más o menos sofisticado y completo.

2. En el orden nacional

Para imaginar los años por venir, se nos ocurre recurrir al auxilio del instrumental que proporcionan las **disciplinas no jurídicas** con las que el Derecho interactúa y se complementa permanentemente. Así como la Economía, las Ciencias de la Administración, la Ingeniería, la Sociología o la Medicina necesitan del Derecho para concretarse en normas jurídicas, acciones y políticas públicas específicas, el Derecho también se enriquece cuando se nutre de las visiones provenientes de otras áreas del conocimiento ya que ellas expanden y complejizan los fenómenos jurídicos.

109

En esa dirección, **la matriz FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas)** es una herramienta de análisis que se emplea habitualmente en el entorno de las Ciencias de la Administración y la Economía y que a partir de cuatro variables permite conformar un cuadro de la situación actual de su objeto de estudio –una institución, un plan, una empresa, etc.– a fin de obtener un diagnóstico que facilite tomar decisiones. Mientras que **las fortalezas y las debilidades son internas al objeto de estudio**, por lo que es posible actuar directamente sobre ellas, **las oportunidades y las amenazas son externas.**



Si aplicamos estas cuatro categorías al actual estadio evolutivo de la responsabilidad estatal en el orden nacional, no solo obtendremos una fotografía de la situación actual sino que también detectaremos las flaquezas y espacios de mejoras de nuestro objeto de análisis. Veamos:

RESPONSABILIDAD ESTATAL NACIONAL				
	Fortalezas	Debilidades	Oportunidades	Amenazas
Régimen específico / aplicación del CCyC	Se ha sancionado un ordenamiento legal específico.	Indefinición acerca de la eventual aplicación del CCyC.	Articular la responsabilidad estatal y la civil en lugar de oponerlas.	La opacidad e incompletitud del régimen da lugar a inseguridad jurídica.
Recepción de la jurisprudencia de la CSJN	La LRE recepta la jurisprudencia de la CSJN en gran medida.	Se siguió la jurisprudencia más conservadora en desmedro de otra más protectora para las víctimas.	Poner a la víctima en el centro del sistema.	Incurrir en responsabilidad internacional por violar el acceso a una indemnización justa y en plazos razonables.
Carácter local de la responsabilidad estatal	Fortalece el federalismo.	Solo cuatro jurisdicciones sancionaron regímenes de responsabilidad local.	Fomentar la adopción de soluciones comunes a través de consensos entre diversas jurisdicciones.	Regulaciones locales irrazonables.

Ámbito de aplicación	Abarca al Estado Nacional y sus funcionarios.	No hay identificación clara de los órganos y entes concernidos.	Delimitar el ámbito de aplicación de la responsabilidad estatal de forma amplia, abarcando a los tres poderes del Estado en ejercicio de sus funciones específicas y de la función administrativa.	Inseguridad jurídica debida a la dispersión en el tratamiento de la responsabilidad de órganos y entes nacionales.
Tipos de responsabilidad	Se recepta la responsabilidad derivada del ejercicio regular e irregular de la función administrativa.	No se regula la responsabilidad judicial.	Considerar las obligaciones <i>erga omnes</i> que impone la Convención Americana de Derechos Humanos a la hora de regular los supuestos de responsabilidad estatal, principalmente en casos de omisiones estatales.	Excluir totalmente la procedencia de la responsabilidad estatal frente a la omisión de cumplimiento de mandatos genéricos puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.
Carácter de la responsabilidad y factores de atribución	La responsabilidad estatal es objetiva y directa. La falta de servicio y la igualdad ante las cargas públicas son los factores de atribución típicos de la responsabilidad estatal.	Los únicos factores de atribución son la falta de servicio y la igualdad ante las cargas públicas.	Admitir la responsabilidad por omisiones frente a mandatos genéricos, los vicios o riesgos de las cosas, las actividades peligrosas, la responsabilidad de los establecimientos educativos y la responsabilidad judicial por errores y detenciones no seguidas de condenas.	Regresividad por eliminar supuestos especiales de responsabilidad objetiva (riesgo, establecimientos educativos, etc.).

Responsabilidad lícita	La responsabilidad estatal lícita tiene un anclaje normativo preciso.	La responsabilidad del Estado por actividad legítima es restrictiva y excepcional. Las pautas indemnizatorias son incompletas y no garantizan la integralidad resarcitoria. Contiene requisitos más exigentes para configurar la relación causal.	Establecer como principio general el de la integridad resarcitoria con excepciones específicas.	Discrecionalidad judicial creciente. Incurrir en responsabilidad internacional por violar el acceso a una reparación integral, sobre todo en casos en los que el único daño producido sea el lucro cesante. Exigir un nexo causal directo y exclusivo excluye la responsabilidad estatal en supuestos de concausas.
Acción de responsabilidad	Los requisitos de acceso a la demanda de daños son mínimos. Hay pautas que articulan el ejercicio de la acción indemnizatoria con la impugnatoria.	No hay mecanismos que aceleren y simplifiquen los procesos. Se exige el agotamiento de la instancia mediante el reclamo administrativo previo en materia contractual.	Contemplar instancias de conciliación previas a la demanda judicial. Reconocer la responsabilidad en sede administrativa a través de un procedimiento ágil y abreviado. Agilizar los procesos judiciales resarcitorios.	Incurrir en responsabilidad internacional por violar el acceso a una indemnización justa en plazos razonables.
Función preventiva del daño	La Constitución y leyes especiales contemplan la función preventiva del daño.	La ley específica no la recepta.	Contribuir a un sistema más eficiente de asignación de los recursos del Estado.	Recurrir por analogía a la regulación del CCyC puede dar lugar a soluciones encontradas, generando inseguridad jurídica.
Ejecución de las sentencias		No hay pautas referidas a la ejecución y cumplimiento efectivo de las sentencias condenatorias.	Contemplar un sistema de seguro para ciertos riesgos (mala praxis, lesiones a menores en establecimientos educativos, caídas de peatones en aceras y avenidas, inundaciones, etc.).	El sistema ordinario de ejecución de sentencias puede afectar derechos constitucionales en caso de cuadros de alta vulnerabilidad (niños, ancianos, discapacitados).

Responsabilidad de los funcionarios	La LRE regula la responsabilidad de los funcionarios.	No hay mecanismos ágiles para hacer efectiva la acción de regreso contra los funcionarios dañadores.	Efectivizar la responsabilidad de los funcionarios. Contratar seguros individuales frente a posibles demandas.	Solapar la corrupción e ineficiencia de los funcionarios y órganos estatales.
-------------------------------------	---	--	--	---

3. En el orden local

Como hemos visto, ni la falta de regulación local específica, ni la eventual superposición de diversos órdenes regulatorios pueden llevar a la irresponsabilidad estatal en el ámbito local. El apocalipsis *is not now*.

Sin embargo, reiteramos una vez más que es **conveniente que los sistemas locales también cuenten con leyes específicas que les proporcionen la seguridad jurídica y la certidumbre que merecen**. La responsabilidad estatal local puede y debe operar en el actual estado de cosas pero la falta de un régimen claro llevará a emplear recursos jurídicos como la subsidiariedad, la analogía, la invocación de los principios generales del derecho, etc., con las problemáticas que cada una de estas técnicas trae aparejadas. Muchos casos, muchos jueces, muchos criterios distintos.

Es por ello que **auspiciamos la sanción de un régimen especial** que rija tanto los aspectos de fondo del instituto –vinculados con los recaudos, presupuestos y modalidades de la responsabilidad estatal– como sus aristas procesales (prescripción, agotamiento de la vía administrativa si cupiera, modalidades de cumplimiento y ejecución de la sentencia condenatoria, astreintes, etc.).

Para evitar nuevas frustraciones, las normas regulatorias, más que limitarse a receptar la jurisprudencia de nuestros tribunales, deben nutrirse de ella como un insumo que permita proyectar las problemáticas que se pueden avizorar en los años por venir. Los precedentes clásicos deben ser de referencia obligada, pero los nuevos reclamos sociales y las nuevas áreas en las que el Estado moderno se desenvuelve también deben ser consideradas. La cuestión ambiental, la problemática del acceso a los servicios sociales, el goce de los derechos económicos y culturales y las cuestiones derivadas de la planificación urbanística son aspectos que no debieran soslayarse en una futura legislación puesto que ellos rodean a la sociedad del siglo XXI en la que una futura ley de responsabilidad estatal deberá operar.

3.1. ¿Qué aspectos deberían abordarse en una ley local de responsabilidad del Estado?

Sin intenciones de agotar el universo de cuestiones a considerar, algunos de los puntos que *lege ferenda* deberían ser abordados por la normativa local serían los siguientes:

- **El ámbito de aplicación** el cual debería alcanzar tanto al Estado como a sus funcionarios. La situación de los entes descentralizados, fondos fiduciarios, sociedades anónimas de titularidad estatal y algunas otras figuras jurídicas opacas son las que más conviene contemplar, ya sea para incluirlas en el régimen o para eliminarlas de él.
- **El carácter de la responsabilidad** que, a la luz de la evolución que ha tenido el tratamiento de este tema, no podría ser otro que objetivo y directo.
- **El daño, relación de causalidad y causales de interrupción del nexo causal.** El concepto de daño resarcible, de relación de causalidad y el planteo de las situaciones que interrumpen este nexo son propios de la legislación común (cónf. art. 75 inc. 12 CN). Sin embargo, ello no impide que en torno a los alcances del daño, sus consecuencias y los diversos rubros indemnizatorios, sean las provincias las que regulen ciertos aspectos (v.gr. daños no compensables, tal como acontece en materia de expropiación en relación con los valores “emotivos”).
- **El alcance de la reparación.** Si bien el principio rector, de origen constitucional, es la reparación integral (cónf. art. 19 CN), este ha sido menguado, v.gr., frente a los supuestos de responsabilidad estatal por actividad legítima. Este es un aspecto central que puede ser materia de definición local.
- **Pautas objetivas de cuantificación de los rubros indemnizables.** ¿Cuánto vale la vida humana? ¿Puede valer algo distinto en cada jurisdicción? ¿Qué útil sería contar con una tabulación de los daños que limite la discrecionalidad judicial al acordarlos!
- **Los factores de atribución** son los elementos que identifican las razones por las cuales el Estado deberá afrontar el deber de resarcir (falta de servicio, riesgo, equidad, error judicial, etc.), por lo cual su definición implicará asignarle a la responsabilidad estatal local sus notas peculiares.
- **Prescripción de la acción resarcitoria:** por razones de seguridad jurídica y de respeto al modo unificado en que ha funcionado tradicionalmente este instituto creemos recomendable unificar los plazos de prescripción en tres años, tal como lo que contemplan el art. 2561 del CCyC y los arts. 7° y 9° de la LRE.

- **Ejercicio conjunto y/o separado de la acción resarcitoria y de la de impugnación de actos administrativos** de cuyo contenido se derivan los daños reclamados.
- **Posibilidad de aplicar subsidiariamente el régimen de responsabilidad extracontractual a la responsabilidad contractual del Estado.**
- **Responsabilidad de los funcionarios públicos.**
- **Acción de regreso** del Estado.
- **Aplicabilidad por vía analógica de las normas del CCyC.**

3.2. Hacia una regulación local consensuada

El reconocimiento de que la responsabilidad estatal constituye una porción propia de la regulación local no significa ignorar que:

1. **El derecho de daños está regido por principios de base constitucional y convencional que son comunes al derecho público y al privado y que este tronco común recomienda otorgar un tratamiento semejante a situaciones que son análogas.**
2. **El federalismo es un régimen político en el que subyace un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en pos de una finalidad que explica su existencia y funcionamiento (“LA PAMPA”).** El ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas a la Nación, a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires debe ser ponderado como una interacción articulada entre todos los miembros de la relación federal.

Aunque la responsabilidad patrimonial estatal no cuenta con presupuestos mínimos a respetar por todas las jurisdicciones, sí existen a esta altura del desarrollo dogmático y jurisprudencial de la materia ciertas premisas de procedencia y configuración de la responsabilidad estatal que operan como **un piso que ninguna jurisdicción podría desconocer.**

Ello abre un interesante camino de diálogo interjurisdiccional, que enmarcado en el **federalismo de concertación** y mediado por los entornos universitarios, profesionales y académicos, ayude a identificar núcleos temáticos y principios comunes para la responsabilidad estatal en todo el país para ir acercando las legislaciones locales en aras de lograr un mínimo legal de tratamiento uniforme.

4. Punto de partida y punto de llegada

Resulta claro a partir de todo lo que analizamos en este primer bloque que no es oro todo lo que reluce y que la responsabilidad estatal tiene mucho por mejorar.

Aunque es innegable que hay una historia épica en el surgimiento de la responsabilidad del Estado, un sentido de solidaridad en su espíritu y enormes progresos en favor de las personas afectadas, el régimen de la responsabilidad estatal sigue presentando opacidades y ambigüedades. A los déficits que ya hemos resaltado se agregan varios más: no existen mecanismos administrativos que permitan obtener una solución consensuada sin necesidad de judicializar los reclamos; la justicia sigue siendo extremadamente lenta; las decisiones judiciales son oscilantes, los nuevos regímenes legales son ambiguos y parciales y los afectados no pueden cobrar fácilmente las condenas.

El régimen pretoriano fue de avanzada pero se requiere otro superador, innovador, que prevenga los daños y dé respuesta rápida a las lesiones que son producto de la acción estatal. Y es en este aspecto en el que el sistema se muestra en deuda, pues tan necesario es contemplar un régimen que obligue al Estado a resarcir los daños que causa como evitar que el Estado dañe y viabilizar la responsabilidad de los funcionarios que, por acción u omisión, facilitan o permiten que las lesiones se produzcan. La acción de amparo frente a conductas estatales manifiestamente arbitrarias puede ser idónea para ponerles un freno pero no siempre constituye un mecanismo específico para lograr prevenir que se ocasione un daño no justificado (art. 1730 CCyC). En palabras del profesor Gordillo, “que el Estado responda, está bien; que nos hagamos los distraídos de quiénes son los verdaderos causantes del daño es un acto de suicidio colectivo” (GORDILLO, 2014, 680). Más sutiles, Prosper Weil y Dominique Pouyaud advertían cómo la jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal “parezca más bella a los juristas que a los justiciables” (WEIL, POUYAUD, 2010, 153).

¿Se sancionará la ley de extinción de dominio para recuperar los bienes que ha perdido el Estado con motivo de la corrupción? ¿Será este un primer paso para efectivizar la responsabilidad de los funcionarios públicos?

Las recientes legislaciones nacional y locales han significado un avance en la consolidación de la responsabilidad estatal, pero en ellas no hay pautas referidas a la prevención de los daños ni tampoco mecanismos agilizadores de los procesos judiciales o del cobro de las condenas.

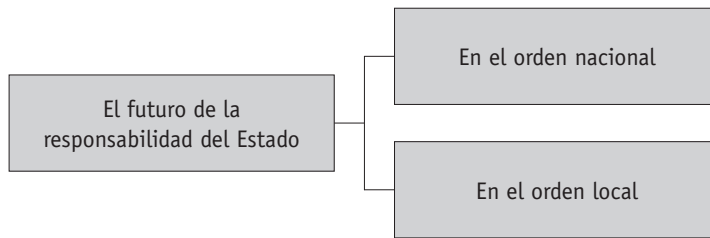
¿Tiene sentido que todavía esté vigente el decreto ley 28211/44 que le impide a la Administración reconocer daños? ¿No sería más acorde al espíritu del art. 42 CN que la propia Administración que daña esté facultada para satisfacer los reclamos por sí misma, más allá de que siempre deba poder acudir a los jueces como reaseguro de última instancia?

El hiperactivo Estado contemporáneo —ese que solo se concibe si está al servicio de las personas y promueve su bienestar— lleva en sí mismo, como paradoja de

su propia razón de existir, la potencia de ser una fuente inagotable de situaciones dañosas. El mismo Estado que muchas veces parece un monstruo voraz es el que se ocupa de pagar pensiones y jubilaciones, de asistir a los más vulnerables y de promover mejoras concretas en la vida de las personas, cumpliendo así un rol central e indelegable en la sociedad contemporánea. En este hacer incesante el Estado daña, y aunque estas lesiones deben evitarse y prevenirse de antemano, cuando irremediamente se cometen, se deben remediar.

Si bien falta mucho, a su vez, mucho se ha construido en materia de responsabilidad estatal. Advertir cómo ella se fue construyendo y afianzando paso a paso no solo ayuda a entender el presente sino que también convence de que las incertidumbres de hoy no devendrán en impunidad sino que terminarán decantando en favor de la protección de las víctimas.

Esquematisando



Bibliografía

ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.

BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.

BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.

CICERO, NIDIA K., “Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado, ¿florece el federalismo?”, La Ley 2017-D, p. 778-782.

CUADROS, OSCAR Á., *Administración y Constitución. Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014.

GAMBIER, BELTRÁN Y PERRINO, PABLO E., “¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?”, *Jurisprudencia Argentina* 1996-

- IV, p. 793-800.
- GAUNA, JUAN O., “La responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil” en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 323-334.
- GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *La Ley* 2014-E, p. 659-668.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- LAGARDE, FERNANDO M., “La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales” en ÁVILA, SANTIAGO M. (COORD.), *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, 1ª ed., Infojus, 2015, p. 11-42.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 Comentada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015.
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26944”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)*, 97-2015, p. 101-119.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 1ª ed., Astrea, 2013.
- WEIL, PROSPER Y POUYAUD, DOMINIQUE, *El Derecho Administrativo*, Serie Docencia, Bahía Blanca, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2010.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

CSJN, “La Pampa, provincia de c/Mendoza, provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 340:1695).



BLOQUE TEMÁTICO 2

Los presupuestos del deber estatal de responder

Bloque elaborado en coautoría con Gerardo Fiol





Premisas

El desarrollo de las funciones estatales trae consigo, como una eventualidad inherente a ellas, la posibilidad de causar daños a las personas o a sus bienes. Sin embargo, la responsabilidad estatal no es un seguro contra todo riesgo. La sola existencia de lesiones patrimoniales atribuibles a un órgano estatal no predica en forma automática el deber estatal de resarcirlas.

Para que el Estado se vea obligado a responder por los perjuicios que provoca, el ordenamiento jurídico exige que, además, se configuren otros requisitos (relación causal, antijuridicidad y factor de atribución) que en conjunto se denominan *presupuestos del deber de resarcir*, y que deben hallarse presentes de modo simultáneo para que sea posible acordar una indemnización a quien ha sufrido una lesión antijurídica.

Estos recaudos hacen a las condiciones de **admisibilidad sustancial** de la demanda de daños e influyen en los potenciales **alcances de la cobertura** que una eventual condena contra el Estado pueda alcanzar.

La diferenciación de los daños resarcibles y de los rubros reclamados así como su adecuada prueba y cuantificación constituyen aspectos que, aunados a los presupuestos del deber de responder, conforman el núcleo y el corazón del estudio de la responsabilidad del Estado.



CAPÍTULO 5

Los requisitos de la responsabilidad del Estado

Leer este capítulo te llevará:
5 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

Ya sabemos que el derecho de daños no es un instrumento de redistribución de riqueza, ni una fuente de enriquecimiento, ni una herramienta para paliar la vulnerabilidad social. Se trata de una rama del Derecho que tiene como objeto la reparación de todo daño injustamente sufrido.

Para que nazca el deber de resarcir se hace imprescindible **la presencia de cuatro requisitos, que se llaman presupuestos del deber de responder y que resultan las premisas sobre las cuales se asienta la obligación resarcitoria**. Son los elementos que deben necesariamente hallarse presentes en simultáneo para que pueda surgir la obligación de reparar un daño.

Es por ello que la responsabilidad requiere un estudio sistematizado de la situación fáctica respecto de la cual se estima que produjo perjuicios a un tercero, a la luz de cada uno de tales presupuestos y con el fin de comprobar la coexistencia de todos ellos.

Clásicamente, la doctrina identifica **cuatro presupuestos de la responsabilidad: 1. Daño, 2. Antijuridicidad, 3. Causalidad y 4. Factor de atribución** (VÁZQUEZ FERREYRA, 2012; PIZARRO, 2013).

Toda vez que, como ya hemos visto, el deber estatal de resarcir posee rasgos propios y distintivos de la obligación resarcitoria entre particulares, los mencionados presupuestos adquieren en este caso dos facetas especiales.

Por un lado, **la antijuridicidad va a tomar notas peculiares en casos de responsabilidad lícita del Estado**, donde, justamente, el accionar estatal es conforme a derecho pero, aun así, se presenta con potencialidad para causar daños. En estos casos, como desarrollaremos más adelante, la antijuridicidad se traslada de la conducta dañosa al daño en sí mismo, puesto que aun cuando la acción estatal es regular –y, por ende, debe ser tolerada– si el daño es desigual y supera las molestias cotidianas que deben soportarse como un inconveniente de la vida en sociedad, se considera que este se sufre injustamente y desde ahí la lesión se torna antijurídica y, por lo tanto, indemnizable.

Por otro lado, en atención al carácter de persona jurídica del sujeto demandado, se agrega a los recaudos arriba indicados **el presupuesto de la imputación material**, que es el elemento que permite atribuir la conducta dañosa a algún órgano o ente que integra la persona jurídica Estado y por el cual este último deberá responder.

Aclarado ello, vale destacar que **algunos de estos presupuestos presentan a su vez ciertos eximentes**, esto es, situaciones que impiden su configuración. Así, por ejemplo, el nexo causal puede verse quebrado por el caso fortuito o por los hechos de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder y la antijuridicidad, por la legítima defensa o el estado de necesidad.

2. Los presupuestos del deber estatal de responder según la LRE

La LRE regula los presupuestos que viabilizan la responsabilidad estatal y sus eximentes de esta manera:

Presupuestos y eximentes del deber de reparar en la LRE	
Responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima art. 3°	<ol style="list-style-type: none"> 1) Daño cierto, acreditado y mensurable en dinero. 2) Imputabilidad de la acción u omisión al Estado. 3) Nexo causal adecuado entre la acción u omisión y el daño. 4) Falta de servicio por una irregular acción u omisión, en este último caso, a deberes normativos de actuación expresos y determinados.
Responsabilidad por actividad legítima art. 4°	<ol style="list-style-type: none"> 1) Daño cierto, actual, acreditado y mensurable en dinero. 2) Imputabilidad de la acción al Estado. 3) Nexo causal directo, inmediato y exclusivo entre la acción y el daño. 4) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño. 5) Sacrificio especial, diferenciado, configurado por la afectación de un derecho adquirido.
Eximentes de la responsabilidad legítima e ilegítima (art. 2°)	<ol style="list-style-type: none"> 1) Caso fortuito salvo que los daños sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial. 2) Fuerza mayor salvo que los daños sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial. 3) Culpa de un tercero por el que no se debe responder. 4) Culpa de la víctima.

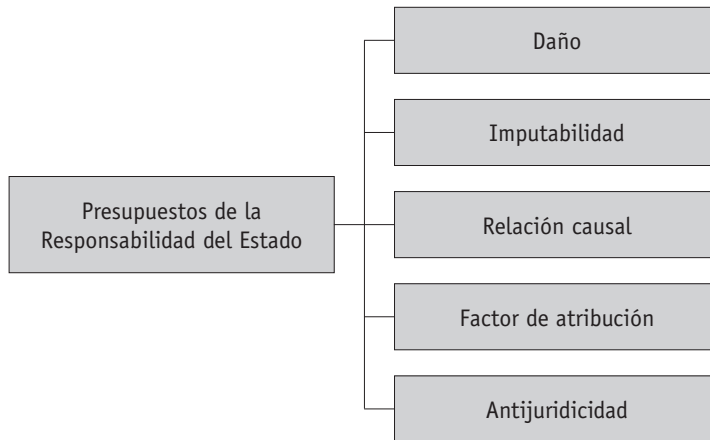
De entrada cabe aclarar que **la LRE solo ha enumerado los presupuestos de la responsabilidad estatal y sus eximentes pero no los ha definido en ningún caso**. Por ello, y siendo además que se trata de conceptos típicos del derecho de daños, su conceptualización solo puede hacerse a la luz de la sistematización que

contiene el CCyC (arts. 1708 y ss.), sin perjuicio de alguna salvedad justificada en la necesidad de preservar las particularidades que pudiera presentar el régimen de responsabilidad del Estado.

Además como la responsabilidad estatal puede eventualmente estar acompañada de la **responsabilidad personal** de los funcionarios por cumplimiento irregular de las obligaciones que tienen a su cargo (por ejemplo, en los casos de mala praxis sanitaria, en los que se demande en forma conjunta al centro de salud estatal por la deficiente atención y a los médicos intervinientes a los que se les endilga una mala praxis profesional), los presupuestos y eximentes de dicha responsabilidad personal se regirán igualmente por lo dispuesto en el CCyC.

De modo que en línea con lo que planteamos en capítulos anteriores, **la ruptura entre el derecho civil y el administrativo en materia de responsabilidad del Estado que pareciera surgir de los arts. 1764 del CCyC y 1° de la LRE no es tal ni puede ser entendida en forma absoluta**. En materia de presupuestos y eximentes, son claramente complementarios y de esta forma los estudiaremos en esta obra.

Esquemmatizando



Bibliografía

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO, SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
- LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- PIZARRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, C., *Compendio de derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, *La Ley*, AR/DOC/3475/2015, p. 1-21. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, *La Ley* 2012-C, p. 671-683.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

CAPÍTULO 6

El daño

Leer este capítulo te llevará:
36 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización. Daño e indemnización

El núcleo esencial de la responsabilidad estatal –y civil en general– y el primer requisito para que nazca el derecho a la indemnización es que la víctima haya sufrido un **daño en cualquiera de sus bienes y derechos, y que esa lesión sea real, haya sido probada y resulte evaluable económicamente** (cónf. art. 3° y 4° LRE).

Los sistemas de responsabilidad se erigen, en definitiva, para dar una respuesta jurídica que se traduce en una reparación en especie o sustitutiva, frente a un perjuicio o menoscabo sufrido sobre la persona o patrimonio de un sujeto. Por ello, **sin daño no existe atribución de responsabilidad** ya que la sola existencia de una conducta antijurídica no alcanza para obligar a resarcir si la lesión no llegó a concretarse o consolidarse.

Existen distintos criterios para definir el **concepto de daño** y, en este contexto, el CCyC ha optado por el criterio del **interés jurídico**.

Así el art. 1737 del CCyC entiende que hay daño **cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico** que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Esta definición se complementa con la de la antijuridicidad del art. 1717 que señala que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”, por lo que, en consecuencia, cualquier daño no justificado da lugar al deber de resarcir, de cumplirse por supuesto, el resto de los recaudos.

Además de incorporar una definición de daño, de la que carecía el Código de Vélez Sarsfield, lo novedoso del sistema que adopta el CCyC es que **no exige** que el interés tenga categoría de **derecho subjetivo**, sino que **basta que se trate de un interés lícito**, en favor de las personas respecto del bien menoscabado por el hecho dañoso.

En efecto, a diferencia del CC derogado, el CCyC considera que **es suficiente, para la configuración del daño resarcible, que el hecho dañoso lesione un**

interés lícito o legítimo. Se suele dar como ejemplo de esta situación el caso del menor huérfano que es cuidado, sostenido, alimentado y educado por un pariente. Ante la muerte de este, motivo de un hecho ilícito del cual es responsable un tercero, es lógico admitir que el daño del menor debe ser resarcible, aunque el niño no sea titular de un derecho subjetivo sino meramente de un interés lícito. Otro ejemplo usual es el del conviviente que reclama por un daño moral, pues que si bien no tiene un derecho subjetivo como el de los herederos, tiene un interés lícito, siendo afectado por el fallecimiento de su compañero.

Finalmente, el CCyC **distingue el daño** (art. 1737) **de la indemnización** (art. 1738), que resulta la consecuencia de la lesión antijurídica. **La indemnización de daños y perjuicios** es la evaluación en dinero de la totalidad del daño resarcible que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda remediado el desequilibrio de orden jurídico provocado por el hecho dañoso y restablecido el acreedor en la situación patrimonial que debió tener de no haber obstado a ello el hecho imputado al responsable (LLAMBÍAS, 1994, 298).

Mientras que por su parte **el daño**, cuando causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, **comprende:** a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio y b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva, por la suya, la **indemnización, de acuerdo con el art. 1738 abarca:** 1) la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, 2) el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y 3) la pérdida de chances. También incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

2. Las dos grandes categorías del daño: daño patrimonial y extrapatrimonial

Clásicamente, para analizar los efectos lesivos que un hecho dañoso provoca, se ha partido de una clasificación estructural entre **los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.**

Así, el daño patrimonial o material es aquel que altera, afecta o ataca el patrimonio de la víctima, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras. Encuadran en esta categoría los sueldos no pagados, los honorarios que no pudieron percibirse, el deterioro o la destrucción que sufre un vehículo en un accidente de tránsito, la pérdida de la capacidad laborativa, etc.

Los daños **patrimoniales siempre son valubles en dinero.**

Por el otro lado, cuando la afectación **no involucra el patrimonio de la víctima sino que incide negativamente sobre sus sentimientos, generándole padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria, se trata de daño extrapatrimonial, también llamado daño moral.** El dolor de un padre por la muerte de un hijo no tiene posibilidades de ser mensurable en dinero, más allá de que se fije en dinero el resarcimiento por la pérdida sufrida.

Como vemos, no es la naturaleza de los bienes afectados lo que determina la diferencia entre una y otra categoría, sino más bien la índole de **los efectos producidos.** En otras palabras, si el daño recae sobre un bien jurídico determinado (v.gr. la salud) y, a partir de ello, se afecta la composición del patrimonio del damnificado (por ejemplo porque produce gastos de atención médica y le impide realizar su trabajo y cobrar sus haberes), el daño será patrimonial. Si impacta sobre los sentimientos o aflicciones legítimas (porque le ocasiona molestias, incomodidades, temor acerca de cómo se recuperará, etc.) será extrapatrimonial.

Justamente por este contenido inmaterial del daño extrapatrimonial es que las personas jurídicas no pueden experimentarlo. Las lesiones que las personas no humanas sufren en su nombre o trayectoria comercial son indemnizables pero en la partida patrimonial. Al respecto la Corte Suprema ha expresado:

no cabe una reparación de esa índole en favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de la especialidad (...) y su finalidad propia es la obtención de ganancias (...), todo aquello que pueda afectar su prestigio o buen nombre comercial, o bien redunde en una disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales (“KASDORF S.A”, “BRUMECO”).

En definitiva, esta clasificación elemental del daño como patrimonial o extrapatrimonial resulta crucial al momento de cuantificar los daños sufridos, en tanto permite encuadrar los distintos rubros indemnizatorios y la incidencia de cada uno de ellos en el damnificado.

3. Requisitos para que el daño sea resarcible

No cualquier lesión puede constituirse en un daño con entidad para dar lugar a una reparación.

La **LRE**, al regular los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad **ilegítima**, dispone que el daño debe ser **cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero** (cónf. art. 3 inc. a); mientras que, en lo relativo a la derivada de su actividad **legítima**, agrega que, además, debe ser **actual** (cónf. art. 4 inc. a). En la misma línea de ideas, el CCyC

establece que para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio **directo** o **indirecto, actual** o **futuro, cierto** y **subsistente** (cónf. art. 1739).

Veamos estos caracteres más en detalle:

1. **Certeza:** la lesión patrimonial debe ser **real y efectiva**. Un daño es cierto cuando puede constatarse su existencia, aun cuando no pueda determinarse su magnitud con precisión. **Un daño puede ser futuro sin que por ello deje de ser cierto**, como ocurre, por ejemplo, cuando como consecuencia de una discapacidad derivada de una mala praxis hospitalaria, la víctima debe ineludiblemente efectuar gastos de tratamiento futuro. En este caso, dado que es razonablemente previsible que estas erogaciones se deriven más adelante del mismo ilícito, el daño que significa tener que afrontar estos gastos es indemnizable puesto que aun siendo futuro se puede tener por cierto.

En ese orden de ideas el lucro cesante y las pérdidas de chances pueden ser futuras, pero cuando el juez posee la certidumbre de que estas lesiones han de ocurrir en el porvenir como producto del mismo hecho dañoso, estas serán resarcibles. En esa dirección debe leerse el art. 1739 *in fine* del CCyC, cuando dispone que “la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

En cambio, el daño hipotético, el daño eventual y las meras expectativas desprovistas de toda certidumbre **no son aptas** para generar resarcimiento, ya que si se indemnizaran y luego no tuvieran lugar, se produciría un enriquecimiento sin causa del afectado. Así por ejemplo, en “COLUMBIA”, la Corte Suprema de Justicia rechazó el reclamo indemnizatorio de una compañía financiera fundado en las presuntas pérdidas que afirmaba haber sufrido a raíz del reemplazo de los índices de corrección de los créditos que confería a sus clientes debido a la entrada en vigencia de unas nuevas reglamentaciones crediticias aprobadas por el Banco Central, sosteniendo que “no resulta razonable extender la responsabilidad del Estado al punto de constituirlo en garante de ventajas económicas conjeturales”.

2. **Afectación personal:** solo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral puede reclamar el resarcimiento. Es inadmisibles reclamar a nombre propio la reparación de daños ocasionados a terceros. Tanto si quien reclama la reparación es la víctima del hecho ilícito (*damnificado directo*) como si se trata de un tercero que ve lesionado un interés propio como consecuencia de aquel (*damnificado indirecto*) la pretensión resarcitoria se refiere a la vulneración de intereses propios o personales de quien demanda. Por ejemplo, el paciente que a resultas de una intervención quirúrgica queda con una incapacidad parcial es el damnificado directo,

mientras que si aquel muere y su viuda reclama un resarcimiento por ese mismo episodio, aquella será damnificada indirecta pero en cualquier caso, el daño sigue siendo personal. En otras palabras, daño directo es el que padece quien resultó sujeto pasivo del hecho ilícito, mientras que es daño indirecto el que sufre, *de rebote*, otra persona.

El carácter directo del daño posee un matiz interesante frente a la **responsabilidad estatal lícita**, ya que esta se caracteriza precisamente por requerir que el daño sea **singular**, esto es, individualizado en relación con una persona o con un grupo de personas. Dado que la igualdad ante las cargas públicas es el fundamento último de la responsabilidad estatal lícita, es elemental que si el daño afecta a la generalidad de los ciudadanos no será resarcible.

Otro campo en el que el daño resarcible deja de tener un componente personal es en materia ambiental puesto que el **daño ambiental**, por naturaleza, es colectivo, difuso e indivisible, más allá de que sujetos individuales puedan llegar a resultar afectados “de rebote” (“CARRIZO”). Nos referiremos a esta problemática en el capítulo 16 del bloque 3 que aborda la responsabilidad ambiental, al cual nos remitimos.

3. **Actualidad:** el daño es actual cuando ya se produjo o cuando se haya producido *antes* de que se dicte la sentencia definitiva. Aquellas consecuencias dañosas respecto de las cuales se tiene certeza que surtirán efectos después de pronunciada la sentencia se consideran e indemnizan como daño **futuro**. Por ejemplo, si hay certeza de que el estado de salud de la víctima se agravará más adelante, estas consecuencias son indemnizables a título de daño futuro.

Tal como señalamos precedentemente, en los casos de responsabilidad por actividad **legítima**, la LRE dispone que **solo se indemniza el daño actual, lo que excluye los daños futuros (art. 4° LRE)**.

Esta disposición plantea un **problema** puesto que como hemos dicho antes, los daños, aun siendo futuros, pueden ser ciertos si el damnificado los sufrirá necesariamente en un tiempo ulterior al hecho dañoso. En la medida en que puedan ser razonablemente estimados y, por ende, sean ciertos y no eventuales o hipotéticos, para el CCyC poco importa que los daños sean actuales o futuros, pues en ambos casos procederá su reparación.

La LRE, en cambio, no habilita indemnizar las consecuencias dañosas futuras, contrariando algunos precedentes jurisprudenciales, como “JUNCALAN”, en el que se juzgó la responsabilidad lícita del Estado por la inundación de campos provocados por obras de infraestructura hídrica. Aquí la CSJN condenó al Estado a indemnizar el lucro cesante –esto es, el daño futuro– ya que entendió que mediaba certidumbre acerca del tiempo que demandaría la recuperación del suelo.

En definitiva, en nuestra opinión, **la LRE incorpora un requisito injustificadamente restrictivo** puesto que un daño puede ser futuro, pero no por eso dejar de ser real y existir. Lo que no es procedente es indemnizar daños eventuales o hipotéticos, porque si estos se indemnizaran y luego el daño no se produjese, el damnificado se enriquecería sin causa a expensas del Estado. Pero este efecto no deseado no se produce si el daño se concreta más adelante. Cuando existe suficiente probabilidad, de acuerdo con el curso normal y natural de las cosas de que el daño se produzca, y este guarda una adecuada relación de causalidad con el hecho generador, no hay razón para excluirlo del resarcimiento.

4. **Subsistencia** del daño: el perjuicio, al momento del dictado de la sentencia, no debe haber desaparecido, pues nadie puede reclamar la reparación de un daño que ya ha sido resarcido. Distinto es si la víctima afrontó la reparación por sí misma o si lo hizo un tercero –por ejemplo una compañía de seguros– ya que en este caso igualmente el perjuicio subsiste en el patrimonio de la víctima o del tercero y, por ende, debe ser resarcido por el responsable. Es lo que ocurre cuando el propietario de un automóvil que es embestido por un vehículo oficial, se encarga de arreglar su vehículo o cobra un seguro antes de iniciar la demanda.

4. Los rubros indemnizatorios

El principio general en materia de reparación es el de **la restitución de las cosas al estado anterior al hecho dañoso**, ya sea en especie o en dinero (cónf. art. 1740 del CCyC). Lo que busca la reparación es borrar los efectos del acto lesivo, al punto de eliminar los efectos negativos del hecho como si este nunca hubiera acontecido. Por eso, no se trata de hacerse rico sino más bien de no ser más pobre como resultado de la situación dañosa que se tiene que enfrentar.

En aras de alcanzar este propósito –que por supuesto es de difícil concreción– se han ido desarrollando por vía doctrinaria los distintos rubros indemnizatorios, como una manera de **categorizar los diferentes efectos negativos del hecho dañoso**.

Veámoslo a través de un ejemplo. Un agente policial dispara imprudentemente su arma reglamentaria en una plaza pública –**hecho dañoso**– y le ocasiona graves lesiones en el rostro a una persona que se encontraba en ese lugar. Ahora bien, está claro que tales lesiones constituyen **el daño** que produjo el hecho ilícito. Sin embargo, en aras de **restituir las cosas a su estado anterior** (cónf. art. 1740 CCyC), es necesario individualizar con mayor precisión los efectos negativos que

ello tuvo en la situación concreta del damnificado. Siguiendo con el ejemplo, el mismo hecho dañoso –las lesiones en el rostro– va a generar un daño patrimonial consistente en el daño emergente (gastos hospitalarios, cirugías reparadoras, etc.), lucro cesante (el salario o los honorarios que el damnificado deje de percibir) y otro extrapatrimonial –el daño moral– que será el sufrimiento que se padece debido a la situación dolorosa que se está atravesando.

La **cuantificación de los daños** consiste precisamente en el examen y categorización de cada uno de ellos y de aquí la importancia de los rubros indemnizatorios en tanto sirven para identificar los perjuicios sufridos y permiten repararlos en forma integral. Parte del éxito de una demanda de daños pasa por identificar con precisión los rubros reclamados. **La vaguedad y la generalidad no son aceptables: a la hora de pedir una indemnización es necesario convencer a los jueces de que el daño existió y que se manifiesta en todos los sentidos pretendidos.**

El **art. 1738 del CCyC** dice textualmente:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

La primera parte se refiere a los daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chances). La segunda parte, como alude a los daños a los derechos personalísimos de la víctima, **puede abarcar tanto a daños patrimoniales como extrapatrimoniales**, puesto que como ya ha sido explicado, los daños a la salud, al proyecto de vida, a la imagen estética, a la vida de relación, etc., pueden impactar en ambas esferas. En este último caso, dado que el daño solo puede ser patrimonial o extrapatrimonial, deberá analizarse cada uno de los rubros y determinar en qué medida cada ítem integra un daño de índole pecuniaria o bien moral, o ambas.

5. Los rubros indemnizatorios en particular

Más allá de las diferencias doctrinarias respecto de los alcances de cada uno, los principales rubros indemnizatorios son los que consignamos en el siguiente cuadro:

Rubro	Tipo de daño	Concepto	Ejemplos
Daño emergente	Patrimonial	Es el empobrecimiento, la disminución o la minoración en el patrimonio del damnificado. El art. 1746 CCyC presume expresamente los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, siempre que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad sufrida.	- Gastos por la reparación de un automóvil colisionado. - El costo de un tratamiento de kinesiología para recuperar la movilidad de un miembro fracturado. - Gastos de remis para trasladarse a recibir curaciones médicas.
Lucro cesante	Patrimonial	Es la frustración o pérdidas de ganancias que la víctima haya dejado de percibir a raíz del hecho dañoso.	El pianista que por lesiones en sus manos no puede cumplir con los conciertos que había convenido.
Pérdida de chance	Patrimonial	Es la frustración de poder realizar un provecho u obtener una ganancia o beneficio, o bien evitar una pérdida.	Un boxeador que se hallaba inscripto para competir en un torneo que tenía un premio de \$100000 y a raíz del hecho dañoso, se ve imposibilitado de asistir.
Valor Vida	Patrimonial	Es el perjuicio que sufren los terceros a partir de la muerte de la víctima. No involucra el valor de esa vida sino de qué modo impactó económicamente en aquellos la muerte de la víctima.	La remuneración mensual del padre que su familia deja de percibir a raíz de su fallecimiento y que les servía de sustento para atender gastos básicos de la vida cotidiana.
Incapacidad Sobre-viviente	Patrimonial	Es un lucro cesante derivado de la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas patrimonialmente mensurables (trabajar, pero también desplegar otras actividades de la vida cotidiana que pueden cifrarse en dinero), o algún grado de dificultad para el ejercicio de las funciones vitales y/o para el ejercicio total o temporal del trabajo. Se paga aun cuando la víctima siga trabajando luego del hecho (cónf. art. 1747 CCyC).	La amputación de una pierna. La pérdida de la vista. Quedar parapléjico a raíz de una operación quirúrgica.
Daño moral	Extrapatrimonial	Es el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes ante la lesión de bienes como la vida, integridad física o moral, intimidad, honor o libertad.	- El dolor, duelo y/o angustia del cónyuge por la muerte la víctima. - El padecimiento por la desaparición del cadáver de un ser querido.

<i>Daño psicológico/psíquico</i>	<i>Patrimonial</i>	Es la perturbación o trauma transitorio o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, generado por el hecho dañoso que distorsiona la personalidad y/o activa tendencias y predisposiciones psíquicas subyacentes. Para que un trastorno emocional llegue a ser considerado daño psíquico debe reunir características patológicas. Los síntomas aislados que no constituyen una enfermedad ni los cuadros no incapacitantes son <i>daño psíquico</i> . Los trastornos emocionales transitorios que se cursan sin dejar secuelas incapacitantes integran el rubro <i>daño moral</i> .	La víctima de un accidente aéreo que, a raíz de ello, despierta una fobia a volar.
<i>Daño estético</i>	<i>Patrimonial / Extrapatrimonial</i>	Es la alteración o deformación que afea o desfigura la belleza corporal o la integridad de su aspecto. Repercute tanto en el campo patrimonial como extrapatrimonial porque tanto importa una afectación permanente del cuerpo como una aflicción subjetiva por la deformación de la armonía natural del cuerpo.	La cicatriz que deviene del hecho dañoso en el rostro de una actriz.
<i>Daño sexual</i>	<i>Extrapatrimonial / Patrimonial</i>	Es la lesión que incide en la función o goce sexual, o bien la pérdida de las facultades sexuales que genera la necesidad de reparación por afectar también el proyecto de vida de quien lo padece.	Esterilidad producto de una lesión sufrida.
<i>Vida en relación</i>	<i>Extrapatrimonial / Patrimonial</i>	Es la imposibilidad o dificultad del sujeto disminuido en su integridad de reinsertarse en las relaciones sociales o de mantenerlas a nivel normal.	A raíz de la ceguera producto del hecho dañoso, la víctima –que tenía una vida social muy activa– ha tenido que reducir sus espacios de esparcimiento social y salidas de recreación, tales como ir a jugar al fútbol una vez por semana e ir durante el fin de semana a clubes bailables con amigos.
<i>Proyecto de vida</i>	<i>Extrapatrimonial / Patrimonial</i>	Es la lesión que afecta la libertad de cada persona y que trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente se formula cada uno para su realización como ser humano.	Por una mala praxis médica efectuada sobre una persona, esta contrajo una sordera irreversible, lo cual –entre otras cosas– le significó tener que abandonar su proyecto de convertirse en músico.

Obviamente, los rubros y el monto específico de dinero que concretamente se reclamarán en cada caso dependerán de las circunstancias personales de la víctima y el contexto en el que se produjo la lesión. Una vez que hayan sido identificados los rubros a pedir, el segundo paso es traducirlos en una suma concreta, lo que no siempre resulta fácil de determinar. Una buena pauta a estos fines puede encontrarse en la base de datos informatizados de la Cámara Nacional en lo Civil (<http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/index.php>) que se encuentra sistematizada conforme a cinco criterios: fallecimiento de la persona, lesiones corporales, daños extrapatrimoniales, daños derivados de la responsabilidad de los profesionales de la salud y daños derivados de la violencia hacia la mujer. Esta base informática compendia la jurisprudencia de todas las Salas de la Cámara Nacional en lo Civil desde 1993 y es un punto de referencia para todos los fueros.

Visualicemos en una situación concreta todo lo que hemos dicho hasta ahora en relación al daño.

Daños colaterales

El señor Jorge Suárez recibió *a quemarropa*, por la espalda y a la altura de la cadera, un disparo proveniente del arma reglamentaria de un agente de la Policía Federal Argentina, quien había abierto fuego imprudentemente para detener la fuga de tres delincuentes que respondieron al ataque del mismo modo.

Jorge fue sometido a tres intervenciones quirúrgicas que se practicaron en un sanatorio de su obra social y como consecuencia del accidente padece una parálisis crónica de los miembros inferiores. Perdió la movilidad y desde entonces se desplaza en una silla de ruedas.

Al momento del accidente, Jorge, que es arquitecto, trabaja en forma independiente y es sostén de su familia, integrada por su esposa Vilma –que es ama de casa– y sus dos hijos menores, Lucas de 15 años y Romina de 14, estaba construyendo tres viviendas unifamiliares y tenía por cobrar otras dos obras que ya había entregado. También estaba participando del concurso de *Arquitectura y Hábitat Sustentable* del Colegio de Arquitectos de la Ciudad de Rosario y su proyecto ya estaba posicionado entre los tres primeros. El premio en caso de ganar el concurso era de \$300.000 por la creación intelectual y \$500.000 por la ejecución del proyecto. Además, jugaba en un torneo barrial de *Fútbol 5* con sus amigos una vez por semana. A raíz del accidente fue operado en tres oportunidades y junto con su esposa y sus hijos iniciaron una terapia psicológica. Además no pudo seguir llevando a su hija Romina a los torneos de hándbol en los que ella solía participar todos los sábados como miembro del equipo oficial de su escuela.

La casa donde vive Jorge y su familia tuvo que ser adaptada puesto que ni los dormitorios (que se ubican en el primer piso) ni los baños y la cocina eran aptos para el ingreso y movilidad de una persona en silla de ruedas

El accidente alteró toda su vida y la de su familia.

Si nos ponemos en el rol de abogado de Jorge, ¿cómo afrontamos la tarea de identificar y cuantificar los rubros indemnizatorios de una eventual demanda de daños y perjuicios contra el Estado? ¿Cuáles serían los puntos de partida?

De entrada, hay que tener en cuenta que:

1. Solo pueden reclamarse los rubros que reúnan los requisitos del daño resarcible, esto es, que sea **cierto, actual o futuro y mensurable en dinero**.
2. **La indemnización constituye en sí misma una unidad** integrada por los distintos ítems indemnizatorios. **Debe haber, por lo tanto, una coherencia entre las sumas y los rubros peticionados y debe evitarse la sobreindemnización**, esto es, reclamar dos o más veces bajo distintas denominaciones el resarcimiento por la lesión a un mismo bien jurídicamente tutelado (por ej. el cuerpo, la psiquis, la propiedad, la pérdida de ganancias, la imagen, el honor, etc.). Si por ejemplo ante una cicatriz en el ojo se reclaman tres sumas de dinero distintas bajo el rótulo de *incapacidad sobreviniente*, *daño físico* y *daño biológico*, hay una sobreindemnización porque en definitiva siempre se alude al detrimento que sufre el cuerpo humano en sus aptitudes físicas. Esta práctica, que es muy común, no es pertinente porque tiende a *inflar* la reparación, sin respaldo conceptual alguno.
3. **La prueba de cada pretensión. Cuantos más elementos probatorios** se le arrimen al juez, más sólido será el reclamo y habrá mayor probabilidad de su procedencia. El ofrecimiento de prueba es crucial puesto que debe resultar idóneo para traer elementos de juicio que den cuenta de la existencia en el caso particular de las circunstancias que justifican cada ítem. En este punto, no debemos olvidar que **cada rubro indemnizatorio posee ínsito un respaldo conceptual que justifica el reclamo**.

A partir de estas premisas, **enfoquemos ahora la situación planteada en el caso:**

- Bajo el rubro *daño emergente* se incluirán todos aquellos gastos o erogaciones producidos por el hecho dañoso que impliquen un

empobrecimiento, disminución o minoración del patrimonio de la víctima. Así, habrá que incluir en este concepto todos los gastos de curación, de traslado, de operaciones y honorarios hospitalarios, de tratamientos psicológicos y de readecuación de la vivienda.

- Por otro lado, el daño **lucro cesante** se configura por la imposibilidad de seguir desempeñándose como director de obra de las tres viviendas unifamiliares que estaba construyendo. Las limitaciones físicas de Jorge le impiden continuar ejerciendo *in situ* las tareas típicas de este rol, esto es, verificar los trabajos de albañiles y maestros mayores de obra, recorrer las obras, etc. **Para cuantificar en concreto este rubro** habrá que revisar el contrato celebrado por Jorge con los comitentes de cada obra y dilucidar cuál es la suma que, en definitiva, se verá privado de percibir a raíz de no poder continuar desempeñándose como director de obra. En cambio, **las dos obras que ya había finalizado, aunque no cobrado todavía, no pueden ser incluidas en este rubro** ya que su nueva realidad psicomotriz no le impide percibir las sumas convenidas con los respectivos comitentes. En este aspecto no se verifica un daño resarcible.
- ¿Hay **una pérdida de chance**? Jorge estaba participando de un concurso de *Arquitectura y Hábitat Sustentable* del Colegio de Arquitectos de la ciudad de Rosario y su proyecto ya estaba posicionado entre los tres primeros. Nuevamente, las limitaciones psicomotrices de Jorge le impedirán ejecutar el proyecto y así está privado de la posibilidad de obtener el premio de \$500.000. Aquí no debe perderse de vista que **mientras en el daño lucro cesante se deja de percibir una ganancia, en la pérdida de chance se pierde la posibilidad de obtener una ganancia**. De allí que la cuantía de la chance indemnizable no sea el equivalente a todo el beneficio esperado sino la probabilidad objetiva de obtener tal provecho. Por ello, como se trataba de un concurso cuyo ganador no había sido aún decidido por el respectivo Jurado, mal podría pretenderse una indemnización en concepto de pérdida de chance por los \$500.000 del premio, puesto que si bien Jorge estaba en los tres primeros puestos, lo cierto es que existía la posibilidad de que no lo ganara. Justamente aquí está la dificultad de cuantificar este perjuicio. De este modo, la única certeza es que siendo tres los participantes, el hecho dañoso privó a Jorge del 33,33% de posibilidades de obtener el premio. Distinto es el análisis que debe hacerse en relación con el premio por la creación intelectual

(\$300.000) puesto que la incapacidad sobreviniente de Jorge no lo priva de la posibilidad de resultar ganador.

- La **incapacidad sobreviniente** es el rubro estructural de la indemnización a reclamar. Este rubro compromete tres aspectos vitales de Jorge: 1) **capacidad laborativa o productiva**: se trata de ponderar cómo repercute la incapacidad en las distintas actividades que los arquitectos se hallan habilitados a ejercer. Las tareas intelectuales de diseño y de proyección de planos no parecieran verse alteradas, pero sí las que hacen a la ejecución y dirección de obras; 2) **capacidad vital o aptitud y potencialidad genérica**: Jorge no solo tenía aptitud psicofísica para desempeñarse como arquitecto sino también para llevar a cabo muchas actividades no profesionales, pero lucrativas y capaces de producir ingresos (por ejemplo, dar clases); 3) **vida en relación**: el accidente le impidió o dificultó la realización de todas aquellas actividades no lucrativas que formaban parte de su vida en relación (por ej., ir a jugar al fútbol con amigos una vez por semana). Para cuantificar este rubro, en sus tres variantes, los jueces suelen tomar como pautas de referencia las conclusiones periciales (médicas y psicológicas) que indican el porcentaje de la disminución de la capacidad total obrera. También son elementos a ponderar los ingresos promedios que obtenía Jorge previo al hecho.
- El otro gran rubro a reclamar es **el daño moral**. Este representa la afectación legítima de los sentimientos de Jorge por el padecimiento físico, la incapacidad sobreviniente, la alteración estética de su cuerpo, etc. Los rubros anteriores se dirigían a cuantificar los perjuicios sufridos por Jorge patrimonialmente, aunque como se muestra en la tabla 1, muchos rubros repercuten tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial. De modo que bajo el rótulo de daño moral se resarcirá **la afectación que todo el hecho dañoso, globalmente considerado**, le ocasionó a Jorge (el accidente en sí, el someterse a intervenciones quirúrgicas, los dolores físicos padecidos, la repercusión del hecho en su proyecto de vida, etc.).

Por ello, para estimar el daño moral habrá de tenerse en cuenta:

- la **ruptura de la armonía corporal** (cicatrices, atrofia muscular, etc.). Esta es la faceta extrapatrimonial del daño estético.
- la **reestructuración de su proyecto de vida** (por el accidente Jorge tendrá que replantear el desarrollo de su carrera profesional

y redireccionarla en función de sus actuales aptitudes psicofísicas). Lo que aquí se indemniza no es cómo ello impactará en sus ingresos sino la afectación espiritual que le produce la necesidad de cambiar de rumbo en cuanto a metas y objetivos personales. El CCyC menciona este rubro al referirse a la *interferencia* en el proyecto de vida (cónf. art. 1738). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en “LOAYZA TAMAYO” entendió que este perjuicio es distinto del daño emergente y del lucro cesante, porque atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

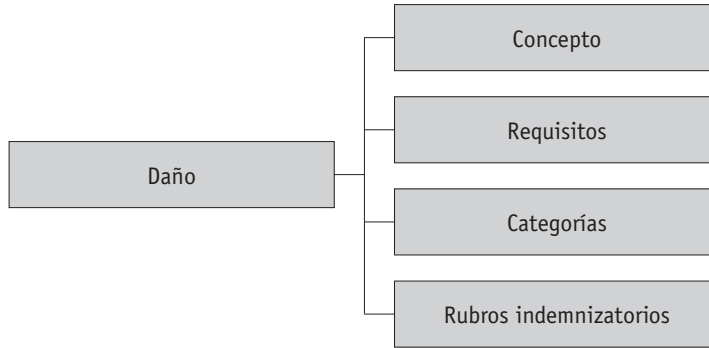
- las **repercusiones del accidente en su vida sexual** y la intimidad con su pareja (faceta extrapatrimonial del daño sexual). Deben valorarse aquí todos los aspectos de la sexualidad y no solo aquellos relacionados con su función de procreación. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “CARVALHO PINTO DE SUOSA MORAIS” consideró discriminatoria la reducción de la indemnización extrapatrimonial llevada a cabo por la justicia portuguesa basándose en la idea tradicional de la sexualidad femenina limitada a la reproducción, sin evaluar otros aspectos de ella en el caso concreto.
- los restantes **vínculos afectivos con cada miembro de la familia** (aspecto extrapatrimonial de vida en relación).

¡Importante! Todos estos aspectos constituyen herramientas argumentativas para fundamentar la cuantía del agravio moral y justificar sólidamente la suma que se reclama **pero no poseen autonomía indemnizatoria ya que se subsumen y se encuentran contenidos en el daño moral**. En otras palabras, **refuerzan conceptualmente el daño moral pero no lo duplican** y, por ende, no puede reclamarse por cada uno de ellos una suma de dinero independiente.

Finalmente, ante hechos como el que aquí analizamos, que afectan la integridad psicofísica, **el daño moral se configura *in re ipsa***, es decir, se presume razonablemente la existencia de dichas afecciones emocionales, atenuando la carga del actor de tener que acreditarlo.

Ello no implica que el daño moral escape a la regla general de que todo daño debe ser acreditado por quien lo invoca sino que, en determinadas circunstancias, ya sea por el tenor de la conducta ofensiva o por el bien dañado, el daño moral puede presumirse o surgir notorio de los propios hechos (cónf. art. 1744 CCyC).

Esquemmatizando



Bibliografía

- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARAMELO, GUSTAVO, PICASSO, SEBASTIÁN & HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- PIZARRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, C., *Compendio de derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Los cambios en la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación” *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2014. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/Los-cambios-en-la-responsabilidad-civil-por-SAGARNA.pdf>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, *La Ley*, 2015, AR/DOC/3475/2015, p. 1-21. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, *La Ley* 2012-C, p. 671-683.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Brumeco S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes” (Fallos: Fallos: 313:907).
- CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ BCRA s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).
- CSJN, “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).
- CSJN, “Kasdorf S.A. c/ Jujuy, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 313:284).
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Carrizo, María Esther c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos y otros s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley”, sentencia del 06/04/2016.
- Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas”, sentencia del 27/11/1998.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal”, sentencia del 25/07/2017.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Prestamo para la Vivienda c/ BCRA s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).

CSJN, “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).

CSJN, “Kasdorf S.A. c/ Jujuy, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 313:284).



CAPÍTULO 7

La imputabilidad

Leer este capítulo te llevará:
22 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

Los arts. 3° y 4° de la LRE estipulan que es un requisito específico de la responsabilidad estatal, tanto en el campo lícito como ilegítimo, **la imputabilidad de la acción u omisión dañosa al Estado.**

Este recaudo, particular y característico de la responsabilidad estatal, se emparenta con la noción civilista de la **autoría y obliga a verificar si la conducta del autor material del daño “puede entenderse que es de la Administración o en sí del hecho que dio lugar al daño debe responder la Administración”** (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 336).

Pero ¿cómo actúa el Estado? ¿A través de quiénes lo hace? ¿Cualquier acción u omisión de cualquier funcionario, en cualquier condición, puede comprometer la responsabilidad estatal?

El Estado, como cualquier persona jurídica, necesita de la actuación de personas físicas que son las que, en definitiva, con sus acciones llenarán de contenido los cometidos públicos del ente ideal y atribuirán a este último las consecuencias de tal accionar. En otras palabras, aun cuando en el lenguaje corriente se habla de *facultades del Estado, obligaciones del Estado, objetivos del Estado, intereses de Estado, etc.*, todos ellos se concretan a través de la acción de personas humanas que, por medio de los mecanismos y procedimientos reglados previstos, ejercen tales obligaciones y facultades y eventualmente, pueden provocar daños que el Estado deberá afrontar.

Será necesario, entonces, de entrada, que las personas físicas estén integradas o vinculadas en una determinada relación jurídica con la Administración para que la última responda por los daños cometidos por aquellas. Esta cuestión remite a **los diversos regímenes jurídicos o situaciones de hecho bajo los cuales las personas pueden llegar a relacionarse con la Administración** (relación de empleo público, contrataciones interinas o transitorias, situaciones especiales como la de los síndicos concursales, los conscriptos, los bomberos, quienes

circunstancialmente son convocados a cumplir alguna carga pública como las autoridades de mesa en las elecciones, etc.) y en cuyo marco pueden cometerse daños con idoneidad suficiente para comprometer al Estado.

Ocurre, sin embargo, que en innumerables casos vinculados con la responsabilidad estatal **es imposible identificar concretamente a los sujetos que cometen el daño, que dejan de actuar o incluso que lesionan sin culpa**, y de allí que una mirada más ajustada al modo en que en verdad se desenvuelven las funciones estatales ubica el elemento imputabilidad en la actuación, globalmente considerada, de la organización o el servicio involucrado en la comisión de la lesión antijurídica. En estas ocasiones es el servicio o ente concernido o la función desarrollada, considerados en un modo genérico –la salud o la escuela pública, el registro de la propiedad inmueble, la Dirección de bromatología, etc.– los que, en determinadas condiciones y circunstancias, serán los causantes de la lesión antijurídica por la que deberá responder el Estado.

2. Mandato, representación legal, teoría del órgano

Dado que el Estado es una persona jurídica, se presenta un problema significativo en cuanto al modo de atribuirle conductas, omisiones y, eventualmente, la autoría de daños.

A fin de poder imputar al Estado las manifestaciones de voluntad o las acciones llevadas a cabo por un empleado o funcionario público, o de un modo más específico, para poder asignarle las consecuencias dañosas de una acción perpetrada por un agente suyo o que se derivan del deficiente funcionamiento de un servicio que aquel gestiona, la doctrina ha propuesto diversas teorías.

En un principio, la solución se encontró acudiendo a principios propios del Derecho Civil, con base en instituciones tales como **el mandato y la representación legal**, en virtud de las cuales, en esencia, se entendía que las personas físicas –los funcionarios y empleados– actuaban como mandatarios o representantes legales del Estado-persona ideal. Pero como ambas teorías equiparaban al Estado con los incapaces absolutos de hecho, fallaban en resolver las paradojas que creaban puesto que no había modo de explicar que el Estado, en tanto incapaz, otorgara mandatos o representaciones.

Posteriormente se recurrió a la denominada **teoría del órgano** que postula que los agentes estatales no deben reputarse representantes o personas ajenas a este, sino que se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de ella, del mismo modo que los distintos órganos vitales conforman el cuerpo humano y le dan su integridad. Esta teoría permite imputar a una persona jurídica –en este caso al Estado– las acciones desplegadas por los órganos

que lo integran, sean lícitas o ilícitas, siempre que hayan sido realizadas en el ejercicio de la función que tenían asignadas o en el contexto razonable de aquellas.

Un órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias que surgen del ordenamiento jurídico y que está destinado a ser ejercido por una persona o personas físicas determinadas. De esta manera, el concepto de órgano presenta dos facetas: **el órgano jurídico o institución, como conjunto de competencias y potestades, y el órgano físico o individuo, como la persona o personas humanas destinadas a ejercer estas atribuciones o competencias.** Los órganos físicos (los ministros, jueces, secretarios de Estado, etc.) integran los órganos jurídicos (el Ministerio de Cultura, el Poder Judicial, el SENASA) y estos últimos forman parte del ente Estado Nacional, que es el único que posee personalidad jurídica.

A diferencia de lo que proponían las teorías del mandato y de la representación, la teoría del órgano postula que **no hay distinción entre los órganos y el ente:** así como los órganos vitales no tienen sentido por fuera del cuerpo humano en el que se alojan, jurídicamente, el órgano y el ente se confunden, **son uno solo**, de forma tal que la voluntad del órgano no es diferenciable de la voluntad del ente al cual pertenece (GORDILLO, 2014). Por todo ello, cuando los órganos **ejercen sus funciones no actúan como representantes del Estado ni tampoco como personas ajenas a él, sino que se integran en la organización como partes suyas.**

Por otra parte, aunque **los órganos físicos** poseen una voluntad diferenciada —ya que a la par de que desempeñan la competencia estatal que les ha sido asignada, son personas humanas con derechos y deberes en cuanto funcionarios o empleados frente al propio Estado— **también se subsumen con el órgano jurídico** que integran puesto que no tienen derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente funciones o atribuciones que desempeñarán en nombre de aquel.

Por todo lo expuesto, **cuando un agente público comete una lesión antijurídica en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, es el propio Estado el que está implicado en forma directa**, sin que tenga incidencia, a estos fines, el modo en que el agente integre o se inserte en la organización administrativa. Puede revistar con carácter estable, como funcionario, juez, empleado, oficial de justicia, o estar contratado transitoriamente o, incluso, desempeñarse como un gestor de hecho.

Cualquiera sea la modalidad de vinculación con el órgano institución, **los órganos físicos imputan sus acciones y omisiones directamente a aquel al cual pertenecen y este último la imputa a su vez al Estado**, con la única condición de que tales actos sean realizados con motivo, ejercicio u ocasión de las funciones que les han sido encomendadas. Es indiferente si se trata de actos lícitos o ilícitos: lo único relevante es que el acto dañoso posea la **apariencia exterior de ser un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano.** Basta con establecer que la actuación del órgano físico se ha referido a una tarea

que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado y, por lo tanto, el acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado (GORDILLO, 2014).

De modo que ya sea en el campo contractual o en el extracontractual, **la imputación que se hace al Estado de actos u omisiones de sus órganos es siempre directa, por el hecho propio de este.** Si bien, en ciertas ocasiones, estas acciones también pueden llegar a configurar una **falta personal** del agente público por la que responderá a título de culpa o dolo, si la acción dañosa tiene la apariencia externa de ser atribuible a la función que desempeña el órgano físico y jurídico, el deber estatal de responder surgirá en forma directa.

Entonces, ¿se imputa al Estado un crimen pasional efectuado por un gendarme con su arma reglamentaria? ¿Responde el Estado por un accidente de tránsito protagonizado por un chofer con un auto oficial, aunque estaba fuera de servicio? **¿Se le atribuyen lesiones provocadas por un policía en estado de ebriedad al herir con su pistola a un vecino con quien discutió previamente a golpes de puño?**

La jurisprudencia mayoritaria entiende que sí (“FURNIER”, “PANIZO”, “PICCINI”). El Estado debe responder en **forma directa** por estos daños ya que fueron causados por agentes suyos, empleando bienes peligrosos o que crean un riesgo, ya que aun cuando no fueron cometidos en ejercicio del cargo, al menos lo fueron *en ocasión de sus funciones*. Independientemente de la responsabilidad concurrente que también pudiera caberle al autor material de los hechos por su falta personal y de otras circunstancias que pudieran llegar a quebrar el nexo de causalidad, en principio, el Estado responde por los daños que causen sus funcionarios y dependientes, no solo en ejercicio de la función (lo que engloba el mal ejercicio, el ejercicio excesivo, abusivo e inclusive aparente), sino también *en ocasión* de aquellas.

Otra fortaleza que presenta la teoría del órgano es que permite resolver las situaciones en las que no puede identificarse concretamente el órgano físico que causó la lesión o cuando en términos más generales, **los daños son provocados anónimamente, o son atribuibles globalmente a un servicio estatal** (un hospital, el registro de la propiedad automotor, los servicios de minoridad, un juzgado, etc.). Estos casos

se presentan como consecuencia de un comportamiento impersonal o propio de la institución en sí misma considerada supuesto en el cual la imputación del daño a título de integración de la organización administrativa torna innecesaria la localización del agente concreto que ocasionó el mismo. Los daños pueden ser anónimos o impersonales, más el título de imputación radica en la titularidad de la organización, actividad o servicio que justifica la atribución de los daños a la Administración (PIZARRO, 2013, 235).

La aplicación de la teoría del órgano desplazó definitivamente el criterio anterior basado en la responsabilidad *indirecta o refleja* del Estado por los daños

causados por sus dependientes (art. 1113 Código Civil). En “VADELL”, al condenar al Estado por el deficiente funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en la emisión de los certificados de dominio que resultan de petición obligatoria, la Corte Suprema abandonó definitivamente la línea jurisprudencial de la responsabilidad indirecta iniciada en “DEVOTO”. **Desde entonces todos los precedentes resaltan que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad ya que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio.** En otras palabras, “la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (“ZACARÍAS”).

A partir de esta imputación genérica que los órganos hacen en el Estado de todos sus actos y omisiones, lícitos e ilícitos, con el único recaudo de que aquellos presenten la apariencia externa de haber sido realizados en ejercicio o en ocasión de las competencias y funciones que despliegan, **la noción de imputabilidad en la responsabilidad estatal es extremadamente amplia.** En consecuencia

si el dañador se vale de la oportunidad que le brindan circunstancias espaciales y temporales que proporciona la función, aunque esta no sea determinante e indispensable para cometer el ilícito, el ente responde, siempre que el daño resulte una consecuencia inmediata o mediata previsible de la función (PIZARRO, 2013,54).

Evidentemente que **el Estado no responderá frente a los actos puramente personales del agente, desplegados absolutamente al margen de la función y sin relación causal adecuada y suficiente con el servicio.** Por ejemplo, un incendio involuntario iniciado por un empleado público fuera del servicio o el robo de dinero que un funcionario le hace a un colega suyo en su lugar y horario de trabajo, son actos privados o personales que como tales no son objetivamente imputables a la Administración ni resultan –como regla– idóneos para comprometer su responsabilidad.

3. Comparación entre la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente

El CCyC, al igual que lo hacía el Código de Vélez Sarsfield, regula situaciones en las que media una responsabilidad por el hecho dañoso cometido por un

tercero distinto al que tiene que responder, tal como acontece cuando el Estado debe asumir las lesiones antijurídicas cometidas por alguno de sus órganos.

Así, el art. 1753 del CCyC, siguiendo los lineamientos del art. 1113 del Código Civil, contempla:

“Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”.

A su vez, el art. 732 establece un principio de equiparación de la actuación de los auxiliares al obligado al expresar: “El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”.

El dependiente, a su vez, es quien actúa bajo las órdenes y subordinación de otro, jurídica o fácticamente, ocasional o transitoriamente, gratuita u onerosamente (PIZARRO y VALLESPINOS, 2013)

En cuanto al **factor de atribución** de esta responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, la doctrina coincide en que es de **tipo objetivo**, al igual que la responsabilidad estatal, pues el principal responde objetivamente por los daños causados por su subordinado y no se tiene en cuenta su conducta en el hecho. La ley obliga al principal a responder por el hecho del dependiente en función del factor de atribución **garantía**, ya que el comitente garantiza que si el dependiente causa un daño en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por el principal, este responderá ante el damnificado.

La diferencia entre esta responsabilidad civil del principal por el hecho del dependiente y la responsabilidad estatal es que la responsabilidad civil **es indirecta** y, por ende, **no excluye la responsabilidad civil directa del propio agente dañoso**, según el art. 1749 del CCyC.

Como hemos dicho, en el caso de la responsabilidad estatal, por aplicación de la teoría del órgano, **la conducta lesiva se atribuye directamente al Estado**, ya que este y el autor material del daño se consideran una sola persona. Si bien **la teoría del órgano no descarta en modo alguno la falta personal en la que puede incurrir paralelamente el empleado o funcionario**, lo relevante a los fines de la imputabilidad de la conducta al Estado es que **la falta personal y la falta de servicio corren por caminos separados: si bien no se autoexcluyen, tampoco se necesitan**.

Traducido todo esto en términos procesales, ello significa que en la **responsabilidad indirecta que contempla el CCyC, la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente (cónf. art. 1753/1756)**, por lo que es menester demostrar la responsabilidad del dependiente y que se efectúe a su respecto un análisis de responsabilidad a título personal, **y en caso de que este sea encontrado responsable, se deriva –por vía indirecta o refleja– la obligación**

de responder del principal. Aun cuando el propio CCyC faculta a la víctima a reclamar los daños y perjuicios, en forma independiente o conjunta, según su elección, al responsable directo y/o al indirecto, es decir, que no está obligada a accionar contra el dependiente para responsabilizar al responsable indirecto (cónf. art. 1773), no obstante deberá demostrar la responsabilidad civil del responsable directo para hacer que también lo sea el indirecto (SAGARNA, 2014). En otras palabras, la responsabilidad para el principal solo surge a partir de que se declare antes la del dependiente.

En cambio, en la responsabilidad del Estado, el reclamante puede excluir de la acción resarcitoria al agente y fundar su reclamo indemnizatorio únicamente en la responsabilidad del Estado por tratarse, en definitiva, de una **responsabilidad directa y objetiva**, tal como viene decidiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del recordado precedente “VADELL”. Aunque puede también demandar al agente, lo relevante es que no está obligado a hacerlo para que la responsabilidad estatal de todos modos pueda operar.

Por ende, al momento de decidir a quién demandar, y en contraposición a lo que ocurre en la responsabilidad indirecta, en principio, el afectado tiene varias opciones:

- Puede **demandar al Estado y al agente**
- Puede **demandar solo al Estado**
- Puede **demandar solo al agente**

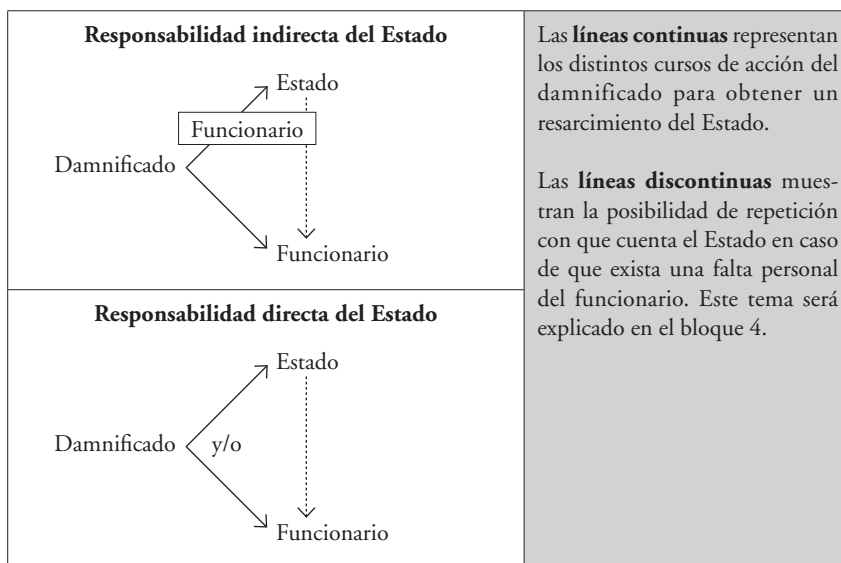
La decisión dependerá de las circunstancias del caso, de que se haya podido identificar al responsable, de que resulte conveniente probar la culpa del agente para evidenciar o visibilizar mejor la del Estado, de que pueda acreditarse que el agente incurrió en una falta personal, etc. Lo distintivo es que por tratarse de una responsabilidad **directa no es indispensable traer a juicio al órgano físico implicado en la producción del daño para que de todos modos el Estado pueda verse obligado a responder** de acreditarse las condiciones necesarias.

Esta diferencia es claramente perceptible cuando la lesión es atribuible al servicio concernido en forma impersonal, por ejemplo, cuando el daño se deriva de una cesantía que es posteriormente revocada por ilegítima. La conducta lesiva y los daños consecuentes (v.gr. los sueldos que no percibió la persona declarada cesante ilegítimamente, el daño moral, etc.) son imputables a la Administración y no al funcionario que firmó la resolución, imponiendo la sanción que a la postre se declara arbitraria. El funcionario podrá haber incurrido o no en una falta personal, si actuó con severa negligencia al otorgar el acto, pero esto último no incide ni excluye la responsabilidad estatal, que opera en forma directa.

Consideremos otro ejemplo. La muerte de una persona provocada por una bala proveniente de un arma reglamentaria en ocasión de que el policía que la portaba estaba persiguiendo a un delincuente, se imputa objetiva y directamente

a la institución policial a la que el agente pertenece. Solo si el policía disparó con notoria impericia o dolo cometerá una falta personal por la cual, **a su vez**, deberá responder a título propio, pero incluso aunque esto haya ocurrido, la institución policial se verá obligada a responder por estos daños porque el agente pertenece a la institución y le imputa sus acciones.

Esquematicemos lo dicho hasta aquí:



No obstante ello, hoy día estas diferencias entre el sistema civil y el estatal se han tornado bastante más difusas. Así, por ejemplo, el art. 732 del CCyC trae como novedad el *principio de equiparación*, en virtud del cual el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de una obligación se asimila al derivado del propio hecho del obligado. A su vez, al regular el ejercicio de la acción resarcitoria, el art. 1773 del CCyC establece que el damnificado tiene derecho a interponer su acción conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto. Todo ello, en la práctica, conduce a una dinámica procesal similar a la que tiene lugar frente al Estado y sus funcionarios, ya que las acciones u omisiones de estos últimos se imputan directamente al Estado en virtud de la teoría del órgano.

4. Inimputabilidad estatal

Cuando los sujetos que causan los daños **no están vinculados con la Administración ni integran sus estructuras organizativas no son órganos del Estado**.

Por ende, aun cuando pudieran tener asignadas algunas competencias públicas, no imputan sus conductas lesivas a aquel. En estas situaciones el Estado **no responderá**, ni en modo directo ni siquiera en forma subsidiaria.

Veamos algunos casos especiales.

Síndicos concursales	Es un auxiliar de la justicia y tiene un rol protagónico en los procesos concursales conforme a la ley 24522 de concursos y quiebras. Sin embargo, su actuación no compromete la responsabilidad del Estado porque no integran ni forman parte del Poder Judicial. (“ AMIANO ”: el daño causado por la omisión del síndico en inscribir la quiebra en un registro no es atribuible al Estado).
Escribanos	Como fedatarios cumplen una función pública pero no son empleados públicos ni integran la organización administrativa, por lo que el Estado no puede ser responsable por las consecuencias de su desempeño (“ VADELL ”: el Estado no responde por la omisión del escribano de haber requerido los informes de dominio pertinentes para realizar una compraventa inmobiliaria).
Colegios Públicos Profesionales	Son entes públicos no estatales que tienen a su cargo el control de la matrícula y la potestad disciplinaria de las profesiones pero no tienen carácter estatal y, por ende, no imputan sus actos al Estado. Poseen prerrogativas y potestades propias del derecho público exclusivamente para el cumplimiento de sus fines.
Concesionarios y contratistas de servicios públicos	Son sujetos de derecho privado que desenvuelven cometidos asignados contractualmente. No integran la organización administrativa y no imputan sus acciones u omisiones al Estado. De acuerdo con el art 6°LRE, el Estado no responde ni siquiera subsidiariamente por los daños que causen (“ BIANCHI ”).
Militares retirados	Los militares retirados no están en servicio activo. Como no desempeñan función estatal alguna, su actividad dañosa no es imputable a la administración. (“ DEOCA ”: el Estado no responde por la muerte provocada por un marino retirado con el sable que le entregó la Marina en ocasión de su ascenso a suboficial segundo y que conservó después de su retiro).

Utilicemos este relato para enfocar lo que hemos analizado en cuanto a la imputabilidad:

Comida trágica

La Sra. Margarita era una amante de las mascotas y, en especial, de los gatos. Alimentaba diariamente a todos los de su cuadra y, particularmente, a los que habitaban los jardines que rodean la sede de la Secretaría de Inteligencia del Estado, situada en el Barrio Norte de la Ciudad de Buenos. El 26 de octubre de 2018 a las 21:00 aproximadamente, cuando estaba dándoles de comer a los gatos a través de las rejas del portón de acceso a la finca, el Sr. ARD, empleado a cargo de la seguridad del predio accionó voluntariamente el botón del portón, lo que provocó que la Sra. Margarita quedara aprisionada entre la estructura del portón móvil y la columna fija que lo sostenía y sufriera lesiones gravísimas que luego de varios días de internación le causaron la muerte.

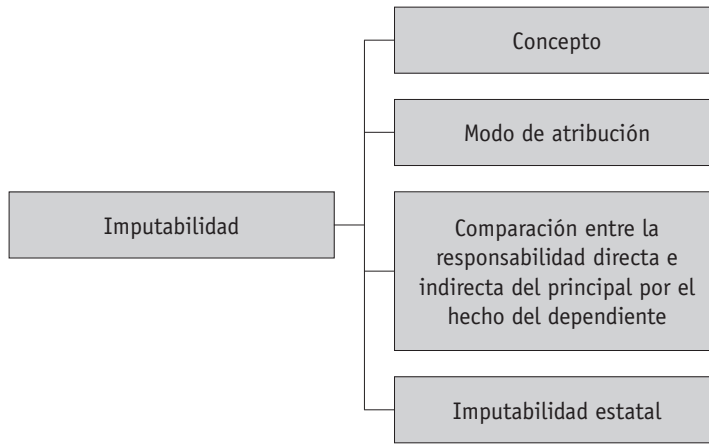
¿La falta cometida por el Sr. ARD es personal o es de servicio? ¿O son ambas a la vez? Si ARD cometió un delito, conducta que obviamente excede el marco de las funciones que le fueron atribuidas como agente de seguridad, ¿por qué debería el Estado asumir el costo de indemnizar a la víctima? Si ARD se apartó groseramente del modo en que debió llevar a cabo las tareas encomendadas, ¿ARD puede ser considerado *un tercero por el cual el Estado no está obligado a responder* (cónf. art. 4° LRE)?

La teoría del órgano viene a dar respuesta a todos estos interrogantes puesto que aunque la conducta negligente del agente podría traerle para sí responsabilidad penal, administrativa y patrimonial (como veremos en capítulos siguientes), ella no excluye la responsabilidad estatal, que convive con la personal del agente. Frente a los herederos forzosos de la Sra. Margarita por los daños y perjuicios sufridos por su homicidio, son responsables tanto el agente como el Estado, pues por aplicación de la teoría del órgano las conductas antijurídicas de ARD pueden atribuirse a la organización estatal a la que pertenece.

Dado que la conducta dañosa fue desplegada en ocasión de la función pública encomendada al agente (que puntualmente se vinculaba con la vigilancia y seguridad de ingreso y egreso de la sede de la Secretaría de Inteligencia del Estado), esta compromete la responsabilidad del Estado.

No podría invocarse que ARD es un tercero por el que el Estado no debe responder, ya que el hecho dañoso ocurrió justamente debido a la oportunidad que le brindó la función que tenía a cargo el agente y este realizó la conducta que resultó dañosa en cumplimiento de su tarea. Se trata, en definitiva, de una lesión que resultó de una de las tantas proyecciones o manifestaciones inmediatas o mediatas previsibles de la función pública.

Esquematisando



Bibliografía

- BALBÍN, CARLOS F., “Sobre los otros factores de imputación de la responsabilidad estatal”, *Temas de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Erreius, octubre de 2018, p. 919-932.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARAMELO, GUSTAVO, PICASSO, SEBASTIÁN & HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar>.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, 1ª ed, Rubinzal Culzoni, 2014.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, en CASSAGNE, JUAN C. (DIR.), *Summa de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 4089-4100.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- PIZARRO, RAMÓN D. & VALLESPINOS, C., *Compendio de derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Los cambios en la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Nuevo Código Civil y Comercial, 2014*. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/Los-cambios-en-la-responsabilidad-civil-por-SAGARNA.pdf>.
- SALVATELLI, ANA, *La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego, bajo situación de estado policial*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, *La Ley*, 2015, AR/DOC/3475/2015, p. 1-21. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, *La Ley* 2012-C, p. 671-683.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Amiano Marcelo Eduardo y otro c/ E.N. - Ministerio de Justicia y otro s/ proceso de conocimiento” (Fallos 326:4445).
- CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4944).

- CSJN, “Deoca, Corina del Rosario c/ Paredes, Fidel Leónidas y Estado Nacional (M. de Defensa de la Nación) s/ sumario” (Fallos: 324:1701).
- CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).
- CSJN, “Furnier, Patricia María c/Prov. de Bs. As. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Panizo, Manuel Nicolás c/ Prov. de Buenos Aires” (Fallos: 300:639).
- CSJN, “Piccini Silvia Susana y otro c/ La Rioja, provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2469).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).
- CSJN, “Zacarías Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Amiano Marcelo Eduardo y otro c/ E.N. - Ministerio de Justicia y otro s/ proceso de conocimiento” (Fallos 326:4445).
- CSJN, “Furnier, Patricia María c/Prov. de Bs. As. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).



CAPÍTULO 8

La relación de causalidad

Leer este capítulo te llevará:
60 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

La relación de causalidad es el tercero de los presupuestos que debe indefectiblemente verificarse en el análisis de la procedencia de la responsabilidad. El daño debe encontrarse vinculado con la actividad de la Administración en una relación causa-efecto, puesto que la lesión solo es indemnizable en la medida en que sea consecuencia del funcionamiento normal u omisivo de un órgano estatal o de actividades desarrolladas en interés general que provocan un perjuicio singularizado. En esa dirección, la LRE dispone que debe existir una **relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue (art.1º)** y que el Estado se exime de responsabilidad cuando esta relación causal se interrumpe por caso fortuito, fuerza mayor o por el hecho de la víctima o por un tercero por el que no debe responder (art. 2º).

La relación de causalidad se ocupa de desentrañar **el modo** en que se sucedieron los hechos que derivaron en la lesión ocasionada. Es un concepto que apunta a la existencia de **una unión o nexo** entre **el hecho y el daño**, y para ello tiene en cuenta la sucesión de acontecimientos que derivaron en la causación de esa lesión, de manera tal que esta última, *retrospectivamente*, encuentre su razón de ser en tales acontecimientos.

La evaluación que supone la relación de causalidad es *neutra* ya que resulta independiente de la juridicidad o antijuridicidad de la acción y de la culpabilidad del agente dañador. El nexos de causalidad involucra únicamente una cuestión fáctica y objetiva, es decir, si existe un enlace entre un hecho antecedente (causa) y el resultado dañoso (efecto). Por eso es que puede haber relación de causalidad sin que medie culpabilidad (por ejemplo, los daños causados por un enfermo psiquiátrico alojado en una institución pública de salud) o responsabilidad (por ejemplo, cuando la lesión es provocada por un tercero por el cual el Estado no debe responder).

Causa, condición y ocasión son conceptos entrelazados pero que no deben ser confundidos.

La condición es un mero antecedente del resultado que se produce. El derecho no le atribuye la autoría del daño a un sujeto por el solo hecho de haber aportado una condición, aun en el caso de que esta haya contribuido a provocar el daño. Solo cuando dicha condición asuma especial entidad, por ser *adecuada* para producir ese resultado, se la eleva a categoría de **causa jurídica generadora del daño**. De este modo, podemos decir que una causa es una condición calificada como idónea para generar el detrimento patrimonial o extrapatrimonial al que equivale el daño sufrido.

Otro tipo de condición es la ocasión, que torna viable o favorece la producción del resultado dañoso. En nuestro ordenamiento jurídico, por regla, no se responde por el mero hecho de aportar la ocasión del evento dañoso, aunque puede haber casos en los cuales la ocasión deviene jurídicamente relevante para que el ordenamiento jurídico la coloque en posición de causa (PIZARRO, 2013). Por ejemplo, si el Registro Nacional de Armas otorga la licencia de portación y uso de armas de fuego a una persona mayor de edad que pasó exitosamente los estudios psicofísicos y esta daña con ella a un tercero, la entrega del permiso del Registro no se constituye como causa jurídicamente relevante a los fines del deber de resarcir los daños ocasionados a la víctima. Permanece como una mera *condición* del hecho dañoso. En cambio, la entrega de armas reglamentarias a efectivos policiales constituye, en términos generales, una causa adecuada en caso de que ellos dañen a terceros mediante el uso de aquellas, y según la jurisprudencia consolidada de la CSJN que analizaremos en el capítulo 9 de este bloque (“COSSIO”), esta causa es idónea para generar responsabilidad del Estado.

Aunque desde un plano teórico la relación causal puede parecer un concepto sencillo, en la realidad de los hechos presenta muchos matices y, en muchas ocasiones, su falta de configuración resulta ser la causante del rechazo de la acción resarcitoria.

Consideremos esta situación:

Puerta 12

Debido a la intervención de agentes policiales que estaban dispersando los disturbios que se produjeron a la salida de un espectáculo deportivo, una persona hemofílica sufre una herida cortante leve. Aunque la herida fue superficial y se produjo en el marco de una actuación razonable del personal policial, le provoca una gran pérdida de sangre. A pesar de que fue atendida rápidamente por médicos del SAME que estaban en las cercanías del lugar de los incidentes, fallece al poco tiempo por la hemorragia.

¿Hay adecuada relación de causalidad entre la acción desplegada por el personal policial y la muerte del espectador?

Independiente de la condición puesta por los agentes policiales, la enfermedad que portaba la víctima fue la que en verdad actuó como una causa del deceso. Es cierto que sin la herida nada hubiera ocurrido pero para ser **causa adecuada** de la muerte, es necesario además que aquella resulte normalmente idónea para determinar el resultado concreto, lo que claramente no se da en el caso. Al no presentarse una relación de causalidad adecuada, el daño, aunque existió y es atribuible a un órgano estatal, **no es indemnizable**.

2. Las funciones de la relación causal

La causalidad cumple simultáneamente una doble función:

- a) permite **determinar la autoría**, es decir, cuándo un daño es pasible de ser atribuido materialmente a la conducta de un sujeto determinado y, consecuentemente, quién responderá por el daño causado.
- b) contribuye a establecer **la extensión del resarcimiento** mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.

El CCyC, al igual que antes el CC, contempla un sistema de consecuencias para determinar la extensión del resarcimiento que deberá afrontar el responsable por el daño causado.

El art. 1726 CCyC establece el principio general de que **solo se indemnizan las consecuencias inmediatas** —que son aquellas que derivan de un hecho determinado y que **acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas— y las mediatas previsibles**, es decir, aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Las consecuencias **mediatas** que no pueden preverse se llaman **consecuencias casuales** y, en principio, no se indemnizan. A su respecto no hay relación causal adecuada, pues entre el hecho originario y el daño se interponen otro u otros hechos que no son previsibles de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos.

Veamos un ejemplo. Una abogada que es aficionada al golf fue atropellada por un automóvil oficial. Como consecuencia de ello, no puede desarrollar sus actividades profesionales por cuatro meses, incurre en gastos médicos y kinesiológicos y tiene que contratar a una asistente para que colabore en las tareas domésticas y cuidado de sus niños menores. Además, no puede presentarse a un torneo de

golf en el que estaba inscrita y que tenía un premio de \$100.000. Mientras que los gastos médicos, los de asistencia y la merma de ingresos son consecuencias inmediatas del accidente –y, por ende, indemnizables–, la pérdida del premio del torneo es una consecuencia remota, pues estaba sujeta a un conjunto de situaciones que no tienen vinculación directa con el accidente, de allí que dicha pérdida no es indemnizable.

3. Diversas teorías que explican la relación de causalidad

Desde una lógica netamente física de la dualidad causa-efecto, todo daño es el resultado de una pluralidad de causas, que constituyen un antecedente sin el cual aquel no se habría producido. La dificultad en el campo jurídico reside en que no todos esos hechos poseen la misma virtualidad para producir el daño.

Consideremos esta situación:

De fiesta

Ana invita a su fiesta de cumpleaños a Beatriz, quien finalmente accede a ir por las insistentes llamadas y mensajes de WSP de la cumpleañera. El día del festejo, Beatriz toma un taxi que es embestido por el automóvil de Claudio que circulaba a contramano. El choque le causa a Beatriz diversas heridas leves por lo que es trasladada por el SAME a un hospital público. El Dr. Suárez, médico que la atiende allí, pasa por alto la contusión severa que presentaba Beatriz en las cervicales a raíz del accidente y le manifiesta que no habría inconvenientes para que concurra al festejo. Beatriz asiste y baila toda la noche. Sin embargo, alrededor de las 4:00 AM se desvanece y, al caer, sufre severas lesiones (quebradura de muñeca del brazo derecho, una cicatriz en su rostro y escoriaciones en todo el cuerpo). Cuando es hospitalizada le informan que el desmayo es atribuible a la lesión en las cervicales.

¿Por haberla invitado –e insistido– a concurrir a la fiesta, Ana es responsable por las lesiones de Beatriz? ¿Los daños sufridos por Beatriz deben imputarse al conductor imprudente que provocó el choque y la lesión de sus cervicales? ¿Fue la impericia del Dr. Suárez la causa adecuada del daño de Beatriz?

Como puede observarse, son varios los hechos –algunos lícitos y otros ilícitos; unos directos, otros indirectos; unos propios, otros ajenos– los que incidieron en el devenir de la situación descrita, a tal punto que podría, *contrafácticamente*, suponerse que nada habría ocurrido si Ana no le hubiera insistido tanto a Beatriz para asistir al evento o bien que no habría habido daño alguno si Beatriz decidía ir con su propio auto a la fiesta, en vez de tomar un taxi. De modo que el problema para los operadores jurídicos se halla en determinar cómo o hasta dónde atribuir jurídicamente a una persona la causación de un daño determinado.

La doctrina ha esbozado **distintas teorías** a fin de dilucidar cuál de estos antecedentes materiales sería el idóneo para erigirse como la causa jurídica del daño causado.

Teoría de la equivalencia de las condiciones	Teoría de la causa próxima	Teoría de la causa eficiente	Teoría de la causa adecuada
<p>Toda contingencia positiva o negativa de cualquier naturaleza que tuvo intervención en el devenir de los hechos es “causa”. No se hace distinción alguna entre las condiciones, ya que asume que toda condición que contribuye a producir el daño tiene igual valor. Presenta el defecto de que amplía la responsabilidad hasta el infinito, “todo el mundo es culpable de todo” (LLAMBIAS, 1994, 369)</p>	<p>La causa generadora del daño es el antecedente o factor temporalmente inmediato de un resultado. Los restantes hechos son condiciones, pero en sí mismos resultan inaptos para atribuir la lesión sufrida a sus autores. Si bien pareciera superar las inconsistencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones, esta teoría también presenta deficiencias pues aunque es frecuente que la última condición sea la causa del daño, esto no siempre es cierto. En muchos casos las condiciones se dan de manera compleja, simultánea o confusa.</p>	<p>A diferencia de la de la equivalencia de condiciones, distingue a estas en cuanto a su eficiencia para la producción del daño. Para ello se selecciona, de entre todas, aquella que tenga mayor idoneidad o poder intrínseco para causar la lesión. Presenta dificultades para determinar qué y cuándo una causa es eficiente, ya sea desde concepciones cuantitativas o cualitativas.</p>	<p>Distingue entre causas y simples condiciones. No todo acontecimiento que pudo servir de condición al hecho dañoso es causa. Solo es causa adecuada aquel o aquellos hechos que, normal y generalmente, resultan idóneos para producir la lesión, según el curso ordinario y normal de las cosas. El juicio de probabilidad se realiza en abstracto y ex post facto siguiéndose un método de “pronosis póstuma”: el juez debe establecer, en un análisis retrospectivo de normalidad, si era previsible que cierto hecho generara determinado resultado, de acuerdo con lo que habría previsto un hombre medio en el momento del hecho. “No basta con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde un punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho”. (CAMELO, PICASSO y HERREIRA, 2015, 432).</p>

Consideremos ahora cómo se resolvería la situación planteada anteriormente, a la luz de cada uno de los criterios doctrinarios que comentamos

Teoría de la equivalencia de las condiciones	Teoría de la causa próxima	Teoría de la causa eficiente	Teoría de la causa adecuada
<p>Desde esta teoría, la invitación de Ana, su insistencia, la decisión del taxista de tomar por esa calle y no otra, la imprudencia del conductor Claudio y el mal diagnóstico del Dr. Suárez son condiciones igualmente equivalentes para la producción del daño. Incluso también lo es la propia conducta de Beatriz que, luego de salir del hospital, decidió acudir de todas formas a la fiesta y bailar toda la noche.</p>	<p>Como la causa más próxima del daño podríamos consignar el mal diagnóstico del Dr. Suárez, quien omitió efectuar los exámenes de rigor, sin advertir las fuertes contusiones en la zona cervical. A raíz de ese diagnóstico errado, Beatriz decidió ir a la fiesta. Desde esta óptica, el choque y la invitación son condiciones que carecen de suficiente relevancia para la producción del resultado dañoso.</p>	<p>El choque es la causa de la lesión de Beatriz ya que de entre todas las condiciones (invitación, choque, diagnóstico errado), es la que ha tenido más incidencia en la producción de la lesión. Es decir, es el hecho que mayor idoneidad tuvo para causar la lesión en la zona cervical. Sin embargo, es evidente que el resultado final no fue producto exclusivamente del choque, pues las decisiones que se adoptaron con posterioridad (diagnóstico del médico, ir a la fiesta luego del choque) también fueron determinantes para la producción del daño final. Sin embargo, desde esta teoría, serían causas excluidas.</p>	<p>Desde esta óptica, son causas adecuadas tanto el choque como el diagnóstico negligente del médico, cada una en la medida de su incidencia en los daños, pues tanto un hecho como el otro fueron idóneos para producir las lesiones según el curso normal y natural de las cosas. Es decir, general y normalmente, un choque automovilístico tiene entidad para provocar daños, como también lo tiene un diagnóstico médico errado que no detecte el cuadro y prevenga al paciente para evitar movimientos inapropiados que puedan agravar su situación.</p>

4. El nexo causal en el CCyC y la LRE. La relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal lícita y el daño

Tanto el CCyC y la LRE, al referirse a la responsabilidad estatal ilícita (cónf. art. 3), reconocen la teoría de la **causa adecuada**.

En el **artículo 1726** el CCyC contempla: “Son reparables las consecuencias dañosas que **tienen nexo adecuado de causalidad** con el hecho productor del daño”. Asimismo, el art. 3° de la LRE requiere también una relación de **causalidad adecuada** entre la actividad o inactividad irregular del órgano estatal y el daño cuya reparación se persigue.

Sin embargo, para la parcela de la responsabilidad lícita, en su art. 4° la LRE exige que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo.

Este último criterio, si bien se ajusta a lo requerido en algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia (“TEJEDURÍAS MAGALLANES”, “LEDESMA”, “EL JACARANDÁ”) resulta sumamente restrictivo y plantea serias dificultades en

escenarios en los que el daño resulta consecuencia de la actuación de un conjunto de causas que se encuentran vinculadas y que son atribuibles a distintos sujetos, ya sean terceros o el propio afectado, que concurren con sus acciones u omisiones a la producción de un efecto lesivo. Estos supuestos implican **situaciones de concausalidad y cocausación del daño**, que pueden a su vez derivar en casos de **conurrencia de responsabilidad** que exigen determinar en qué porcentaje deberá responder cada uno de los implicados.

¿Nexo de causalidad exclusivo o excluyente?

Supongamos que al realizar obras de extensión del subterráneo se provocan fisuras en un edificio lindero a una de las nuevas estaciones. Estos daños individuales y singulares de los propietarios y del consorcio son indemnizables bajo la figura de la responsabilidad lícita del Estado puesto que mientras que todos los vecinos de la zona se benefician por la obra, los consorcistas se perjudican singularmente.

Pero si las pericias prueban que la causa de las fisuras no son exclusivamente atribuibles a las obras del subte sino que también incidió la deficiente situación en que se encontraba el inmueble, aunque el nexo de causalidad entre la acción estatal y el daño sigue existiendo, este deja de ser exclusivo e incluso debido a ello, la Administración podría llegar a reducir su responsabilidad. Pero ¿sería justo que la excluya totalmente?

Enfoquemos nuevamente el tema, pero esta vez **en el campo de la ilicitud**.

“X”, que está detenido en una unidad carcelaria, fue invitado por otro interno a tomar mate a una de las celdas ubicadas en el pabellón en que se alojaban. Al llegar a dicha celda, en la que se encontraban otros seis internos más, “X” fue apuñalado por los restantes internos y falleció en el acto. Luego, estos trasladaron el cadáver a una celda vacía de otro pabellón.

La muerte de “X” fue causada por los internos, pero esto no soslaya la omisión o deficiente accionar atribuible al Estado, en tanto tiene a su cargo el servicio penitenciario y debe velar por la seguridad de los presos alojados en ella. Desde la perspectiva de la causalidad “exclusiva”, y asumiendo por vía de hipótesis que esta fuera requerida también para la responsabilidad ilícita del Estado, este caso quedaría al margen de todo resarcimiento. ¿Sería justo?

El hecho de que el nexo causal no sea exclusivo ¿implica que haya dejado de ser adecuado?, ¿justifica exonerar de toda responsabilidad al Estado? ¿Se

borra la injusticia del daño cuando un tercero o la propia víctima hubieran tenido alguna participación en la causación de los perjuicios? ¿La comunidad no se sigue beneficiando, en este caso, a expensas del sacrificio individual del afectado?

En la realidad de la vida los hechos que desencadenan lesiones no suelen presentarse en forma aislada, sino de manera compleja, simultánea y hasta confusa. Es muy frecuente que una lesión se produzca por la existencia de un conjunto de causas que se encuentran vinculadas con distintos sujetos. Y por eso un modo de resolver estos conflictos es determinar equilibradamente a quién corresponde la obligación de indemnizar y en qué proporción debe hacerlo.

En el derecho español, inicialmente se requería para poder responsabilizar al Estado que la relación de causalidad fuese directa, exclusiva e inmediata, sin que existiese ninguna posibilidad de que otros agentes o, incluso, la propia víctima pudiesen participar en el resultado del daño, con acciones u omisiones. Esta teoría de la **causalidad exclusiva** “ha sido progresivamente abandonada y actualmente las más extendidas son las de equivalencia de condiciones y la de la causalidad adecuada” (RECUERDA GIRELA, 2014, 359). GONZÁLEZ PÉREZ (2000), al comentar las sentencias más representativas de estos nuevos lineamientos destacaba:

la doctrina jurisprudencial tradicional va a ir siendo abandonada, y acabará por sentarse como regla general, con alguna excepción, que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada responsable. Aun cuando en la producción del daño hubiese tenido intervención la víctima o un tercero, no se rompe el nexo causal. Ahora bien, ello no supone que recaiga íntegra la responsabilidad sobre la Administración —corriendo la indemnización a su cargo—, sino que puede traducirse en una matización a la hora de fijar la indemnización. (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 382).

No encontramos una justificación razonable para hacer una diferencia en punto al nexo causal entre el tratamiento de la responsabilidad estatal lícita e ilícita.

La eventual existencia de culpa de la víctima o de un tercero o de cualquier otro factor ajeno a la actuación estatal lícita no puede determinar la exoneración total de responsabilidad administrativa cuando la conducta atribuible al órgano estatal fue adecuada, por sí misma, y al menos en parte, para desencadenar el perjuicio. Se deberá hacer un examen particular y centrado en las particularidades del caso, en virtud del cual se determinará la responsabilidad que corresponde a cada causante del daño, y si la conducta estatal concurre con otra, la Administración resultará responsable de modo concurrente o solidario con otros legitimados pasivos, en la proporción que se establezca.

5. Fractura del nexa causal

El nexa causal entre el hecho y el daño puede ser total o parcialmente excluido por la existencia de factores externos que lo debilitan o interrumpen. Estas circunstancias se denominan “**causa ajena**” o “**causa extraña**” y se identifican con tres situaciones diferentes:

- i) el hecho de la víctima;
- ii) el hecho de un tercero por el que no se debe responder, y
- iii) el caso fortuito o fuerza mayor.

Este esquema fue receptado por la LRE en su artículo 2º, en tanto prevé que el Estado **se exime de responsabilidad** tanto en el campo lícito como ilícito por los daños que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor –salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial–, y cuando el perjuicio se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Como dijimos estos hechos externos pueden afectar la relación causal de modo de suprimirla totalmente o solo pueden aminorarla. Hay **ausencia total** de relación de causalidad cuando el daño de cuya reparación se trata proviene de una causa ajena al hecho del demandado. Por ende, el presunto responsable se verá eximido totalmente de responsabilidad ya que él no ha sido el autor del daño. En cambio, hay **ausencia parcial** de nexa causal cuando el daño proviene de diversas causas adecuadas –que se llaman “**concausas**”–, por lo cual el demandado estará interesado en probar que él es ajeno a alguna de ellas para eximirse de responsabilidad *en la medida* que ha sido extraño al resultado dañoso.

Por ejemplo, si una persona cruza por fuera de la senda peatonal y es atropellada, su acción puede tener distinto grado de influencia en la producción del daño: si su conducta fue la única a la que puede atribuirse que se haya desencadenado el perjuicio, el nexa causal se rompe absolutamente, en cambio, si el vehículo también circulaba a mayor velocidad que la permitida o si el conductor manejaba estando ebrio, la conducta de la víctima solo constituye una concausa que no excluye la responsabilidad del conductor.

Las situaciones de quiebre del nexa causal deben ser alegadas por el demandado al tiempo de contestar la demanda y **debe probarlas durante el curso del proceso**. Es el juez de la causa quien determinará, a partir del examen de las constancias probatorias, la **proporción en la que responde cada sujeto que aportó una concausa**, siendo además muy común recurrir a un sistema de **distribución porcentual** sobre el total de los daños cuantificados.

De ser acreditada la cocausalidad o la concausalidad, nace una obligación **in solidum o simplemente mancomunada**. Cuando un daño encuentra su causa en varios hechos cometidos por personas diferentes que actuaron de manera

independiente, la víctima puede buscar la reparación de su perjuicio solicitando la condena de una de esas personas o de ellas conjuntamente, sin perjuicio de las **acciones de repetición** que los coautores del daño podrían entablar entre ellos. **Cualquiera o todos responden por el todo frente a la víctima.**

Veamos algunos casos.

Por ejemplo, en “**BONADERO ALBERDI DE INAUDI**” se discutía la responsabilidad de la empresa estatal Ferrocarriles Argentinos por un accidente ocurrido en un paso a nivel, en el que el Sr. Inaudi falleció atropellado por un tren y en la que se había demostrado, por un lado, que la víctima había cruzado imprudentemente y, por el otro, que la zona era peligrosa y las condiciones de visibilidad y señalización no eran las óptimas. El tribunal condenó a la empresa demandada al pago del 50% de los daños acreditados, puesto que tuvo por configurada la culpa compartida entre la parte actora y la demandada.

Ahora bien, ¿qué consecuencias concretas puede traer la verificación de una causa ajena?

Siempre de acuerdo con las características de los hechos, las consecuencias son dos: 1. la reducción de la obligación del responsable de resarcir en proporción a la incidencia causal en el devenir del daño; o 2. ruptura total de la relación de causalidad, lo que deriva, indefectiblemente, en la falta de responsabilidad del agente al que se la pretenda atribuir.

En este punto la LRE presenta una falencia pues no ha contemplado los supuestos de quiebre *parcial* de la responsabilidad estatal por los hechos de terceros. El art. 3° de la LRE solo registra la exclusión total de responsabilidad pero no una eventual aminoración de ella, lo que como hemos visto es equivocado. Cuando medien causas ajenas el Estado eventualmente podrá limitar su responsabilidad, pero nunca excluirla del todo. En este sentido el régimen de responsabilidad estatal de la provincia de Mendoza es superador puesto que prevé que cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquel no deba responder, “la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso” (cónf. art. 3° inc. c. ley 8668).

Los hechos, siempre los hechos

La configuración de las situaciones que interrumpen o debilitan la responsabilidad estatal remite siempre a las circunstancias de cada caso y su suerte depende de la eficacia probatoria de los elementos aportados por las partes a su respecto.

En la recordada obra del profesor Agustín Gordillo *El método en Derecho* (GORDILLO, 2012) se destaca la importancia de la correcta identificación

de *los hechos de un caso jurídico* como primer paso para abordar su solución. Como magistralmente explica el autor, el Derecho se concreta a partir de su *aplicación a un caso concreto*, pues no implica razonamientos jurídicos abstractos sino que es “un producto del razonamiento a partir de la prueba” en donde “lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente...”. Una vez logrado ello, *el abogado comienza ya a formarse algunas hipótesis sobre posibles encuadres o soluciones del caso* (GORDILLO, 2012, 3).

Por otro lado, tampoco puede olvidarse que los hechos que tendrán en cuenta los jueces son solo aquellos que pudieron ser *probados* durante el proceso. Ellos constituirán el sustento fáctico de la sentencia y de allí la importancia de **la prueba**. Deberán acreditarse así los hechos que corroboren la existencia de todos los presupuestos de la responsabilidad estatal: la efectiva producción de un daño, su cuantía o extensión, la relación de causalidad entre ese daño y el hecho que se imputa al demandado, etc.

En este orden de ideas, el fallo “**SERRADILLA**” ilustra lo determinante que puede ser la prueba para acreditar los daños invocados ya que aun cuando la Corte Suprema tuvo por probada la existencia de una falta de servicio por parte del Estado Nacional y de la provincia de Mendoza, de los \$131.348,63 reclamados por la víctima solo fueron reconocidos \$5.000 por no haberse probado la efectiva existencia, cuantía ni relación de causalidad de algunos de los perjuicios alegados.

En el considerando 8° de esta sentencia la Corte destacó

la premisa insoslayable (...) de que la indemnización de los perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos y su determinación requiere la comprobación judicial de tal extremo (Fallos: 312:1599), excluyendo de las consecuencias resarcibles a los daños meramente eventuales o conjeturales en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado.

En el caso se había probado la pérdida del DNI del actor por parte de los organismos públicos encargados de su guarda, la utilización fraudulenta de su identidad por un tercero y la consecuente privación del uso de sus cuentas bancarias y tarjetas de crédito. Sin embargo, la liquidación presentada por el actor de los daños derivados de tener que pagar en efectivo saldos deudores que originalmente eran a crédito, fue considerada por la Corte *absolutamente discrecional* por no surgir de ella cuál era el monto de la compra, ni el costo de la financiación, ni el de los intereses que tuvieron que afrontarse fuera del término pactado y por no existir ningún otro elemento que permitiera establecer el perjuicio aducido (considerando 10).

Respecto de los gastos por tratamiento psicológico que el actor reclamó, el máximo tribunal no consideró probada la relación de causalidad entre ellos y la conducta estatal pues en el transcurso del proceso se demostró que se recurrió a tal tratamiento por motivos ajenos a los acontecimientos debatidos en la causa (considerando 13). Respecto de los gastos de traslados y gestiones que alegó haber realizado el actor, la Corte señaló que “ante la expresa negativa acerca de su autenticidad, el actor no ha producido prueba alguna tendiente a su comprobación” (considerando 11). En relación con los daños por paralización de obras en su vivienda y la pérdida de participación en un fondo de comercio, la Corte expresó que “resultan meramente conjeturales cuando no derechamente inexistentes” (considerando 11) pues si bien el actor demostró su desvinculación de un emprendimiento, no probó la relación de causalidad adecuada ni demostró la existencia de daño con el grado de certeza necesario para ser resarcido.

5.1. Situaciones particulares de fractura del nexo causal

Consideremos ahora una a una las causales que rompen total o parcialmente el nexo causal: el hecho de la víctima; el hecho de un tercero por el que no se debe responder; un caso fortuito o de fuerza mayor.

5.1.1. El hecho de la víctima

En la causación de un daño puede tener incidencia, en mayor o menor grado, el propio obrar de la víctima.

Si su conducta ha sido causa o concausa adecuada del daño, esta no puede pretender descargar sobre otro la pérdida que ha sufrido. En este caso, el presunto responsable puede exonerarse de responsabilidad o disminuirse la indemnización que deberá afrontar en proporción a la intervención de la propia víctima.

Veamos algunas situaciones:

- un peatón cruza una barrera baja y es embestido por un tren.
- un conductor no usa cinturón de seguridad y es atropellado por otro automotor.
- un paciente no respeta la prescripción médica para la toma de los medicamentos o la práctica de las curaciones indicadas.
- una persona se arroja al agua a nadar pese a la advertencia en carteles y señales de que está prohibido zambullirse.

- una persona cruza una avenida transitada por fuera de la senda peatonal y es atropellado por una motocicleta de la policía.
- un operario emplea una máquina sin atender a las precauciones de su debido uso.

En todos estos casos, en mayor o menor proporción, el obrar de la víctima ha colaborado en el *iter* causal. El desafío judicial será entonces determinar en qué medida este accionar incidió y si este tiene entidad tal como para desplazar total o parcialmente el obrar del agente al que se le atribuye el daño.

El CCyC contempla que el simple hecho del damnificado, que es aquel que el propio afectado efectúa contribuyendo causalmente en la producción del daño que él mismo padece, excluye total o parcialmente la responsabilidad (cónf. art. 1729).

Con el fin de respetar una coherencia terminológica con la actual concepción receptada en el CCyC en materia de daños, se ha optado por la expresión “hecho del damnificado”, dejando atrás la de “culpa de la víctima” que empleaba el Código Civil. Por eso, **el hecho de una persona sin discernimiento** –por ejemplo, un peatón que bajo los efectos de estupefacientes cruza corriendo imprudentemente una ruta muy transitada y es arrollado– **también puede constituirse como “hecho del damnificado” y, en consecuencia, romper total o parcialmente el nexo causal** respecto de las personas a las que se les atribuye la responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, vale puntualizar sobre dos supuestos:

- a. El mismo art. 1729 contempla que **no hay ruptura del nexo causal por el simple hecho del damnificado, cuando la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo o de cualquier otra circunstancia especial**. En esta parte, el artículo se refiere a casos de damnificados especialmente protegidos por regímenes particulares y, en estos casos, exige que la víctima haya incurrido en culpa o dolo para que el responsable se pueda exonerar. Serían por ejemplo, los casos de peatones en materia de tránsito (ley 24449) o lo relativo a daños al consumidor (ley 24240).
- b. **¿Qué ocurre con el “dolo de la víctima”?** La doctrina ha enfatizado que si el damnificado ha buscado intencionalmente el daño, el dolo con el que actuó absorbe con exclusividad la eficacia causal y rompe el nexo de causalidad.

En **materia de responsabilidad del Estado**, es práctica recurrente que al contestar el traslado de la demanda resarcitoria, el demandado invoque entre sus defensas el hecho de la víctima para menguar o, incluso, eliminar el acuse de responsabilidad que sobre él se efectúa.

Así, para citar algunos ejemplos, dentro de la casuística encontramos:

- la Corte Suprema de Justicia de la Nación **ha desechado** la invocación de esta causal en un caso que versaba sobre el suicidio de un detenido con un arma que indebidamente estuvo a su alcance mientras se encontraba demorado en una unidad policial (“PEREA DE ROMERO, GLADYS”); o ante la persecución generada a raíz de que la víctima, al considerar equivocadamente que estaba siendo asaltada, no acató la orden de detención emitida por agentes policiales encubiertos, quienes le dispararon al detenerlo (“RISSO”); o bien frente a los daños sufridos por una pasajera al descender de un vagón de subterráneo en el medio de un tumulto de personas que viajaba en dicho transporte público (“LEDESMA”).
- Por el contrario, el Máximo Tribunal **ha admitido** esta causal para aminorar la responsabilidad estatal ante la muerte de dos personas que participaron de una riña con una comisión policial de la que provino el disparo del arma reglamentaria que los ultimó (“NOYA”) o frente a un accidente ocurrido en un paso a nivel, en el que la víctima falleció atropellado por un tren y en la que se había demostrado que la víctima había cruzado imprudentemente (“BONADERO ALBERDI DE INAUDI”).

Último momento

La Justicia investiga la muerte de Tomás Villamil, uno de los ocho acusados del ataque contra la comisaría de San Justo. El cuerpo del imputado, de 28 años, fue hallado en el calabozo de la alcaldía de San Nicolás, donde se encontraba detenido desde el 8 de mayo pasado. A partir de las declaraciones de los otros internos alojados en el mismo pabellón que Villamil, quienes indicaron que no escucharon gritos ni ruidos de peleas, los investigadores judiciales abonaron la hipótesis del suicidio.

(...)

Villamil había sido apresado el 7 de mayo último, en Villa Lugano y estaba acusado de integrar el grupo que el 30 de abril irrumpió en la comisaría de San Justo para rescatar al detenido Leandro Aranda. A principios de junio, la Justicia de Garantías de La Matanza le había dictado la prisión preventiva por el intento de homicidio de la sargento de la policía bonaerense Rocío Villarreal (“Encontraron muerto a un detenido en una comisaría”, 14 de julio de 2018) *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/2153319-encontraron-muerto-a-uno-de-los-detenidos-por-el-ataque-a-la-comisaria-de-san-justo>.

La prensa ofrece una gran cantidad de material valioso para confrontar las categorías teóricas del derecho administrativo con la vida diaria.

En esta crónica se relata una situación que remite a la responsabilidad estatal pues el detenido que apareció muerto estaba bajo la guardia y custodia del sistema penitenciario bonaerense.

Aunque la pauta básica para evaluar las obligaciones estatales para con las personas privadas de su libertad se desprende directamente de la Constitución Nacional, cuando el art. 18 dispone que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella (“**BADIN**”), la noticia incorpora, como hipótesis a verificar, un hecho atribuible a la víctima con incidencia en el nexo causal, como es un posible suicidio. Ello da lugar a preguntarse si el Estado local es responsable o no por el daño que sufrirán los familiares de Villamil por la pérdida de su ser querido y, en su caso, en qué medida.

Otro aspecto que insinúa la crónica es el carácter objetivo de la responsabilidad estatal desde que aquella surge por la mera existencia de una organización estatal con competencias específicas en materia de seguridad y un cometido legal asignado y aun cuando ningún órgano físico perteneciente a tal institución haya intervenido en la causación directa del daño. También permite descubrir el instituto de la prejudicialidad penal, que como veremos en el capítulo 21 del bloque 5, incide en una posterior demanda resarcitoria e incluso da el marco para hipotetizar respecto a posibles rubros resarcibles, ya que aun cuando la víctima no generaba ingresos económicos para su familia por estar privada de su libertad, su pérdida podría ser significativa en términos indemnizatorios.

5.1.2. *El hecho de un tercero por el que no se debe responder*

Ya no se trata aquí de analizar la incidencia del hecho de la propia víctima en la producción del daño, sino que **es un tercero que no es el damnificado ni el presunto responsable el que influye en la generación del daño.**

Si el demandado prueba que la causa del daño es la culpa de un tercero, y que este último, a su vez, no dependía ni se hallaba subordinado a aquel, el demandado se eximirá de responsabilidad total o parcialmente y será en cambio al tercero por quien no se debe responder, a quien se le atribuirá materialmente el perjuicio sufrido en la proporción que corresponda (en todo o en parte).

La ley en muchos supuestos impone a una persona responder por el hecho de un tercero, como por ejemplo a los padres por los daños cometidos por sus hijos menores. De este modo, **los funcionarios y empleados estatales no son**

terceros por los que el Estado no debe responder. Por el contrario aquí opera en plenitud su **responsabilidad directa**, tal como hemos tratado en otros pasajes de esta obra.

Para que se configure esta eximente es necesario constatar que el hecho del tercero tenga incidencia causal (exclusiva o concurrente). Además el CCyC prevé en su artículo 1731 que para eximirse de responsabilidad total o parcialmente por el hecho del tercero por quien no se debe responder, **es menester reunir los requisitos del caso fortuito.**

De no verificarse estos requisitos, **existe un caso de concurrencia de actuaciones del demandado y del tercero y, por ende, hay una responsabilidad compartida de ambos.** En efecto, la figura del tercero involucrado tendrá la virtualidad de traer un sujeto más obligado a reparar, ya sea en forma **solidaria** –si el daño obedece a una única causa– o de manera **concurrente**, cuando posee distintas causas.

En definitiva, lo que debe probarse para tener por configurada esta eximente es que el hecho fue, por un lado, imprevisible o inevitable para el sindicado como responsable, y por el otro, exterior a él.

Como veremos en el bloque siguiente, en **la responsabilidad estatal por omisión**, la problemática del tercero por el que no se debe responder es frecuente. Por lo general en estos casos se le reclama al Estado un resarcimiento imputándole la falta de adopción de las medidas adecuadas para evitar la causación de daños que en sentido estricto fueron infringidos por terceros (por ejemplo, por compañías aseguradoras que estando sujetas al contralor de la Superintendencia de Seguros de la Nación quiebran y no pueden indemnizar a las víctimas de accidentes). Se ha entendido que la circunstancia de que las compañías de seguros estén sujetas a regulación estatal por razones de interés general no las releva de la responsabilidad personal por los daños que causan a los asegurados ni torna al Estado co-responsable de los daños que pudieran resultar del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo (“**ALBO MODESTA DEL VALLE c/GIMENEZ VIAJES**”). En ese supuesto se estaría ante la conducta de un tercero por el cual, en principio, el Estado no debe responder.

Tropezones en las veredas

Una de las demandas de daños y perjuicios más habituales en el fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires es la que tiene por objeto el resarcimiento de los daños sufridos por los peatones que tropiezan, caen y se lastiman por el deficiente estado en que se encuentran las veredas de la ciudad.

La ley porteña 5902 coloca en los propietarios frentistas un deber de mantenimiento y conservación de las veredas que coexiste con la obligación que posee el GCBA como titular de las aceras en tanto forman parte integrante del dominio público. En consecuencia, ambos –cada uno en su medida y por factores de atribución diferentes– son responsables por los daños causados a los peatones y ello da lugar a un supuesto de **culpas concurrentes ya que los frentistas son “terceros”** por los que el GCBA no debe responder.

5.1.3. Caso fortuito o fuerza mayor

Se considera caso fortuito o fuerza mayor, indistintamente, al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiéndolo sido, no ha podido ser evitado (cónf. art. 1730 CCyC).

El CCyC emplea los términos *caso fortuito* y *fuerza mayor* como sinónimos, pues en la medida en que se acredite el hecho imprevisible o inevitable, la consecuencia en el terreno resarcitorio será la eximición de responsabilidad, excepto disposición en contrario en casos especiales (v.gr. art. 39 de la ley de obras públicas 13064).

Así, en tanto se verifique que el hecho dañoso fue **extraño** a aquel a quien se le atribuye responsabilidad, **imprevisible** e **inevitable**, se produce la fractura total de la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima.

Veamos los alcances de estos tres aspectos:

La **imprevisibilidad** debe ser entendida desde la perspectiva de lo que podría haber previsto un **hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso**. En otras palabras, no se trata de indagar qué fue lo que efectivamente previó el agente, sino de trazar un **estándar de previsibilidad objetivo** de acuerdo con la mecánica de los hechos y circunstancias.

La **inevitabilidad** agrega la circunstancia de que el hecho –que no pudo preverse– tampoco pudo detenerse mediante un obrar razonable por parte de los agentes intervinientes. A su vez, puede darse el supuesto de que el hecho sea previsible, pero sus consecuencias sean invencibles o insuperables.

A ello debe sumarse como tercera nota tipificante el hecho de que el agente no haya colocado ningún antecedente idóneo que haya dado curso –facilitando o agravando– al suceso lesivo sobreviniente. Es decir, el caso fortuito debe ser **extraño** al agente.

Detengámonos ahora a analizar algunas situaciones frecuentes:

Lluvias e inundaciones: si en caso de temporal se producen lluvias torrenciales que escapan a las medias normales y habituales, y ellas hacen insuficiente la red de alcantarillado de un barrio, y a consecuencia de la inundación se generan daños, el Estado estará exento de responsabilidad porque se trata de un hecho exterior e imprevisible y por tanto inevitable. En cambio, si las lluvias no superan el promedio habitual o si mientras se realiza una obra de mantenimiento de la red de cloacas se rompe algún ducto y se causan inundaciones en algunas viviendas, la Administración deberá responder. En este caso no se trata de un hecho ajeno a ella ni imprevisible, sino de una conducta negligente o deficiente en la realización de las obras.

Desprendimiento de ramas y caída de árboles: las ramas y árboles que caen a raíz de una tormenta, en principio, no califican como accidente fortuito o caso de fuerza mayor, ya que un fuerte temporal y la caída de un árbol provocado por el viento o la lluvia no es un hecho extraordinario ni imprevisible. Por ende, si a raíz de una tormenta fuerte pero no excepcional, un árbol cae sobre un vehículo estacionado en la vía pública y le causa daños, la tormenta no configura un caso fortuito eximente para el Estado demandado. Este, en su calidad de titular del poder de policía y dueño del arbolado público, deberá afrontar los daños causados al propietario del vehículo porque no cumplió con sus obligaciones de mantenimiento y conservación del ejemplar. La única forma de eximirse será acreditar que las condiciones meteorológicas existentes al momento del accidente fueron de dimensiones inusitadas.

6. Causalidad en la omisión. Nexo de evitación

A diferencia de lo que ocurre con quien actúa, el sujeto que incurre en una omisión antijurídica **no ocasiona el resultado dañoso**, sino que este posee otra causa, que bien puede ser natural –como crecidas de ríos o inundaciones, artificial– por ejemplo el deterioro de maquinarias riesgosas o producida por un tercero. Ellas son, en verdad, las que guardan una vinculación **directa** con el perjuicio ocasionado.

Es por ello que el análisis de las conductas omisivas se apoya en la **evitación de un perjuicio** que, de no intervenir mediante acciones positivas, se produciría indefectiblemente conforme al curso normal de las cosas.

Como puede advertirse, se trata de **una interferencia en el curso natural de otra causa** que es la que se dirige a producir un daño. De allí la complejidad de este aspecto, puesto que en la omisión antijurídica la relación de causalidad está dada en tanto se verifique que **el Estado no ha llevado cabo los deberes y obligaciones a su cargo**—en el capítulo 12 del bloque 3 analizaremos si aquellos mandatos deben surgir del ordenamiento jurídico en forma expresa y determinada o alcanza con que se desprendan de modo genérico— **para evitar la causación de un daño**.

Bullying y peleas en el recreo

Imaginemos que un preceptor de una escuela secundaria advierte que durante el recreo tres alumnos comienzan a increpar a otro y luego lo golpean, pero no interviene para separarlos. A los diez minutos la golpiza finaliza por decisión de los mismos alumnos, cuando se dan cuenta de las graves lesiones que le infligieron al otro menor.

Obviamente los golpes no los produjo el celador, pero en su calidad de tal, tenía el deber de intervenir para impedir que se causaran las lesiones. El deber de custodia que posee el preceptor respecto de los alumnos durante los recreos, junto con las facultades disciplinarias con las que cuenta para detener tales comportamientos, dan cuenta de que su intervención habría sido adecuada para evitar los daños que sufrió el menor. **La responsabilidad estatal se genera por haber omitido actuar.**

A este tipo de relación de causalidad se la denomina **nexo de evitación** y va de suyo que el vínculo que debe guardar la omisión con el daño tiene que reposar en una **causalidad adecuada**, es decir que **de haberse realizado la conducta omitida, el daño no se habría producido**. De allí que el nexo de evitación debe ser estudiado a partir de la representación de lo que podría haber sucedido si la conducta debida hubiera sido cumplida. La omisión guardará adecuada causalidad cuando la acción esperada **hubiere probablemente evitado el resultado** y no cuando este último de todos modos habría tenido lugar (“**MOSCA**”).

7. Prueba del nexo causal

La carga de la prueba de la relación de causalidad, como así también de sus eximentes, corresponde a quien los alega, excepto que la ley los impute o los presuma (art. 1736 CCyC).

En todos los casos, la víctima deberá acreditar la relación de causalidad entre el presunto responsable y el daño, salvo que la misma esté presumida. Así por ejemplo, tratándose de una responsabilidad grupal (cónf. art. 1762 CCyC), existe una presunción de causalidad a nivel de autoría de todos los que integran el grupo, por lo que solo se libera quien demuestra que no lo integraba.

La otra cara de la moneda la constituye **la prueba del eximente tendiente a la ruptura del nexo de causalidad**, que, conforme la norma citada, es carga procesal del agente o dañador acreditarla, salvo que la ley se lo impute o presuma.

8. ¿Cómo se distribuye la reparación en casos de cocausalidad?

Como hemos explicado, no es extraño que el daño que sufre la víctima provenga de varias causas, alguna de ella atribuible en forma directa o mediata al Estado y otras imputables a terceros ajenos a aquel. Si bien el fenómeno de la cocausalidad es más frecuente en el campo de la omisión estatal, este puede tener lugar cualquiera sea la fuente de atribución de la responsabilidad estatal, y de allí que sea conveniente analizar el modo en que se distribuye la responsabilidad entre los indicados como responsables, y particularmente, de qué forma accede la víctima a su indemnización.

De entrada, hay que recordar que *responsable directo del hecho dañoso* es quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749 CCyC). Ahora bien, si varias personas participan en la producción del daño, y este tiene **una causa única, la obligación** de pagar el resarcimiento fijado resulta *solidaria*, en los términos del art. 827 del CCyC. Cuando, en cambio, hay pluralidad de responsables pero esa pluralidad **deriva de causas distintas**, se aplican las reglas de *las obligaciones concurrentes o in solidum* (arts. 1751 y 850 CCyC). Por ejemplo, si se atribuye la responsabilidad por la muerte de una persona –v.gr. 80% a cargo del autor material del homicidio y 20% a cargo del Estado por su omisión ilícita– la obligación así surgida es *concurrente* o *in solidum* puesto que, aunque el daño es el mismo y el objeto debido también, la fuente que da nacimiento al deber de responder de cada uno de los condenados es diversa.

La **obligación solidaria** es aquella de sujeto plural en la que, ya sea por voluntad de las partes o porque así lo dispone la ley, y sin atender a su naturaleza –divisible o indivisible–, cualquier acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores su cumplimiento íntegro. En estos casos existe

un frente común de acreedores y deudores, y cada individuo de ese frente, en principio, goza de los derechos pertenecientes a un acreedor singular, o está sujeto a los mismos deberes que pesan sobre un deudor singular con respecto a la totalidad del objeto debido. La solidaridad es de carácter excepcional, no se presume, y debe surgir expresamente de la ley o de la convención de las partes (art. 828 CCyC). Por eso, los jueces solo pueden condenar solidariamente a los demandados cuando ello fue establecido y sea por voluntad de las partes o porque así resulta de la ley.

Las obligaciones concurrentes, indistintas o in solidum son aquellas que presentan unidad de objeto, unidad de acreedor, aunque distintos deudores que resultan obligados sobre la base de distintas causas. El acreedor puede dirigir su acción contra todos o uno de los deudores, y una vez que cobra su crédito de alguno de ellos ya no podrá hacerlo de los demás obligados. Así, cuando uno de los deudores paga, las demás obligaciones concurrentes quedan sin causa y se extinguen.

Ambos tipos de obligaciones comparten la característica de que **el acreedor tiene el derecho a requerir el pago total a cualquiera de los deudores**. En efecto, ya sea que el vínculo entre los distintos condenados sea considerado de tipo solidario o concurrente o *in solidum*, en cualquier caso su cumplimiento total puede exigirse a cualquier de los deudores, es decir, a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente (cónf. arts. 833 y 851 inc. a. CCyC).

La diversa naturaleza de la obligación sí es significativa en el caso de eventuales **acciones de repetición o de regreso** entre los sujetos obligados, para que el codeudor que abonó la deuda, en todo o en parte, obtenga la contribución respectiva de los demás responsables. En efecto, en las obligaciones *concurrentes*, la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados se rige por las relaciones causales que originan dicha concurrencia (cónf. art. 851 CCyC). En cambio, en las obligaciones *solidarias*, el deudor que efectúa el pago puede intentar cobrarlo a los demás codeudores según “la participación que cada uno tuvo en la deuda” (cónf. art. 840), y en lo que nos atañe, las cuotas de esa contribución se determinan conforme a cual haya sido la causa de la responsabilidad (cónf. art. 841 inciso b) CCyC). Si no hubiera posibilidad de determinar las cuotas de contribución, se entiende que cada codeudor participa en partes iguales. (cónf. art. 841 in fine CCyC).

La cuestión referida a la acción *de regreso* o *recursoria* entre el codeudor que abonó la deuda y los demás obligados presenta características decididamente complejas (CAMELO, PICASSO & HERRERA, 2015), tanto así que, por ejemplo, se ha dicho que en las obligaciones concurrentes si el *solvens* ha sido el autor material del hecho, entonces no tendrá acción de regreso contra el otro

codeudor. Por el contrario, si el que paga no ha sido el autor material del daño, puede repetir del otro deudor **el total** que hubiera desembolsado ya que no es equitativo que deba soportar las consecuencias de ese hecho que no causó.

En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “PROVINCIA DE BUENOS AIRES” y “PALOIKA” ha sostenido que

la acción recursoria encuentra su fundamento último en razones de justicia y equidad que obstan a que alguien soporte en definitiva un daño mayor al que efectivamente causó” y que “si no hay motivo para discriminar en cuanto a la influencia causal de una u otra culpa, ni en cuanto a su gravedad, la distribución del daño debe hacerse entre los responsables por partes iguales, por aplicación del principio de la causalidad paritaria.

Múltiples responsables de la Tragedia de Cromañón

La tragedia de Cromañón fue un incendio producido la noche del 30 de diciembre de 2004 en el establecimiento República de Cromañón, ubicado en el barrio de Once de la Ciudad de Buenos Aires, durante un recital de la banda de rock *Callejeros*. Este incendio, que se desató por el uso de pirotecnia dentro del establecimiento, provocó una de las mayores tragedias no naturales de Argentina y dejó un saldo de 194 muertos y más de mil personas heridas.

Las víctimas y sus familiares iniciaron cientos de demandas contra los músicos, los dueños del local, el Estado nacional –a raíz de la intervención que le cupo a la Policía Federal y la Superintendencia de Bomberos– y a la Ciudad de Buenos Aires, por las falencias de seguridad y controles que presentaba el boliche.

Una de estas demandas fue la presentada por la Sra. Desch, que trabajaba en la barra del local aquel fatídico día. El caso fue decidido el 11 de julio de 2017 por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal y en él se condenó al GCBA y a Omar Emir Chabán (dueño del local “República Cromañón”) a indemnizar los daños ocasionados. El Estado Nacional y los organizadores del evento participaron en la acción como terceros citados en los términos del art. 94 del CPCCN, por lo que si bien su responsabilidad fue analizada por los magistrados a los fines de una posterior acción de regreso, en sentido estricto no fueron condenados en el marco de dicha acción.

La Cámara se basó en las conclusiones a las que arribó la justicia penal que identificó cuatro factores causales determinantes de la tragedia: “(i).

el uso de elementos de pirotecnia dentro del local, (ii). la existencia en el techo de material inflamable, (iii). el exceso abrumador de concurrentes al espectáculo y (iv). la situación de los medios de salida, particularmente, el caso del portón denominado “alternativo”. Además en sede penal se constataron una pluralidad de irregularidades, entre ellas el incumplimiento de las exigencias de habilitación y la sobreocupación sistemática del local. A partir de esas conclusiones, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 encontró culpable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a dos agentes del GCBA que se desempeñaban en los organismos encargados de controlar los locales bailables y también atribuyó calidad de autor del delito de cohecho pasivo en concurso real con el delito de incendio seguido de muerte a un subcomisario de la Policía Federal Argentina que en forma habitual percibía coimas de parte de los dueños del local.

Teniendo por acreditados esos hechos, la Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal consideró configurada la responsabilidad del GCBA como del Estado Nacional pues

se verificaron omisiones imputables a ambos niveles de gobierno con idoneidad suficiente para atribuirles los daños por los que se reclama; debiéndose reiterar que, tanto el cumplimiento de la conducta debida por el subcomisario de la PFA con competencia en la zona y en el momento del hecho, como el de los funcionarios locales con atribuciones específicas en materia de habilitaciones, permisos y cuestiones que hacen a la seguridad de las personas y de las cosas, hubiera derivado en la clausura oportuna del local y, consecuentemente, en evitar el resultado lesivo (considerando 13).

A la misma conclusión llega el tribunal respecto de “la actuación que les cupo, individualmente, al codemandado Omar Emir Chabán y a los terceros integrantes del grupo *Callejeros*, a la luz de las condenas recaídas en sede penal” (considerando 13 *in fine*).

El tribunal concluyó entonces que se trataba de un caso de responsabilidad **concurrente entre personas públicas** (GCBA y Estado Nacional) y **personas privadas** (organizadores del evento y músicos) y de “obligaciones independientes, indistintas o *in solidum*, lo que determina que cada uno deba responder por el todo y por un título distinto frente al damnificado, sin perjuicio de que ulteriormente puedan ejercer las acciones de regreso destinadas a obtener la contribución de cada uno en la obligación solventada”. En consecuencia, el tribunal expresó que “cada uno es responsable individualmente del daño causado, no pudiendo oponer defensas frente a la víctima, ante quien responderán por el todo –en tanto hayan sido de-

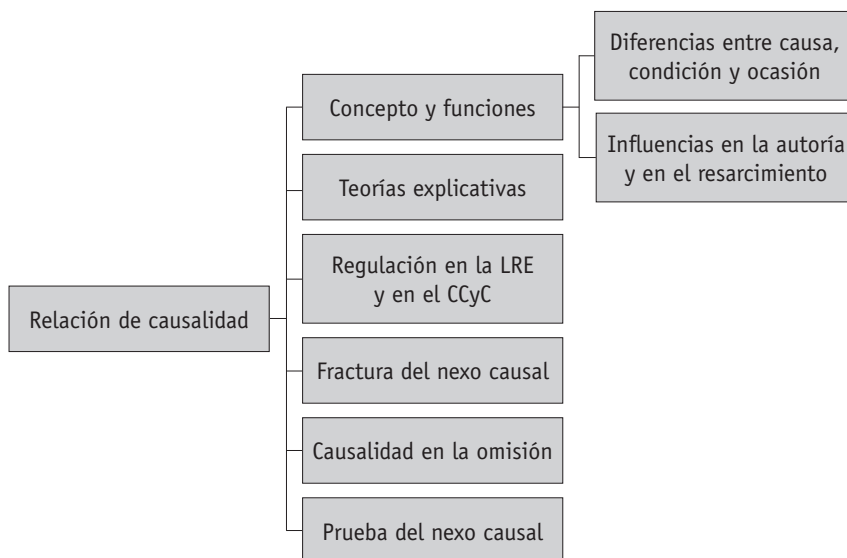
mandados— sin perjuicio de reclamar lo que hubieran pagado en exceso” (considerando 13).

Si bien la Cámara entendió que la calidad de terceros tanto del Estado Nacional como de los organizadores y miembros del grupo “Callejeros” impedía condenarlos, reconoció mediante la sentencia su responsabilidad respecto de los daños provocados, **de cara a las eventuales acciones de regreso que pudieran promoverse.**

Ahora bien, ¿cómo se distribuyeron los porcentajes de reparación que le cabía a cada uno de los responsables?

Al calificar el grado de incidencia de cada uno de los responsables en los daños provocados, la Cámara consideró que “en virtud del cometido de bien común que tienen los entes gubernamentales aquí involucrados y su consecuente posición de garantes frente a la ciudadanía, resulta incuestionable que ellos detentan un deber agravado con relación a la seguridad de las personas” (considerando 14), lo que determina un mayor grado de responsabilidad en comparación con los sujetos particulares. En consecuencia distribuyó la reparación de la siguiente manera: 35% a cargo del GCBA (incluidos sus funcionarios), 35% a cargo del Estado Nacional (incluidos sus funcionarios) y 30% a cargo del grupo de particulares y reconoce el derecho de la actora de exigir el pago total de la deuda a cualquiera de las partes condenadas.

Esquemmatizando



Bibliografía

- ABERASTURY, PEDRO, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 221-237.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO, SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar>
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 6, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo III, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1996.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- NIETO, ALEJANDRO, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado. *Revista española de Derecho Administrativo*, 51-1986, p. 427-434.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- RECUERDA GIRELA, MIGUEL A. (COORD.), *Lecciones de Derecho Administrativo con ejemplos*, Madrid, Tecnos, 2014.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, *La Ley*, AR/DOC/3475/2015, p. 1-21. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, *La Ley* 2012-C, p. 671-683.

- Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho* —————
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Albo Modesta del Valle y otros c/ Gimenez Viajes SRL y otro s/ Daños y perjuicios”, (Fallos: 341:1555).
- CSJN, “Badín Rubén y otros c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:2002).
- CSJN, “Bonadero Alberdi de Inaudi, Martha Angélica y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario” (Fallos: 311:1018).
- CSJN, “Buenos Aires, Provincia de c/ Arturo Julio Sala s/ cobro de australes” (Fallos: 312:2481).
- CSJN, “Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro” (Fallos: 327:5295).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.” (Fallos: 331:819).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Noya, Alfonso y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 292:428).
- CSJN, “Paloika, David Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1615).
- CSJN, “Perea de Romero, Gladys Toribia c. Provincia de Córdoba”, P. 1173. XLIII RHE, sentencia del 04/06/2013.
- CSJN, “Risso Claudio Jesús y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2330).
- CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c Mendoza Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 330:2748).
- CSJN, “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas y/o quien fuera responsable y/o Aduana de Ushuaia s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:1656).

CNACAF, Sala IV, “Desch, Patricia Liliana c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2017.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Bonadero Alberdi de Inaudi, Martha Angélica y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario” (Fallos: 311:1018).

CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).

CSJN, “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas y/o quien fuera responsable y/o Aduana de Ushuaia s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:1656).

CNACAF, Sala IV, “Desch, Patricia Liliana c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2017.



CAPÍTULO 9

Los factores de atribución

Leer este capítulo te llevará:
48 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

Cuando hablamos de los factores de atribución como presupuestos del deber de resarcir, nos referimos a **los motivos** o a **la razón de ser** de la obligación de reparar. Se trata del fundamento que **la ley toma en cuenta para atribuir jurídicamente** a una persona **la obligación de indemnizar** los daños sufridos por otra.

Los factores de atribución son **criterios o parámetros axiológicos valorativos que la ley considera** para trasladar al o a los responsables el daño sufrido por la víctima. Entrañan, por ello, **una decisión jurídico-filosófica** que, en esencia, radica en distribuir los costos de los daños entre la víctima y el dañador.

Así, por ejemplo, cuando se habla de **culpa, la concepción jurídico-filosófica** que se halla implícita radica en el reproche social que merece quien causa lesiones a otros, por no haber adoptado las medidas de diligencia mínimas exigidas por la ley (v.gr. inspección y reparación mensual de los ascensores en inmuebles sujetos a propiedad horizontal) o por haber obrado de manera imprudente (v.gr. exceso de velocidad).

De esta manera **mientras que el daño y la relación de causalidad hacen alusión a la materialidad de los hechos** (esto es, qué tipo de consecuencias tuvo el hecho y si existió un vínculo fáctico suficiente entre esos efectos y la conducta en cuestión), **el factor de atribución responde a la razón jurídica** en virtud de la cual el sindicado como responsable –en caso de acreditarse también los restantes presupuestos– **se hará cargo de dejar indemne** a la víctima de los daños. Vemos entonces que en los factores de atribución finca toda la problemática acerca de **por qué** razón se deben resarcir los perjuicios padecidos por el damnificado.

2. Clasificación de los factores de atribución. Factores subjetivos y objetivos

El CCyC dispone que los factores de atribución son dos: *subjetivos* y *objetivos* (art. 1721). Como hemos adelantado en capítulos anteriores, **los factores *subjetivos* se apoyan en la existencia de culpa o dolo y se fundamentan en el reproche que merece la conducta del sujeto causante del daño, por haber actuado negligentemente o directamente con intención de dañar.**

En cambio, **los factores *objetivos* prescinden de la intencionalidad negligente o dolosa del dañador y se centran en el daño injustamente sufrido** por la víctima. Estos factores operan en función de ciertas condiciones de la actividad desplegada –v.gr. por ser riesgosa o por realizarse con cosas que tienen algún vicio o funcionan defectuosamente, por el hecho de haber prometido un resultado, o por otras razones que estipula expresamente la ley– por ejemplo, la obligación de los padres de responder por los daños causados por los hijos, o la del principal por los hechos de su dependiente, por el análisis de las particulares circunstancias del caso sobre la base de la equidad, etc.

Cuando media un factor **subjetivo el presunto dañador puede eximirse de responsabilidad demostrando su falta de culpa.** En cambio, si la responsabilidad se basa en un **factor objetivo**, el dañador solo se exime si prueba la **interrupción del nexo causal por una causa ajena** (cónf. art. 1722 *in fine* CCyC), de lo que se deduce que tampoco se exonera aunque pruebe su falta de culpa, es decir, haber actuado diligentemente, pues en **la responsabilidad objetiva la culpa no es criterio ni de atribución ni de eximición de responsabilidad.** En efecto, como la responsabilidad es objetiva, esta puede configurarse incluso aunque no medie culpa, dolo o negligencia del obligado (cónf. art. 1722 del CCyC, primera parte). De allí que la eximición solo procederá si el dañador **demuestra que no se dan las condiciones exigidas por la ley para que se aplique el factor en cuestión** (por ejemplo, que la cosa que causó el daño no era riesgosa, o fue usada en contra de la voluntad del dueño o guardián; que no había relación de dependencia, etc.).

Tal como mencionamos, la culpa y el dolo son factores subjetivos. Los factores objetivos más relevantes son el riesgo creado, la garantía, el deber calificado de seguridad y la equidad.

Si bien el art. 1721 del CCyC contempla: “en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”, en los fundamentos del anteproyecto elaborado por la comisión redactora se expresa que no hay relación de jerarquía entre los factores de atribución, sino que todos ellos coexisten con similar amplitud. En definitiva, **la culpa es el factor residual pero solo en aquellos casos en que**

no pueda aplicarse –directamente o por analogía– **un factor objetivo**. Como afirma Galdos,

de la amplitud de la concepción de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1723, más la fuerza expansiva del riesgo creado (art. 1757) generará un rico casuismo que conducirá a que la culpa actué como válvula de cierre del sistema en casos más bien limitados; es decir la culpa operará “residualmente” como norma de clausura (GALDOS, 2015, 9).

3. Carga de la prueba de los factores de atribución

Respecto de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes, el art. 1734 dispone ambas corresponden “a quien los alega”. En función de ello, la prueba del factor de atribución recaerá sobre la víctima mientras que el demandado deberá probar la eximente, es decir, la ruptura del nexo causal o que ha mediado alguna causa de justificación.

Sin perjuicio de lo expuesto, el art. 1734 debe ser interpretado a la luz del art. 1735, que recoge la doctrina de **las cargas probatorias dinámicas** y establece una atribución a favor de los jueces para efectuar una modificación en las reglas de la carga de la prueba, si consideran que alguna de las dos partes se halla en mejor situación para aportarla. Profundizaremos estas cuestiones en el capítulo 21 del bloque 5.

No hay que olvidar que **los factores subjetivos no se presumen**, por lo cual la culpa y el dolo deben ser probados por quien los alega, salvo disposición en contrario. En cambio, **en los factores objetivos**, como la culpa queda fuera de lado, **al actor le basta con probar el daño**, y es el eventual responsable quien deberá probar la ruptura del nexo causal, puesto que es insuficiente la prueba de la ausencia de su propia culpa. Como ya hemos visto, la ruptura del nexo causal se acredita cuando se prueba una causa ajena, como puede ser el caso fortuito, hecho de un tercero por quien no debe responder o el hecho de la propia víctima.

4. Factores subjetivos

4.1. Culpa

Según el art. 1724 CCyC, **la culpa** consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas,

el tiempo y el lugar. Comprende **la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.**

En concreto, **la imprudencia** es una conducta positiva que se realizó en forma precipitada, prematura, irreflexiva y no adecuada a las circunstancias del caso. En otras palabras, refiere a la falta de previsión y/o prevención. **La negligencia**, en cambio, es una conducta omisiva de la actividad que hubiera evitado el daño. Se la suele sintetizar diciendo que *se hace menos de lo que se debe*. Por otro lado, **la impericia** es la conducta que desconoce las reglas propias del arte, ciencia o profesión de la que se trate. Es decir, se actúa con incapacidad técnica.

4.1.1. Criterios de apreciación de la culpa

En cada caso en particular habrá que analizar concretamente en qué consistió la actitud negligente que se le atribuye al presuntamente responsable. De esta forma, y sobre la plataforma fáctica concreta, el juez debe evaluar los antecedentes del caso para luego contraponerlos con la diligencia que es esperable de una persona prudente.

Aun así, existen ciertas directivas básicas que deben ser tenidas en consideración para delimitar la culpa que se vinculan con las circunstancias: 1. en las que se produjo el hecho; 2. del damnificado y del dañador; 3. de tiempo y 4. de lugar.

En ese sentido, el art. 1725 del CCyC dispone:

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. (...) Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

4.2. Dolo

Tradicionalmente, se han distinguido tres acepciones de este instituto: 1. la deliberada **intención de engañar** –como vicio de la voluntad–, 2. la deliberada **intención de incumplir un contrato** –dolo contractual– y 3. la deliberada **intención de dañar**, dolo delictual.

Este último tipo es el que aquí nos interesa, y a su respecto vale recordar que el CCyC establece que **el dolo** se configura por la producción de un daño **de manera intencional** o **con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos** (cónf. art. 1724). Desde este lugar, el dolo es la antítesis de la buena fe, recordemos que conforme al art. 9° del CCyC “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

En términos profanos, cuando hay dolo el daño se causa *a propósito*. Es decir,

el agente se propone realizar una acción teniendo en miras la producción de un resultado previsto. Esta fórmula, que es lo que se conoce como *dolo directo*, no es la única que aloja el CCyC, ya que el referido artículo también incluye expresamente al denominado *dolo eventual*, que es el que tiene lugar cuando el agente se representa la posibilidad de que la acción que pretende llevar a cabo pueda devenir en un daño para terceros y, no obstante ello, la ejecuta igual.

5. Factores objetivos

Los factores objetivos, a diferencia de los subjetivos, prescinden del análisis de la conducta del dañador. Queda fuera de análisis determinar si su conducta es digna de reproche, pues en este caso la responsabilidad viene dada por justificaciones objetivas tales como ser dueño de una cosa que por su propia naturaleza puede generar daños, aun obrando con el mayor de los cuidados (VÁZQUEZ FERREYRA, 2015, 15).

El art. 1723 CCyCom define la responsabilidad objetiva diciendo: “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Esta norma alude a las *obligaciones de resultado*, que el mismo código contempla en el art. 775 al disponer: “el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida...”.

Aunque el art. 1721 CCyC contempla que la culpa es el factor de atribución residual, en verdad, los supuestos de responsabilidad objetiva se han expandido (UBIRIA, 2018; GALDÓS, 2015; CAMELO, PICASSO y HERRERA, 2015).

Se fundan en factores de atribución objetivos los siguientes supuestos (UBIRIA, 2018):

- el riesgo y el vicio de las cosas y de las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (arts. 1757, 1758, 1733 inc. “e”). El supuesto clásico es el de los daños causados debido a accidentes de tránsito (art. 1769);
- la indemnización de equidad (art. 1742) y los daños causados por los actos involuntarios (arts. 1750);
- la garantía (art. 1753) en la responsabilidad contractual objetiva (art. 1723), en la responsabilidad profesional por resultado (art. 1768), en el contrato de transporte (art. 1288), en los espectáculos deportivos (art. 51 ley 24.192), en los contrato de consumo (art. 42 CN y art. 5, ley 24.240);

- la responsabilidad del grupo en caso de actividad peligrosa y en caso de autoría anónima (arts. 1762 y 1761);
- la responsabilidad del dueño y ocupante de un edificio por las cosas arrojadas o caídas (art. 1760);
- el daño causado por animales (art. 1759), con base en el riesgo creado;
- el daño derivado de los accidentes de tránsito (art. 1769); la responsabilidad de los padres y de los tutores, curadores y otras personas encargadas de los menores e incapaces, fundada en el riesgo creado y/o en la garantía (arts. 1754, 1755, 1756);
- la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos (art. 1767), con fundamento riesgo creado-garantía;
- la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753);
- los casos del tercero no agresor en la legítima defensa (art. 1718, inc. b), párr. 2º), del damnificado en caso de estado de necesidad (art. 1718, inc. c) *in fine*) y el del acto de abnegación y altruismo (art. 1719, párr. 2º), todos con fundamento en la equidad);
- la invasión a la intimidad (art. 1770), por configurar un abuso del derecho.

6. Los factores de atribución de la responsabilidad estatal

Una muestra contundente de la autonomía que presenta el sistema de responsabilidad estatal es que sus factores clásicos de atribución son diferentes de los que se emplean en la responsabilidad civil.

La falta de servicio en el ámbito de la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima y **el sacrificio especial, conjugado con la ausencia del deber jurídico de soportar el daño** en el campo de la responsabilidad por actividad legítima han sido los factores de atribución típicos, aun cuando en menor medida la jurisprudencia también registra casos en los que el Estado **ha sido condenado a resarcir los daños que ha causado sobre la base de otros factores de atribución, como el riesgo o vicio de las cosas de las que se sirve o tiene en su dominio, la existencia de obligaciones de resultado**, etc. (“POSE”, “COLAVITA”, “LEDESMA”, “MEZA”).

La LRE regula **como el único factor de atribución de la responsabilidad por acción u omisión ilegítima, la falta de servicio** y en la parcela de la responsabilidad sin falta, refiere al **sacrificio especial y a la ausencia del deber jurídico de soportar el daño**.

¿Ello quiere decir que no pueden aplicarse más los restantes factores de atribución para imputar responsabilidad al Estado? ¿Qué consecuencias se derivan?

En lo que a factores de atribución se trata, ¿las víctimas están mejor o peor luego de la sanción de la LRE?

El escenario actual del régimen de responsabilidad estatal abre **el interrogante de si el Estado puede seguir siendo responsabilizado también sobre la base de los factores de atribución contemplados en el CCyC** (como el riesgo o vicio de las cosas, la responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos, etc.) o **en regulaciones específicas, como la Ley de Defensa del Consumidor, las que en tales casos, operarían de forma subsidiaria y/o analógica.**

6.1. La falta de servicio

La *faute du service* es un concepto acuñado por el Consejo de Estado Francés que alude al **funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de los órganos públicos, ya sea que ello resulte de una conducta comisiva u omisiva.**

Este factor de atribución típico de la responsabilidad estatal en el terreno ilegítimo se verifica frente a un irregular e injustificado apartamiento de aquello que se debería haber hecho, según la normativa vigente. Se trata de un concepto que exige la confrontación entre lo que se hizo y lo que se debería haber efectuado o se omitió realizar. **El opuesto a la falta de servicio es el funcionamiento regular o normal** que se configura cuando la Administración actúa conforme al ordenamiento, en ejercicio de sus potestades, para un fin o necesidad pública, cumpliendo los requisitos legales.

Dado el complejo entramado de funciones que el Estado debe llevar adelante, **la falta de servicio no puede postularse en abstracto, sino que surgirá a partir de las circunstancias de cada caso**, a juzgar por las obligaciones a cargo de los órganos administrativos, el modo en que fueron desplegadas, los medios con los que efectivamente contaba para ello, etc.

Si bien la Corte Suprema utilizó por primera vez el concepto en el recordado precedente “FERROCARRIL OESTE” de 1938, fue en el caso “VADELL” de 1984, en el que se consagra definitivamente como factor de atribución de la responsabilidad ilegítima del Estado. Allí, la Corte fue categórica al establecer: “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”, dando así una pauta –no muy precisa pero sí efectiva– para esclarecer cuándo se verifica la irregularidad en el servicio.

La falta de servicio **exige la confrontación entre lo que se hizo y lo que se debería haber hecho o se omitió realizar.**

El profesor **Juan Carlos Cassagne** –quien fuera titular de la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante más de treinta años– es un referente para el estudio de la responsabilidad estatal en la Argentina. Sus enseñanzas referidas a la responsabilidad objetiva del Estado por falta de servicio y su fundamentación en el art. 1112 del derogado Código Civil fueron receptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del famoso caso “Vadell” del año 1984. Pablo Perrino, en la exposición efectuada en ocasión de la Jornada en homenaje al profesor Cassagne realizada el 26 de abril de 2016 y organizada por la Cátedra del actual profesor titular Guido Tawil, destaca que “Vadell”

produjo un giro copernicano en la materia, ya que significó el abandono de la fundamentación de la responsabilidad estatal en los arts. 1109 y 1113 del derogado Código Civil. La existencia de la falta de servicio, en lugar de la culpa, como factor de atribución de la responsabilidad estatal había sido expuesta con anterioridad al mencionado precedente por Juan Carlos Cassagne, en dos trabajos publicados en la revista *El Derecho*, titulados: “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado” y “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo” publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra *Derecho Administrativo*”.

En relación con el último libro del Dr. Cassagne, *Los grandes principios del Derecho Público*, Hernán Celorrio ha dicho que en él el autor muestra “su preocupación esencial por configurar una concepción jurídica administrativa consustanciada con un humanismo integral”.

Pablo E. Perrino, “Trayectoria de Juan Carlos Cassagne” (ReDA, 109, p. 1-5) y Hernán Celorrio, “El perfil de Juan Carlos Cassagne” (ReDA, 109, p. 15-17).

Lo característico de este concepto es que **no se trata de un juicio** sobre la conducta de los agentes sino **sobre la prestación misma del servicio** y es por ello que **la responsabilidad no es subjetiva, sino objetiva** (aunque ya veremos qué matices presenta esta frente a otros factores de atribución que poseen un estricto corte objetivo, como por ejemplo, el riesgo).

Ahora bien, que la falta de servicio sea el factor de atribución típico de la responsabilidad estatal ilícita, y que se predique que este es *objetivo*, solo significa

que es **innecesario probar la culpa del sujeto que causó el daño, pero no quiere decir que al afectado le alcance con probarlo para acceder a un resarcimiento ya que también es indispensable demostrar que el funcionamiento del servicio cuestionado se desarrolló irregularmente y que no fueron adecuados los medios empleados por el Estado para evitar que la lesión se produzca (“MOSCA”).**

De allí que se afirme que la falta de servicio no deja de tener un componente de culpa. “La declamada responsabilidad objetiva por falta de servicio no es otra cosa que una culpa objetivada” (PIZARRO, 2013, 305). En esa línea, Perrino aporta:

no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir, sino la falta o culpa del sistema administrativo, la falta o culpa de la organización administrativa. (...) Se trata, si se nos permite la expresión, de una culpa o falta objetivada. (PERRINO, 2000, 789).

Y Balbín, al evaluar los casos más clásicos de la responsabilidad estatal (mala praxis médica y responsabilidad por omisión en la prestación de los servicios a su cargo, regulación o control) sostiene “en estos casos, habituales por cierto, el factor objetivo no resuelve razonablemente el conflicto planteado” (BALBÍN, 2011, 311).

De cualquier modo, es el servicio en sí mismo y la manera en que ha sido cumplido lo que se evalúa y puede ser deficiente, en lugar de valorar subjetivamente la actuación del agente o del funcionario involucrado. Más allá de que este último también, eventualmente, podrá ser responsable si resulta identificado y si actuó con dolo o culpa. En cualquier caso, no basta con probar el daño, hay que probar la deficiencia, o bien del servicio, o bien del agente.

Las definiciones que venimos reseñando remiten, en definitiva, a **un análisis puntual que compara lo que se hizo con lo que se debería haber hecho o se omitió realizar**. Se puede advertir entonces que en cada caso hay que examinar en qué consistía el servicio –principalmente a partir de la normativa que lo regula–, y deducir si el órgano que realizó la conducta dañosa se ajustó al modo en que tal servicio debía ser razonablemente prestado.

En aras de trazar algunos lineamientos para facilitar tal estudio, en los casos “MOSCA” y “ZACARÍAS” la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta apreciación en concreto debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

- la naturaleza de la actividad;
- los medios de que dispone el servicio;
- el lazo que une a la víctima con el servicio; y
- el grado de previsibilidad del daño.

En definitiva, la falta de servicio **no se mide por los resultados obtenidos** (ya que en todos los casos se ha producido un daño), sino **por la razonabi-**

alidad de los medios adoptados para hacerlo funcionar adecuadamente, de allí que el Máximo Tribunal haya dicho tantas veces que el servicio regular se satisface adoptando la diligencia y previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar.

Por lo expuesto, aunque la responsabilidad del Estado **por falta de servicio es objetiva y se imputa de forma directa, de modo alguno funciona de manera prácticamente automática**, tal como, por el contrario, acontece en un sistema puramente objetivo de responsabilidad, con eximentes reducidos al caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena.

De esta definición se deduce que **la falta de servicio remite a la idea de culpa en el sentido de impericia o falta de diligencia, pero, en lugar de referirse a la conducta de un sujeto, la vincula con el funcionamiento anormal del órgano del que se trate**. Es en este sentido que la responsabilidad del Estado es objetiva, **ya que no requiere la acreditación de la culpabilidad del agente, aunque sí exige acreditar la deficiencia en la prestación del servicio, que por ello deja de ser regular**.

No es un dato menor que en “MOSCA” la Corte rechaza la demanda frente al Estado porque no pudo demostrarse que el operativo de seguridad desplegado en las inmediaciones del estadio de fútbol en donde se desarrollaba el partido que devino en hechos de violencia fue irregular o deficiente. En cambio, el club Lanús y la Asociación de Fútbol Argentina fueron condenados en virtud de la responsabilidad de corte puramente objetivo que les impone la ley como organizadores de espectáculos por los daños causados en el transcurso de aquellos.

6.2. La carga de la prueba de la falta de servicio

Para aclarar lo que venimos diciendo, vale **comparar** las cargas probatorias en supuestos de responsabilidad del Estado **por falta de servicio** con las requeridas en aquellos casos que se fundan en **un tipo puramente objetivo (cónf. art. 1722 CCyC)**.

Veamos el **caso de las caídas de los peatones en las veredas por el inadecuado estado de conservación de estas**. Estos supuestos pueden ser encarados desde dos enfoques distintos, con efectos procesales también disímiles:

- por un lado, si se analiza la cuestión desde la perspectiva de que el Estado es el dueño de las calles y aceras, por cuanto integran el dominio público (cónf. arts. 235 inciso f del CCyC), el mal estado de estas y el consecuente riesgo para los transeúntes permite aplicar **la teoría del riesgo**, contemplada en el art. 1757 del CCyC (en el CC, era el art. 1113, 2do. párrafo, parte final). Conforme a este encuadramiento, el

peatón que resulte lesionado deberá demostrar para responsabilizar al Estado dos aspectos: **1) la existencia de daño** y **2) que este guarda adecuada relación de causalidad con la vereda riesgosa** de titularidad del Estado. En cambio este deberá probar, para eximirse del deber de resarcir, algunos de los supuestos de fractura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima).

- por otro lado, si se enmarca el caso en **la falta de servicio**, el análisis es distinto, puesto que entonces la responsabilidad estaría fundada en que el Estado omitió controlar las condiciones del espacio público y mantener en buen estado las veredas, para lo cual no solo **hay que demostrar el daño y la relación de causalidad**, sino que también hay que acreditar **la existencia de una obligación específica a cargo de algún órgano del Estado, respecto del cual pueda predicarse la imputabilidad material de la omisión ilegítima** (v.gr. en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se trataría de la falta de cumplimiento de las leyes 5460, 5902 y/o 473 que imponen al GCBA deberes referidos a la planificación, preservación, vigilancia, cuidado, defensa, mejoramiento, corrección, restauración y reformulación de los espacios y vías públicas de la Ciudad de Buenos Aires). El Estado deberá demostrar, para eximirse del deber de resarcir, algunos de los supuestos de fractura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima, conforme al art. 2° de la LRE), pero además, **a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, también podría eximirse si acredita haber adoptado los recaudos adecuados a las circunstancias de tiempo, modo y lugar para hacer funcionar apropiadamente el servicio**. Y ello porque, como hemos señalado más arriba, el servicio regular se satisface adoptando la diligencia y previsión correspondientes a las circunstancias de tiempo y lugar.

Consideremos otra situación: **la responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar**.

Si se enfoca la cuestión desde el régimen del art. 1767 CCyC, la responsabilidad es **objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito**. Bastará por ello que la víctima pruebe el daño, es decir que este aconteció cuando se encontraba bajo el control de los docentes (dentro de la institución educativa o fuera de ella, como durante una excursión o en la colonia de vacaciones) y demuestre, a su vez, la relación causal. A menos que medie caso fortuito, la responsabilidad opera en todos los casos.

Si el caso se lo aborda desde la falta de servicio, la carga probatoria es significativamente mayor. No bastará con probar el daño y la relación causal,

sino que además, por la dinámica propia de configuración de la falta de servicio, deberá probarse **la existencia de una obligación de cuidado a cargo de los docentes que fue omitida**. Además, el Estado podrá eximirse de la obligación de resarcir si acredita algunos de los supuestos de fractura del nexo causal, que a diferencia del art. 1767 del CCyC, no se limita al caso fortuito, sino que también incluye el hecho de un tercero o culpa de la propia víctima, conforme al art. 2° de la LRE. Por último, **a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, el Estado también puede eximirse si acredita haber adoptado los recaudos adecuados a las circunstancias de tiempo, modo y lugar**.

En definitiva, en lo referido a la prueba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado que rige el principio de que **quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular**, vale decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de esta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama. Así, en el precedente “POSE”, la Corte sostuvo:

el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que este haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder.

Por todo lo expuesto, aun cuando la jurisprudencia del Máximo Tribunal, como también la LRE, consagran que la responsabilidad estatal es objetiva, lo cierto es que, **en términos procesales, quien pretenda que se declare la responsabilidad del Estado por falta de servicio deberá demostrar concretamente cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, tomando en consideración la naturaleza de la actividad, los medios disponibles, la previsibilidad del daño, entre otras cosas**. Esto, sin duda, comporta una mayor carga y diligencia probatoria que si se demandara por un factor de atribución netamente objetivo (riesgo, titularidad de establecimiento educativo, accidente de trabajo de un empleado público, etc.).

En definitiva, si bien la LRE ha dispuesto que el Estado se exime cuando media una ruptura del nexo causal (que conforme a su art. 2°, son el caso fortuito o la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder), en la falta de servicio, y por la naturaleza propia de este factor de atribución, es menester probar, además, el funcionamiento irregular de la organización administrativa involucrada porque justamente, sin anormalidad no hay falta de servicio.

6.3. La responsabilidad estatal es objetiva. ¿La falta de servicio como factor de atribución también?

Vale insistir en que cuando se afirma que la responsabilidad del Estado es objetiva, **se quiere decir que no es preciso demostrar la culpa de un funcionario concreto perteneciente a un ente u órgano administrativo específico, para que sea viable el deber estatal de resarcir.**

Sin embargo, como hemos visto, ello no significa que la responsabilidad del Estado, tanto mediando una falta de servicio, o bien, encuadrándose en el campo de la licitud, funcione del mismo modo que lo hacen los factores de atribución de corte objetivo.

En efecto, en los factores objetivos la responsabilidad viene dada por razones de tipo objetivas, tal como sería emplear cosas que, por su naturaleza o modo de empleo, crean riesgos potenciales a terceros. Y en estos casos no interesa la culpa del agente, ni tampoco si obró con suficiente cuidado y precaución, solo importa que el daño se causó y, por ende, quien creó el riesgo y se aprovecha de él está obligado a responder frente a la víctima a menos que pruebe la ruptura del nexo causal por un caso fortuito o por un hecho de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder.

Contrariamente, la falta de servicio no se mide por resultados –esto es, por el daño causado– sino por la razonabilidad de los medios adoptados para hacer funcionar adecuadamente el servicio.

Solo a partir de estas premisas puede comprenderse el modo en que la Corte Suprema emplea conceptos que en principio podrían resultar antitéticos, como cuando en un mismo precedente afirma que la responsabilidad estatal es objetiva pero párrafos más adelante, **que ella no opera de un modo objetivo.**

Veamos:

En “**MOSCA**” la Corte Suprema de Justicia remarcó:

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.

Al propio tiempo, argumentó que **la falta de servicio requiere una evaluación, caso por caso, que tome en cuenta i) la naturaleza de la actividad; ii) los medios dispuestos para su cumplimiento; iii) el lazo que une a la víctima con la actividad estatal y iv) el grado de previsibilidad del daño.** La propia forma en que fue resuelto el caso –condenando a la Asociación de

Fútbol Argentina y al Club Lanús, en términos objetivos, como organizadores del espectáculo deportivo— y eximiendo al Estado por la omisión al deber de seguridad que se le atribuía, da cuenta de que los factores de atribución “objetivos” no operaron de igual modo respecto a todos demandados (SEIJAS, en prensa).

De modo que **aun prescindiendo de la culpa de los agentes, la falta de servicio conserva cierta connotación propia de los factores subjetivos de atribución, pues indica que la función estatal ha sido inadecuada.**

Consideremos otro pasaje de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En “MALMA TRADING” manifiesta:

esta Corte tiene dicho que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios —de cualquier orden— que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos.

Y, por último, dice la Corte Suprema en “FRIAR”:

para considerar que el Estado Nacional o sus organismos o entidades son responsables por “falta de servicio”, **no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama**

Agregó luego en esta misma sentencia:

lo aducido por la demandante en cuanto a que, aún en la hipótesis de que se considerase que la actividad de los codemandados fue legítima, su parte tiene igualmente derecho a ser indemnizada por aplicación de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados por su actividad lícita, corresponde aclarar que, como regla, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización (Fallos: 317:1233, ya citado y, para mayor ilustración, confr. United States vs. Carolene Products, 304 U.S. 144). De tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de los certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no solo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto. **En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los**

perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar. (El destacado es nuestro).

Como se ha señalado agudamente, esa última referencia explícita al derecho español parece dirigida a diferenciar nuestro sistema de responsabilidad de uno que teóricamente se presenta como objetivo, esto es, desvinculado de la idea de falta de servicio o funcionamiento anormal (SEIJAS, 2019).

6.4. La falta de servicio por omisión

La falta de servicio puede provenir tanto de una conducta **activa** –v.gr. un empleado del Registro de la Propiedad Inmueble consigna equivocadamente los datos correspondientes a la unidad funcional en un certificado– como de una **omisiva**, v.gr. el órgano de control de las construcciones omite clausurar un edificio con grave peligro de derrumbe, pese a las reiteradas denuncias de los vecinos.

Este último caso, si bien puede encuadrarse en el factor de atribución falta de servicio, posee ciertas aristas especiales que merecen algunos comentarios específicos.

En primer lugar, en el universo de las omisiones podemos encontrar tanto aquellas que se reputen **ilegítimas** como las que se consideren **legítimas**. Ahora bien, a los fines de la responsabilidad del Estado, si bien doctrinariamente algunos autores juzgan viable la idea de hallar responsable al Estado por las omisiones legítimas (BUSTELO, 2015; PERRINO, 2015; PIZARRO, 2013 y COMADIRA, 2015), lo cierto es que no han trascendido casos en la jurisprudencia nacional de estos supuestos. Luego, con la sanción de la LRE, esta rechaza la posibilidad de que el Estado responda por su actividad legítima omisiva (cónf. art. 5°), por lo que únicamente podrá responsabilizarlo por las omisiones ilegítimas.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el año 2007 sobre las **omisiones** en el precedente “MOSCA”. En esa oportunidad, distinguió entre los casos de omisiones a **mandatos expresos y determinados** en una regla de derecho, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo **general e indeterminado**, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. Según la Corte, la omisión de mandatos expresos y determinados, con la verificación del adecuado nexo de evitación, constituye una falta de servicio; en cambio, en el segundo supuesto la determinación de la responsabilidad debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables

de la decisión a tomar. En otras palabras, aunque no descartó la procedencia de la responsabilidad estatal frente a mandatos indeterminados, dejó en claro que su análisis debía ser mucho más riguroso.

Sin embargo, el art. 3° inciso d) de la LRE parece haber ido más allá de este estándar jurisprudencial estricto ya que prevé que la omisión solo genera responsabilidad estatal cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo de actuación expreso y determinado**. Es decir que, en una primera lectura, para la LRE el incumplimiento de mandatos genéricos e indeterminados no compromete la responsabilidad del Estado.

Volveremos y profundizaremos este tema en el bloque 3, al tratar en detalle la responsabilidad estatal por omisión.

7. Otros factores de atribución de la responsabilidad estatal

7.1. Sacrificio especial. Ausencia del deber de soportar el daño

Un aspecto que ha tenido gran desarrollo en el ámbito del Derecho Público, a diferencia de lo acontecido en el Derecho Privado, es el de los supuestos de **responsabilidad por actividad lícita o sin falta**, que se configuran cuando pese a la licitud y regularidad del obrar del presunto responsable, se produce un daño injustificado que merece ser indemnizado.

En estos casos no media una conducta estatal ilegítima, irregular y/o anormal pero sí un daño singular y particular que se sufre injustamente en función de decisiones o acciones atribuibles a algún órgano estatal. La respuesta jurídico-filosófica que se ha dado unánimemente para justificar la razón por la que el Estado acarree con los daños que sufren terceros por su obrar legítimo **es el sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño**.

Estos dos institutos conjugados apuntan a destacar que **el perjuicio sufrido** por un tercero a raíz de una conducta legítima del Estado sea **diferenciable, singular y especial** respecto del resto de las consecuencias perjudiciales que, en términos generales, puede sufrir la comunidad en su conjunto frente al actuar estatal. **La especialidad y singularidad del perjuicio es lo que vulnera la igualdad ante las cargas públicas que ampara el art. 16 de la Constitución Nacional** y lo que justifica jurídicamente **su resarcimiento**, ya que la protección del bien común o la consecución del bienestar general no pueden resultar en detrimento de los derechos individuales.

Desarrollaremos *in extenso* este factor de atribución al tratar la responsabilidad lícita del Estado en el capítulo 13 del bloque 3.

7.2. Error judicial

Un supuesto especial de responsabilidad estatal tiene lugar cuando los daños que sufren los particulares son causados por órganos judiciales en el cumplimiento de sus cometidos específicos de impartir justicia.

Más allá de las profundizaciones que haremos sobre esta especie de responsabilidad estatal en capítulos siguientes, por lo pronto debemos tener en cuenta que **hay dos subclases** de responsabilidad estatal por su actuación judicial, que responden a su vez a **distintos factores de atribución**.

Por un lado, si los daños injustamente sufridos se derivan del contenido de una decisión judicial (sentencia definitiva, medida cautelar, rechazo de eximición de prisión, entre otros) se trata de los supuestos de responsabilidad *in iudicando*, cuyo factor de atribución será **el error judicial**; mientras que si se derivan de **un mal funcionamiento del servicio de justicia**, esto es, una responsabilidad *in procediendo*, el factor se encuadra alrededor del concepto de **la falta de servicio** (MERTEHIKIAN, 2001). Profundizaremos el estudio de este factor de atribución en el capítulo 15 del bloque 3.

7.3. Riesgo creado

El art. 1757 del CCyC prevé que toda persona responde por el daño causado **por el riesgo o vicio de las cosas**, como así también, **por las actividades que sean riesgosas o peligrosas** por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

Esta norma, moldeada sobre la base del art. 1113 del CC, conforme a la notable modificación que en su tiempo le introdujo la ley 17711, regula **el riesgo** como un **factor netamente objetivo de atribución del daño**.

El CCyC diferencia **el riesgo del vicio** que pueden presentar las cosas. Se entiende por **riesgo** a la eventualidad posible de que una cosa pueda dañar, mientras que **el vicio** consiste en un defecto de fabricación o funcionamiento que torna impropia la cosa para su destino normal (CARAMELO, PICASSO y HERRERA, 2015; GALDÓS, 2015).

A su vez, el CCyC ha incorporado las **actividades riesgosas**, asignándoles el mismo régimen legal que el dado a las cosas de este tenor. Por actividad riesgosa se entiende el conjunto de tareas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que, por el modo en que son desplegadas o bien por las cosas con las que se realizan, conllevan en sí mismas la potencialidad de dañar a los beneficiarios de tales actividades o a terceros que se hallen expuestos a su realización.

La definición legal abarca tanto actividades que *per se* son peligrosas –por ejemplo, la explotación de energía nuclear, que lo es siempre– o que devienen

tales por las circunstancias de su realización, es decir por “factores contingentes referidos a la manera de llevar a cabo la actividad. Se trata de un riesgo accidental, que puede o no presentarse según el caso” (CAMELO, PICASSO y HERRERA, 2015, 481). En este sentido, jurisprudencialmente se ha considerado que son actividades riesgosas la práctica del golf, la actividad laboral de bacheo y reparación de postes, el buceo, el transporte de dinero, las competencias automovilísticas, entre otras.

El riesgo es el factor de atribución de tipo objetivo por excelencia. Viene a dar respuesta a los casos de daños causados por las cosas inanimadas que en sí mismas presentan para la sociedad un peligro, ya sea por su propia naturaleza riesgosa o bien por el modo en que son utilizadas (v.gr. un automóvil, un establecimiento fabril, ascensores, calderas, etc.). De modo que **frente al daño causado por el riesgo o vicio de una cosa o por una actividad peligrosa, es totalmente innecesario para la víctima demostrar si medió o no culpa de su dueño, guardián o de quien lleva a cabo la actividad.** Justamente en ello reside la principal finalidad de la consagración de un factor de atribución como el analizado, ya que, en términos de la CSJN “el fin específico del riesgo creado es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio con indiferencia de toda idea de culpa” (“GONZÁLEZ ESTRATÓN”).

Las consecuencias prácticas de la aplicación de este factor de atribución se traducen, concretamente, en que la víctima debe demostrar en el marco de la acción de daños y perjuicios: **i) la existencia de un daño** resarcible; **ii)** que dicha lesión guarda **adecuada relación de causalidad con la cosa o la actividad**—es decir, que el daño provino de ellas— (“CONTRERAS”, “GONZÁLEZ ESTRATÓN”, “RIVAROLA”) y consecuentemente **iii) no es menester probar la culpa del dueño o guardián de la cosa riesgosa o de quien desarrolla la actividad peligrosa.**

Es carga de la parte demandada (que será el dueño y/o el guardián de la cosa o quien desarrolla la actividad) **probar que en el caso medió alguna de las causales de fractura del nexo causal** antes vistas: a) caso fortuito o fuerza mayor; b) hecho de la víctima o c) culpa de tercero por el que no debe responder (“SANTAMARIÑA”, “HARRIS”, “CHAVES”, “SALCEDO”). Esta prueba de las eximentes debe ser indubitable, por lo que el sindicado como responsable debe asumir un rol procesal activo para demostrar fehacientemente la causa ajena y exonerarse total o parcialmente.

Como puede colegirse, un factor de atribución netamente objetivo como es el riesgo presenta una gran ventaja para la víctima desde el plano procesal, en tanto le basta demostrar el daño y la adecuada relación de causalidad con la cosa viciada o riesgosa o la actividad peligrosa, quedando en cabeza de la demandada convencer acerca de que se fracturó el nexo causal, a punto tal que, si no lo logra, su responsabilidad es ineludible. En cambio, frente a la falta de servicio, no alcanza con probar el daño sino que hay que acreditar además la irregularidad

en la actuación de la organización estatal, lo que pone en cuestión, en términos estrictos, el carácter “objetivo” que se le atribuye a la responsabilidad estatal.

7.3.1. *¿En qué situaciones se condenó al Estado a indemnizar daños causados por riesgo?*

Aunque a partir del precedente “VADELL” la CSJN hizo fincar la responsabilidad estatal por actividad ilegítima prioritariamente en la noción de “falta de servicio”, en muchas sentencias anteriores y posteriores a aquella, el Tribunal Superior recurrió a otros factores de atribución para imputar responsabilidad al Estado y, en lo que nos interesa destacar aquí, a la teoría del riesgo como la concebía el entonces art. 1113 CC, 2do párrafo *in fine* (“BONADERO ALBERDI DE INAUDI”, “POSE”, “GONZÁLEZ ESTRATÓN”).

En ese sentido, la Corte sostuvo que “es responsable el estado local en los términos de los arts. 43 y 1113 del Cód. Civil, del accidente de tránsito ocurrido en ocasión de la utilización de un vehículo de su propiedad” (“PICCINI”) y que “los daños causados por trenes en movimiento se rigen por las previsiones del art. 1113, párrafo 2º, parte final, del Código Civil” (“CONTRERAS”).

También se recurrió a la teoría del riesgo para condenar a una persona pública estatal en un caso de **colisión de automóviles**, en el que un vehículo de propiedad de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, ENTEL) había sido embestido por otro de la policía de la Provincia de Buenos Aires. En este precedente, la Corte entendió:

la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco, no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, 2do. párrafo, del Código Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, y de tal suerte, en casos de accidente protagonizados por dos o más automotores, se crean presunciones concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otro salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes. (“ENTEL”).

En el caso “PRILLE DE NICOLINI”, a los fines de establecer la responsabilidad por **un accidente producido por un cable electrizado**, la Corte también invocó lo dispuesto en el artículo 1113, párrafo 2º, última parte del Código Civil, habida cuenta de que a la electricidad les resultaban aplicables las disposiciones referentes a las cosas (art. 2311, CC), atento su condición esencialmente riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias previstas en esa norma.

En la sentencia “MEZA” la Corte Suprema fundó la responsabilidad estatal por la muerte por **electrocución** de un operario que se encontraba reparando un aire acondicionado en el Hospital Escuela de la Facultad de Medicina de una

universidad nacional, en el art. 1113 del CC derogado, en tanto entendió que el accidente había sido provocado por una cosa riesgosa y el Estado, como titular del bien donde aquella se encontraba, debía responder por los daños causados.

En el derecho comparado también se han reconocido daños causados por **explosivos y municiones** con fundamento en el riesgo, desplazando a la falta de servicio. En el caso “REGNAULT-DESROZIERS” (1919) se juzgaban las consecuencias de una violenta explosión ocurrida en el fuerte de la Double-Couronne en Saint-Denis, que causó la muerte de treinta y tres personas y dejó más de ochenta heridos. La autoridad militar había amontonado en ese fuerte miles de explosivos destinados al frente, sin tomar las precauciones para evitar que ese depósito improvisado de municiones constituyera un peligro para el vecindario. Como consecuencia del accidente, se presentaron demandas de indemnización (BRAIBANT *et al.*, 2000). Si bien el Consejo de Estado reconoció a los demandante el derecho a la indemnización, no se fundó en la existencia de una falta de servicio y con independencia de cualquier culpa sino

en razón del *riesgo* anormal que representaba para el vecindario la acumulación de un gran número de granadas en la cercanías de la población y la manipulación constante de esos artefactos (BRAIBANT *et al.*, 2000, 139).

En un sentido similar, tanto la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (“ATANOR S.A.”) como la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (“C.L.J.A.”) recurrieron el art 1113 del CC derogado para considerar responsable al Estado Nacional por la **explosión ocurrida en la fábrica militar de Río Tercero**. El primero de estos tribunales consideró acreditadas “graves omisiones que potenciaron el **riesgo natural propio** de una fábrica de explosivos”. Por su parte, el tribunal cordobés expresó:

la actividad llevada a cabo por la Fábrica Militar de Río III, esto es, fabricación de proyectiles y almacenamiento de los mismos, objetivamente debe ser considerada de naturaleza riesgosa, y potencialmente peligrosa máxime tratándose de un establecimiento ubicado en una ciudad de población considerable.

En función de ello e independientemente si los daños ocasionados con motivo de las explosiones producidas en noviembre de 1.995, tienen su origen en un acto u omisión de quienes cumplían funciones en el mencionado establecimiento, surge de manera evidente la responsabilidad objetiva del Estado Nacional, el cual tiene la obligación de proveer lo atinente a la seguridad y salubridad de sus habitantes, en ejercicio del poder de policía que le compete.

También en el derecho francés se ha dicho que **las armas de fuego** que utilizan las fuerzas policiales hacen correr a los terceros “riesgos tales que el régimen tomado en consideración es el de la responsabilidad sin falla” (MORAND-DEVILLER, 2017, 773). Y el criterio prevaleciente en la jurisprudencia nacional

es que si la protección pública genera riesgos, esos riesgos deben ser soportados por quienes se benefician de ella (“FURNIER”, “COSSIO”)

El **riesgo de contagio de enfermedades** en determinados contextos sanatoriales y médicos también puede llegar a generar responsabilidad estatal sin necesidad de acudir a la falta de servicio. Las tareas riesgosas o su realización en ámbitos que lo son, porque exponen a las personas que las desempeñan al contagio de enfermedades, resultan de por sí idóneas para generar responsabilidad estatal sin necesidad de acudir al concepto de falta de servicio. Si, por ejemplo, una extraccionista se contagia el virus del sida por pincharse con una jeringa infectada mientras hace un análisis de sangre en un hospital, no será necesario recurrir a la falta de servicio para generar una condena al Estado. Bastará acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el contagio sufrido y la aguja infectada en el contexto del desempeño de la actividad paramédica, y el riesgo que ella conlleva.

7.3.2. *¿Cuál es el riesgo de responsabilizar al Estado por riesgo?*

Haciendo foco en que en la sociedad actual los cometidos estatales son infinitos y, por ende, igualmente inabordables las situaciones en las que el Estado puede crear riesgos con su actividad el profesor CASSAGNE ha entendido que la teoría del riesgo solo puede aplicarse excepcionalmente en el derecho público, y que muchos supuestos que se encuadraron en ella –como caídas de árboles; el mal estado de aceras, calles y rutas; el desprendimiento de partes de un monumento público; la demolición de inmuebles; el mal funcionamiento de ascensores; explosivos; el uso de armas de fuego; automotores oficiales– podrían perfectamente haberse encuadrado en la concepción de la falta de servicio para declarar responsable al Estado. Sostiene el autor que

los restantes factores de atribución, como la garantía, el enriquecimiento sin causa y el riesgo son algo así –en el derecho público– como el cajón de sastre del sistema al que van a parar teorías que tienen mayor arraigo y justificación en el ámbito del derecho civil que en el derecho administrativo (CASSAGNE, 2011, 2).

Como hemos visto en detalle al poner el ejemplo de los daños producidos por caídas en aceras deterioradas, ciertamente las situaciones fácticas lesivas atribuibles al Estado son posibles de ser encaradas desde distintas perspectivas a los fines de imputar estas conductas y de obtener un resarcimiento por el daño sufrido.

Sin embargo, como también hemos señalado, cuando media el riesgo u otro supuesto especial de responsabilidad puramente objetiva, a la parte actora solo le incumbe la prueba del hecho y la relación de causalidad con el daño, mientras que para eximirse de responsabilidad, los demandados deberían acreditar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deben responder o el caso fortuito

como factor determinante. Incluso si se trata de la responsabilidad especial de los titulares de establecimientos educativos (art. 1767 CCyC) —más objetiva que casi cualquier otra—, ni siquiera la culpa de la víctima o de un tercero es eximente: frente al daño sufrido por un menor debe responderse salvo que medie un caso fortuito.

En cambio, **la falta de servicio responde a otra lógica** y, por ende, **de no poder probarse el funcionamiento irregular del servicio, el mismo daño puede quedar sin resarcir.**

De modo que aunque la falta de servicio sea el factor de atribución preponderante en el derecho público, creemos que es adecuado contemplar otros factores de atribución que ayuden a definir más ajustadamente las razones que obligan al Estado a reparar los daños que causa. Un ejemplo de lo que venimos diciendo se encuentra en la legislación de la provincia de Mendoza que además de incorporar los clásicos factores de responsabilidad extracontractual en el campo lícito e ilícito (sacrificio especial y falta de servicio) contempla como supuestos especiales de responsabilidad estatal la que deriva del riesgo y vicio de las cosas, de la realización de actividades peligrosas y del hecho de ser titular de establecimientos educativos (ley 8668, arts. 12, 13 y 14).

En definitiva, aun compartiendo la idea de que la responsabilidad estatal debe ser juzgada siempre con prudencia, pensamos que el riesgo de las cosas y las actividades y otros supuestos especiales de corte objetivo que actualmente recepta el CCyC también alcanzan a la responsabilidad estatal, más allá de que la LRE no los prevé en su articulado y de que los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCyC disponen que este código no se aplica a la responsabilidad del Estado y a sus funcionarios. **En nuestra opinión, los factores de atribución previstos en los arts. 1757, 1767, 1760 y 1769 del CCyC son aplicables a la responsabilidad estatal por vía analógica.**

Es que, como hemos explicado en los primeros capítulos de esta obra, las diferentes teorías públicas y privadas para fundar la responsabilidad estadual, a pesar de sus particularidades, no siempre son excluyentes o contradictorias (HUTCHINSON, 2013). Pueden complementarse y regir en orden simultáneo o subsidiario, en aras de privilegiar obtener una solución justa y una debida reparación para las víctimas.

8. ¿El Estado responde como titular de establecimientos educativos en los términos del art. 1767 del CCyC?

El art. 1767 CCyC dispone que **los titulares de los establecimientos educativos** responden por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de

edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar, responsabilidad de la que solo pueden eximirse con la prueba del caso fortuito, obligándolos además a contar con un seguro de responsabilidad civil a los fines antedichos. Por lo que se ve, el CCyC instituye **una responsabilidad estrictamente objetiva de los titulares de los establecimientos educativos** en razón de las particulares características que tiene la actividad educativa cuando se despliega con relación a niños menores.

La norma se refiere a los titulares de establecimientos educativos de nivel inicial, primario y secundario –dejando expresamente fuera de su alcance a los establecimientos de educación superior o universitaria– y guarda analogía con el derogado art. 1117 del CC que contenía un tipo objetivo semejante.

Con mucha claridad se ha explicado que se trata de un supuesto de responsabilidad de naturaleza objetiva atribuida *con carácter extremo*, ya que únicamente es posible liberarse de ella probando el caso fortuito. Esto quiere decir que ni la prueba de la diligencia o falta de culpa del propietario del colegio ni incluso la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debiera responder son, en principio, suficientes para liberar de responsabilidad al empresario educativo (NAVARRO FLORIA, 2017). El rigor de la norma se justifica en función de que las víctimas siempre son menores y en consideración al contexto de la actividad que se desarrolla, bastando con pensar que los padres encargan a los colegios y escuelas no solo la educación sino también la seguridad y el bienestar de sus niños.

Aunque este tipo especial de responsabilidad daría lugar a muchos análisis interesantes (por ej., respecto a los daños frente a los cuales y por los cuales se responde, por el eximente del caso fortuito, etc.), solo vamos a detenernos en el dilema interpretativo que provoca la norma: por un lado, ella no menciona expresamente a las escuelas estatales (como sí lo hacía el art. 1117 CC) y, por otro, este tipo tampoco está incluido en la LRE y como ya hemos dicho muchas veces, el propio CCyC dispone su inaplicabilidad directa y subsidiaria para juzgar la responsabilidad estatal. (cónf. art. 1764).

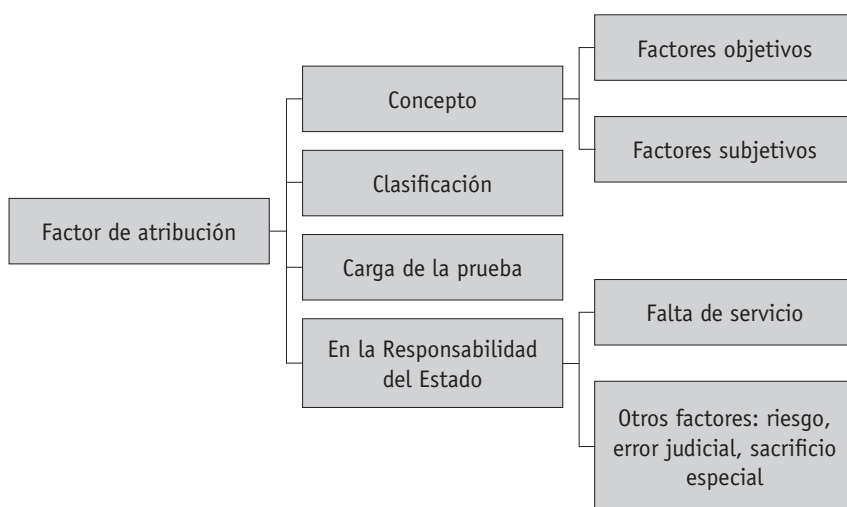
De entrada hay que destacar que **sería constitucionalmente inválido pensar que el Estado –nacional o local– que además es titular de miles de jardines de infantes, escuelas primarias y secundarias, queda fuera de la aplicación de este factor de atribución objetivo agravado.**

Ello implicaría generar una discriminación infundada entre los alumnos menores víctimas de daños en escuelas, violentando directamente la garantía de igualdad del art. 16 CN. Es irritante a este principio constitucional que el afectado o sus familiares vean mermar el acceso a una reparación según cuál haya sido la escuela en la que se haya lastimado. Además, el art. 1117 CC, en cuyo molde fue diseñada la regulación actual, sí contemplaba a las escuelas estatales (la norma decía en este punto que “los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables (...)”). Es evidente la **regresividad** que implicaría dejar fuera de este tipo especial de responsabilidad objetiva a los Estados.

Los niños son sujetos de una protección constitucional preferente y toda interpretación jurídica que los involucre debe hacerse a la luz de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A fin de evitar incurrir en tratamientos manifiestamente arbitrarios, creemos que el modo de resolver esta situación es aplicando el art. 1767 por vía analógica, al menos frente al escenario normativo actual que plantean la LRE y los arts. 1764 y 1765 del CCyC.

Esquematisando



Bibliografía

- BALBÍN CARLOS, E., "Sobre los otros factores de imputación de la responsabilidad estatal", *Temas de Derecho Administrativo*, Erreius, octubre 2018, p. 919-932.
- BALBÍN, CARLOS F., "La responsabilidad del Estado. Los déficits de la ley 26944" en *Temas de Derecho Administrativo*, octubre de 2016, p. 59-76.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.

- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.) *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B.; LONG; MARCEAU Y WEIL PROSPER, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed. en español, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO, SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
- CASSAGNE, JUAN C., “La consolidación de la concepción objetiva de la falta de servicio en la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Jurisprudencia Argentina*, 2011, 0003/015354, p. 1-16. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- CASSAGNE, JUAN C., “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, *EL DERECHO* 99-1982, p. 937-945.
- CASSAGNE, JUAN C., “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo”, *EL DERECHO* 100-1983, p. 986-996.
- CASSAGNE, JUAN C. (et al.), *Responsabilidad del Estado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CASSAGNE, JUAN C., “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, *La Ley*, 2005-D, p. 1268-1277.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CELORRIO, HERNÁN, “El perfil de Juan Carlos Cassagne” *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)*, 109-2017, p. 15-17.
- COMADIRA, JULIO P., “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, en *Cuestiones de la Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, p. 397-406.
- COMADIRA, JULIO P., “La responsabilidad del Estado por omisión lícita y la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26944”, en IVANEGA, MIRIAM Y RIVERO ORTEGA, Ricardo (Coords.) *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley n° 26944*, Buenos Aires, RAP, 2015, p. 193-208.
- GALDÓS, JORGE M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil)”, *RCyS* 2015-IV, *La Ley AR/DOC/778/2015*, p. 1-14. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo III, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1996.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- NAVARRO FLORIA, JUAN G., “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho* 272, 2017, p. 756-766.
- PARRELLADA, CARLOS; “La responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos en el CCYCO”, *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, 2017. Recuperado de: https://blog.erreius.com/2017/09/29/la-responsabilidad-de-los-titulares-de-establecimientos-educativos/#VI_8211_LA_RESPONSABILIDAD_DE_LOS_TITULARES_DE_ESTABLECIMIENTOS_EDUCATIVOS_EN_EL_CCYCO
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO E., “Trayectoria de Juan Carlos Cassagne” *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 109-2017, p. 1-5.
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 97-2015, p. 101-119.
- PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, *La Ley* 2011-E, p. 715-727.
- PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita”, *El Derecho* 185, 2000, p. 781-804.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- SALVATELLI, ANA, *La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego, bajo situación de estado policial*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012.
- SEIJAS, GABRIELA, “La antijuridicidad del obrar estatal”, en TAWIL, GUIDO S. (DIR.), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, págs. 175-194.
- TAWIL, GUIDO S., “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, *La Ley* 2015-F, p. 482-488.

- UBIRIA, FERNANDO A., “Criterios de atribución de responsabilidad civil. Razones de su evolución desde Vélez Sarsfield hasta el Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 2018. Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial”, *La Ley* 2016-C, p. 1238-1247.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, *La Ley* AR/DOC/3475/2015, p. 1-21. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, *La Ley* 2012-C, p. 671-683.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Bonadero Alberdi de Inaudi, Martha Angélica y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario” (Fallos: 311:1018).
- CSJN, “Chaves Fabián Mario c/ Tucumán, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 323:2930).
- CSJN, “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 323:318).
- CSJN, “Contreras, Raúl Osvaldo y otros c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A.” (Fallos: 324:1344).
- CSJN, “Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro” (Fallos: 327:5295).
- CSJN, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ cobro de pesos” (Fallos: 310:2804).
- CSJN, “F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires”. (Fallos: 182:5).
- CSJN “Furnier Patricia María c/Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Friar S.A. c/ Estado Nacional Ministerio de Obras y Servicios Públicos Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca- SENASA- s/daños y perjuicios” (Fallos: 329:3966).

- CSJN, “González Estraton, Luis *c/* Empresa Ferrocarriles Argentinos” (Fallos: 317:1336).
- CSJN, “Harris Alberto *c/* Ferrocarriles Argentinos *s/* daños y perjuicios” (Fallos: 316:2774).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor *c/* Metrovias S.A. *s/*daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. *c/* Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. *s/*proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN, “Meza, Dora *c/* Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) y otros *s/*daños y perjuicios” (Fallos: 338:652).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo *c/* buenos aires, provincia de (policía bonaerense) y otros *s/*daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Piccini Silvia Susana y otro *c/* La Rioja, provincia de y otro *s/* daños y perjuicios” (Fallos: 315:2469).
- CSJN, “Pose, José Daniel *c/* Chubut, Provincia del y otra *s/* daños y perjuicios” (Fallos: 315:2834).
- CSJN, “Prille de Nicolini, Graciela Cristina *c/* Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y otros *s/* daños y perjuicios” (Fallos 310:2103).
- CSJN, “Rivarola, Mabel Angélica *c/* Neumáticos Goodyear S.A.” (Fallos: 329:2667).
- CSJN, “Salcedo Alberto *c/* Transportes Metropolitanos General Roca S.A.” (Fallos: 327:5082).
- CSJN, “Santamariña, María del Carmen *c/* Ferrocarriles Argentinos” (Fallos: 313:1184).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando *c/* Provincia de Buenos Aires *s/* Indemnización”, (Fallos: 306:2030).
- CSJN, “Zacarías, Claudio H. *c/* Córdoba, Provincia de y otros *s/* sumario”, (Fallos: 321:1124).
- CNCIVCOMF, Sala II, “Atanor SA *c/* Estado Nacional. Dirección Gral. de Fabricaciones militares *s/* daños y perjuicios (y acumuladas)”, sentencia del 18/03/2010.
- CAMFEDCORDOBA, Sala A, “Callegari, Luis José Antonio y otros *c/* Estado Nacional Argentino *s/*daños y perjuicios”, sentencia del 20/02/2018.
- Consejo de Estado de Francia, “Regnault-Desroziers”, sentencia del 28/03/1919.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Bea Héctor y otro *c/* Estado Nacional Secretaria de Turismo *s/*daños y perjuicios” (Fallos: 333:1623).

- CSJN, “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 323:318).
- CSJN, “Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro” (Fallos: 327:5295).
- CSJN, “F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).
- CSJN, “Furnier Patricia María. c/ Prov. de Bs. As. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Friar S.A. c/ Estado Nacional Ministerio de Obras y Servicios Públicos Secretaria de Agricultura Ganadería y Pesca-SENASA- s/daños y perjuicios” (Fallos: 329:3966).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN; “Meza, Dora c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 338:652).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2834).
- CSJN, “Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 310:2103).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización” (Fallos: 306:2030).
- CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).



CAPÍTULO 10

La antijuridicidad

Leer este capítulo te llevará:
20 minutos aproximadamente

1. La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad

Conducta antijurídica o ilícita es aquella que resulta contraria al ordenamiento jurídico entendido en su totalidad. Así, es antijurídico no solo lo prohibido expresamente por la ley (antijuridicidad estricta o formal), sino también lo que se han llamado las *prohibiciones por implicancia* (antijuridicidad material), “que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, de la moral y de las buenas costumbres” (PIZARRO, 2013, 240).

Antijuridicidad y culpabilidad son conceptos independientes. La **antijuridicidad** es una noción **objetiva** porque surge de contrastar la conducta lesiva con el ordenamiento y resulta indiferente de la voluntad y culpabilidad del agente. La **culpabilidad**, en cambio, es un elemento netamente **subjetivo**, que toma en cuenta la voluntad y motivación del agente que causa el daño. Así, por ejemplo, los menores pueden cometer actos antijurídicos aunque no deban responder por las consecuencias dañosas de estos actos porque la ley no los considera culpables. En esa dirección, el art. 1750 del CCyC dispone que el autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad y el juez en estos casos puede atenuar la responsabilidad al fijar la indemnización (art. 1742 CCyC).

La antijuridicidad es también **independiente del factor de atribución**, puesto que en cualquier caso (falta de servicio, riesgo o vicio de la cosa, actividades riesgosas, etc.) la conducta lesiva debe ser contraria al ordenamiento jurídico entendido como un todo para que pueda dar lugar al deber de resarcir.

La noción **actual** de la antijuridicidad, que considera a la ilicitud de un modo **material y global y al ordenamiento jurídico como una unidad**, contrasta con la antijuridicidad **formal y subjetiva** que imponía el artículo 1066 del Código

de Vélez Sarsfield, la que a su vez, rememoraba el concepto de delito penal como conducta típica antijurídica y culpable.

En efecto, el art. 1066 rezaba:

Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.

El art. 1067 agregaba que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese causado daño (...) y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

Llambías, al explicar estas normas del Código Civil, enseñaba:

solo los actos que infringen una *prohibición legal*, pueden comprometer la responsabilidad del agente por los daños que él pueda causar. Si, contrariamente, no juega tal prohibición, el sujeto que obra ha hecho legítimo empleo de una libertad que tiene arraigo constitucional puesto que él no puede ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19, *in fine*, de la CN), y en consecuencia mientras se limite al uso de esa libertad de obrar, y más todavía al ejercicio regular de un derecho subjetivo, no está obligado a indemnizar los daños que pueden derivar de su actividad puesto que no serían daños injustos (LLAMBÍAS, 1996, 613).

En esta misma línea, el art. 1071 era el complemento del art. 1066, ya que disponía que “el ejercicio regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Conforme a este paradigma, se razonaba que si la Constitución Nacional no obligaba a los ciudadanos a hacer lo que la ley no mandaba ni permitía privarlos de lo que ella no prohibía, resultaba lógico que el Código Civil, de manera coincidente, exigiera la violación a una norma jurídica expresa para que pudiera activarse el sistema de responsabilidad por daños (LORENZETTI, 2015b).

Sin embargo, esta visión formalista fue cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia durante el siglo pasado, ya que se plantearon serios interrogantes respecto a la necesidad del carácter expreso de la prohibición legal e, incluso, si a falta de ella, podría de todos modos configurarse un ilícito en caso de que el acto violentara la moral y las buenas costumbres.

Ya hemos explicado en los capítulos anteriores la forma en la que el centro de gravedad del sistema de la responsabilidad fue mutando paulatinamente desde el autor del daño a su víctima y, consecuentemente, de la antijuridicidad de la conducta lesiva a la antijuridicidad del daño. El deber resarcitorio pasó así a derivarse directamente de la Constitución Nacional y de su paradigma que impide dañar a otro (*alterum non laedere*) y como resultado de este proceso evolutivo, la antijuridicidad formal concebida por Vélez Sarsfield fue reemplazada por una

noción de *antijuridicidad de tipo material*, que valora el ordenamiento jurídico como una unidad, integrado no solo por normas expresas sino también por prohibiciones implícitas.

¿Todo esto quiere significar que la antijuridicidad ha dejado de ser un recaudo de la responsabilidad?

No exactamente, sino más bien que aquella se ha reconfigurado de modo que también puede existir conducta ilícita frente al incumplimiento a mandatos genéricos, como el que se desprende del art. 19 de la CN que impone el deber general de no dañar a otros.

A diferencia de lo que ocurre con el ilícito penal, que requiere de una tipificación expresa y cerrada (*nullum crimen sine lege*), los ilícitos civiles son **atípicos o abiertos**, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida ya que las transgresiones a normas abiertas y a principios jurídicos (como el *alterum non laedere*) también quedan comprendidas en ella y pueden dar nacimiento al deber de resarcir cuando esa conducta dañosa se conjuga con los demás presupuestos de la responsabilidad.

Como un paso más de este recorrido evolutivo, el CCyC recepta la noción de la **antijuridicidad en sentido material** y consagra que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es **antijurídica** si no está justificada (art. 1717 CCyC).

Bastará entonces con que la conducta **viole el deber general de no dañar a otro (*neminem laedere*) para ser antijurídica**, y a menos que se encuentre justificada por otra norma, dará lugar al deber de resarcir. No resulta imprescindible exigir la violación a una conducta tipificada por una normativa expresa –al modo del derecho penal– para que la acción dañosa pueda tildarse de antijurídica, sino que es suficiente con que resulte contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (LORENZETTI, 2015b).

En síntesis, **mientras que en el sistema del Código Civil la antijuridicidad era un recaudo formal y subjetivo, actualmente, en el CCyC, es de tipo material, puesto que causar un daño injustificado a otro es en sí mismo un obrar contrario a derecho.**

El deber de no dañar incluye el **deber de prevenir la causación del daño** (art. 1710 inc. a CCyC) y el **deber de repararlo** una vez que haya sido cometido sin justificación (art. 1716 CCyC).

2. La antijuridicidad en la responsabilidad estatal

Las afirmaciones anteriores, que responden a la conceptualización de la antijuridicidad para la responsabilidad civil, presentan algunos matices al ser aplicadas a la responsabilidad estatal.

En principio no debe haber pasado inadvertido que **la LRE no incluye la antijuridicidad entre los presupuestos que configuran la responsabilidad del Estado** (arts. 3° y 4°). Y si bien esta omisión no puede sorprender enfocando la cuestión desde el campo de la responsabilidad estatal lícita, sí es llamativa en lo atinente a la responsabilidad por actividad irregular o ilícita, que justamente así lo será en la medida en que implique el quebrantamiento del orden jurídico establecido.

Entonces, ¿es o no la antijuridicidad un requisito de la responsabilidad estatal?

2.1. Antijuridicidad y responsabilidad estatal legítima

¿Es posible que una conducta estatal regular pueda ser al mismo tiempo antijurídica? ¿La antijuridicidad constituye un requisito autónomo de la responsabilidad estatal cuando los daños derivan de la actividad legítima del Estado?

En los casos de responsabilidad sin falta, que tengámoslo en cuenta, no solo tienen lugar cuando interviene el Estado sino que también pueden darse entre los particulares (v.gr. la responsabilidad prevista en el art. 1973 CCyC –inmisiones y tolerancia entre vecinos– y las que contemplaba el Código Civil en el art. 2627 –el dueño de un terreno no puede impedir el ingreso de su vecino si fuere necesario, o el ingreso de andamios para obra, siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare– y en el art. 2553 –que tenga un tesoro en predio ajeno, y quisiera buscarlo, puede hacerlo, sin consentimiento del dueño del predio, garantizando la indemnización de todo daño al propietario–), parece un contrasentido hablar de la antijuridicidad: si una actividad es lícita, no puede ser simultáneamente antijurídica.

Lo que ocurre es que en los supuestos captados por la licitud, la antijuridicidad se **reconfigura ya que pasa a predicarse del daño causado en sí mismo, en lugar de aplicarse a la conducta que lo provoca**. En otras palabras, la antijuridicidad se produce porque lo prohibido es el dañar a otros. La sola existencia del daño injusto permite postular la mencionada antijuridicidad de la conducta que lo causa.

Desde esta perspectiva se aprecia que la antijuridicidad siempre resulta un presupuesto del deber de resarcir, incluso en el campo lícito y por eso, aunque la LRE no la mencione, se encuentra implícitamente contenida en la lógica de la responsabilidad estatal. Solo son indemnizables las lesiones provenientes de daños que las personas no tengan el deber de soportar y eso justamente porque sería antijurídico tener que tolerarlo. **De modo que en la medida en que exista esta lesión antijurídica** –y los restantes presupuestos de configuración– podrá tener lugar la responsabilidad, aun cuando la conducta estatal haya sido regular.

2.2. Antijuridicidad y responsabilidad estatal ilegítima

La jurisprudencia ha sido oscilante en considerar a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad estatal por actividad u omisión ilegítima. Si bien en varios precedentes se la ha incluido como un recaudo de verificación necesaria (“PISTONE”) en muchos casos se ha prescindido de este elemento y se ha aludido, directamente, al factor de atribución por falta de servicio o en sentido general, a la ejecución irregular de la función concernida (“VADELL” y “GIMÉNEZ ZAPIOLA VIVIENDAS” –errores registrales–, “MOSCA” y “ZACARIAS”, lesiones sufridas en espectáculos deportivos).

¿Quiere decir entonces que en la responsabilidad por actuación ilegítima del Estado no existe antijuridicidad?

Claro que no, puesto que una conducta estatal resulta irregular cuando, precisamente, contraría el ordenamiento jurídico. **Lo que ocurre es que el requisito de la antijuridicidad, en lugar de ser analizado autónomamente, queda en muchos casos implícitamente comprendido en el factor de atribución por falta de servicio –cuando es este el que se emplea para fundar la imposición de responsabilidad– o directamente en el de daño.**

Finalmente, en la parcela de **la responsabilidad estatal por omisión**, también se hace necesario un adecuado estudio de la antijuridicidad, máxime cuando según la LRE, las omisiones **solo dan lugar a la reparación en caso de que la falta de acción estatal implique el desconocimiento de mandatos de actuación expresa y determinada**. Aunque esto contrasta con el estándar de **antijuridicidad genérico o de tipo material** que contiene el CCyC y que hemos descripto al inicio de este título, evidentemente presupone su existencia.

En otras palabras, la antijuridicidad es un requisito que siempre está presente en la responsabilidad estatal, tanto en el campo regular lícito como irregular, pero es un recaudo *camaleónico*: a veces se torna explícito y otras permanece subyacente o subsumido en alguno de los restantes presupuestos, como el daño o el factor de atribución. Por ejemplo, en la revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, **la antijuridicidad no se predica de la actuación administrativa sino del efecto de la actuación administrativa, esto es, del daño causado por la actuación estatal regular. En cambio, cuando la Administración incumple un contrato, la antijuridicidad está directamente en la conducta violatoria del *pacta sunt servanda*.**

3. Las causales de justificación en general. La asunción de riesgos

“Un acto aparentemente ilícito puede no serlo cuando las circunstancias de su realización justifican el proceder del agente” (LLAMBÍAS, 1996, 631). Estas causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, son razones excepcionales que legitiman el acto y que ponen de relieve que, a pesar del mal inferido por el agente, su conducta es justa y el ordenamiento jurídico la autoriza y aprueba (LORENZETTI, 2015b).

Veamos un ejemplo.

Si una persona resulta lesionada al tomar parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta que tuvo respuesta proporcionada, en medios, modos y circunstancias, por parte de las fuerzas de seguridad, la lesión que eventualmente sufra de parte de los efectivos policiales **no puede considerarse antijurídica** por lo que no nacerá el deber de indemnizar.

El CCyC regula las causales de justificación en los arts. 1718 y 1720. Conforme a ellos, **la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho** (art. 1718) y **el consentimiento del damnificado** (art. 1720) son situaciones que justifican la causación de los daños y que impiden que surja el deber de resarcir.

En el art. 1719 se alude a **la asunción de riesgos** (art. 1719) pero para aclarar que **no configura** una causa de eximición de responsabilidad civil, ya que “la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad”, a menos que “por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

Suelen ubicarse en estas situaciones los daños surgidos a partir de prácticas deportivas a las que las personas se someten voluntariamente, que en sí mismas conllevan ciertos riesgos. El CCyC rechaza enfáticamente que la supuesta aceptación de riesgos por la víctima sea aducida para excluir la responsabilidad del dañador o la aplicación de un factor de atribución objetivo expresamente establecido por la ley (por ej., la eventual responsabilidad del explotador de ciertos deportes que implican peligros, como el *ski*, *snowboard*, etc.). Ello se debe a que, por principio general, **asumir el riesgo no equivale a asumir el daño**.

La única salvedad se configura **cuando de las particularidades del caso pueda entenderse que la víctima se expuso imprudentemente a un peligro concreto**, que tiene la aptitud para erigirse en causa o concausa adecuada del daño y, por ende, su propia conducta es idónea para quebrar el nexo causal (cónf. art. 1719 primer párrafo *in fine*). Esta *excepción de la excepción*, en verdad, no deviene por la ausencia de la antijuridicidad sino por el quiebre de otro presupuesto de la

responsabilidad que es el nexo de causalidad. Por tomar un ejemplo internacional, quien participa voluntariamente del encierro de toros durante las fiestas de San Fermín en Pamplona y se lastima por las avalanchas que pueden darse en ese marco, interrumpe con su propia conducta total o parcialmente el nexo causal ya que todos los años hay heridos –y a veces muertos– en el marco de este evento.

Un caso muy recordado en materia de responsabilidad del Estado vinculado con esta problemática es el precedente “COHEN”, en el que la víctima resultó seriamente herida al lanzarse en parapente en un vuelo de bautismo desde el cerro Otto en San Carlos de Bariloche. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó que la víctima hubiera asumido el riesgo ínsito en la práctica de vuelo en parapente y por ello condenó al instructor y eximió de responsabilidad a la provincia de Río Negro que también había sido demandada, al considerar que esta no había participado de ninguna manera en la causación del daño. En este mismo sentido, en “POSE”, el tribunal entendió que no podía considerarse asumido el riesgo por el mero lanzamiento de un trampolín o una plataforma colocados con ese fin específico, sin perjuicio de que finalmente en el caso consideró probado un grado de imprudencia de la víctima con influencia causal en la producción del daño.

En el derecho comparado se ha dicho:

cuando el ciudadano crea la situación de riesgo, participando en una manifestación ilegal y violenta que lógicamente degenera en un enfrentamiento con las fuerzas del orden, **no puede estimarse que ha sufrido un daño antijurídico** como consecuencia de la utilización de las fuerzas mencionadas de los medios antidisturbios reglamentarios, siempre que dicha actuación no se ajuste a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la referida utilización (sentencia de 22 de abril de 1994, en GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 333).

En estos casos, aunque se sufre daño, no hay antijuridicidad en tanto las fuerzas del orden hicieron un uso regular y racional de los medios con los que cuentan para preservar el orden.

Un párrafo aparte merecen los casos conocidos como **actos de abnegación o altruismo** en los que alguien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar a la persona o los bienes de otro y resulta dañado (por ejemplo, el que se arroja al mar para salvar a otro que se está ahogando o quien ingresa a un inmueble que se está incendiando para ayudar a escapar a los que se hallan dentro). En estos supuestos el art. 1719 CCyC establece que el damnificado tiene derecho a ser indemnizado por quien **creó la situación de peligro** o por **el beneficiado por el acto de abnegación**. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por obtenido por quien se benefició con el acto de abnegación. Se trata, en definitiva, de una situación fundada en la equidad.

4. Las causales de justificación en particular

El Estado en tanto es una persona jurídica necesita de personas físicas para manifestarse y actuar.

En algunos casos es imposible identificar al sujeto que ocasiona los daños y en otros, estos se atribuyen genéricamente al servicio o función estatal deficientemente prestado. Sin embargo, en muchos otros supuestos, la actuación dañosa sí es cometida por órganos físicos identificados que pueden, a su vez, verse expuestos a alguna causal de justificación que impedirá que el Estado deba responder por el daño.

Es el caso, por ejemplo, de la clausura administrativa de un local bailable que supera la emisión de ruido tolerada reglamentariamente. Esto implica el ejercicio regular de una potestad pública, por lo que el daño que podría causarle al propietario el cierre del local no dará lugar a ningún resarcimiento ya que falta el requisito de la antijuridicidad en la actuación estatal. Un policía que en el marco de un intento de robo persigue al delincuente y se defiende de los golpes que este intenta propinarle, golpeándolo a su vez, habrá actuado en legítima defensa y, por ende, la lesión que eventualmente hubiera podido ocasionar al delincuente estará justificada y no dará lugar a responder.

Hasta la sanción del CCyC era necesario remitirse al Código Penal para encontrar un concepto definitorio de las causales de justificación. Actualmente, ellas están tratadas en los arts. 1718 y 1720 del CCyC.

Veamos:

1. El **ejercicio regular de un derecho**: con una fórmula análoga al art. 1071 del Código de Vélez Sarsfield, el art. 10 del CCyC dispone que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”. De esta manera, cuando se ejercen conductas lícitas, quedan justificados los perjuicios que de ella pudieran derivarse para terceros.

Por ejemplo, el decomiso de mercaderías en mal estado o la clausura administrativa de un local que presenta peligro de derrumbe resultan del ejercicio de potestades y atribuciones conferidas por la ley o los reglamentos a las autoridades competentes y aunque causen algún perjuicio, en principio, no son resarcibles.

Sin embargo, el mismo art. 10 CCyC alerta respecto a que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”, lo que equivale a afirmar que estos deben ser ejercidos de conformidad con los fines del ordenamiento jurídico y los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres. Cuando esos límites se transgreden,

se configura **el abuso del derecho**, y la conducta dañosa –pese a encontrarse formalmente dentro de los límites del derecho– puede tornarse ilícita.

Es el caso de la retención de una licencia de taxi por la comisión de una infracción. Esta causa ciertamente un daño a su titular pero en la medida que la actuación administrativa tenga sustento fáctico y se haya cumplido el procedimiento reglado a tal fin, no dará lugar a indemnización alguna porque constituye el ejercicio regular de una potestad pública. En cambio, si luego de que el titular satisfizo la multa y cumplió el requisito por el cual fue sancionado, la Administración no le reintegra la licencia o se demora excesivamente en extenderle una nueva, el daño provocado al taxista dejaría de estar justificado. La conducta estatal inicialmente lícita devino arbitraria.

2. La **legítima defensa**: es la justificación más evidente de un actuar dañoso. Cuando alguien “frente a una agresión ilegítima y no provocada, emplea un medio racional para impedirla o repelerla, no responde por el daño que pueda causar al agresor” (LLAMBÍAS, 1996, 632).

Para que esta causal se configure es necesario acreditar la presencia de los siguientes requisitos:

- i) **la existencia de una agresión ilícita y no provocada**, actual o inminente, contra la persona o los bienes propios o de terceros. La agresión tiene que ser antijurídica porque si es acorde a derecho no opera la causal de legítima defensa. Además debe ser actual, no meramente potencial, y puede referirse tanto a la persona como a los bienes del agredido o de las personas que forman parte de su núcleo cercano.
- ii) **la ausencia de provocación** por parte de quien se defiende.
- iii) **el empleo de medios racionalmente proporcionados para defenderse respecto de los usados por el agresor**. Este es el requisito clave ya que “la defensa violenta de los derechos solo es legítima cuando el medio que se emplea es *proporcionado* al ataque recibido, y *suficiente* para detenerlo. Una reacción excesiva no excusa al causante del daño y lo obliga a compartir con el agresor –culpa concurrente– la reparación del daño que este ha sufrido” (LLAMBÍAS, 1996, 639). Como veremos más adelante, esta se considera *un supuesto de culpa concurrente*.

Al finalizar, el inciso b) del art. 1718 CCyC se refiere al caso en que un tercero no agresor sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa (como por ejemplo cuando un transeúnte sufre una caída al ser empujado por quien trata de defenderse de un intento de secuestro). El CCyC dispone que el tercero tiene derecho a obtener una reparación plena.

3. **El estado de necesidad:** este se configura cuando una persona causa daño para evitar otro mayor, actual o inminente, al que ha sido extraño y que amenaza sus derechos o los de terceros.

Al igual que la legítima defensa, esta causal de justificación posee requisitos de configuración:

- i) que la persona tenga un temor fundado de sufrir un mal actual o inminente;
- ii) que la persona no sea culpable del peligro que lo amenaza;
- iii) que la causación del daño sea el único modo de evitar el peligro que amenaza al agente;
- iv) que **el mal que se evita sea mayor que el que se causa**. Este es el principal recaudo ya que tiene que existir total desproporción entre los intereses en juego: no hay estado de necesidad si para salvar el vehículo propio que alguien está intentando robar, el propietario dispara y mata al delincuente.

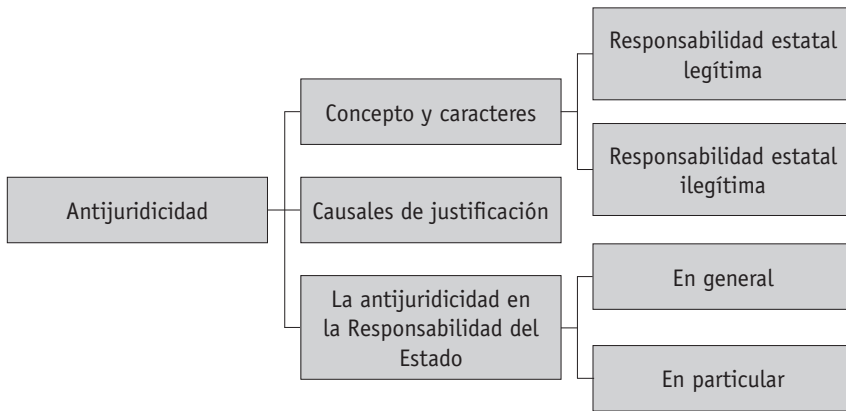
Sin perjuicio de operar como una causal de justificación, de darse los recaudos precedentes, el CCyC dispone que el damnificado tiene derecho a ser indemnizado si el juez lo considera equitativo (cónf. art. 1718 inc. c.).

4. **El consentimiento del damnificado** (art. 1720). Esta cláusula remite al principio constitucional de autonomía personal, autodeterminación y a los derechos de usar y disponer libremente de la propiedad (art. 19 y 17 CN).

Las personas cuentan con libertad para adoptar decisiones vinculadas con su plan de vida y a sus bienes y de allí que el art. 1720 CCyC disponga que el “consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

Sin embargo, esta causal de justificación debe ser articulada con el art. 55 del mismo CCyC que dispone que “el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Además, al regular la renuncia de derechos, se dispone en el art. 944: “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio”. Se trata de restricciones vinculadas con razones de orden público.

Esquemmatizando



Bibliografía

- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>
- DE CUNTO, ALDO L., “La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito”, *Lecciones y Ensayos*, 82-2006, p. 51-105.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo III*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1996.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.) (a) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.
- LORENZETTI, PABLO, (b) “La antijuridicidad como presupuesto de la Responsabilidad Civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código

- Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Ambiental*, 43-2015. La Ley AR/DOC/5116/2015, p. 1-18. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, La Ley AR/DOC/3475/2015, p. 1-21, Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos del deber de reparar”, La Ley 2012-C, p. 671-683.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088).
- CSJN, “Giménez Zapiola Viviendas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 321:2144).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Pistone Ciro Alberto c/ Estado Nacional – Servicio Nacional de Sanidad Animal s/ daños y perjuicios” (Fallos: 330:2464).
- CSJN, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 315:2834).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización” (Fallos: 306:2030).

CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”
(Fallos: 321:1124).

Jurisprudencia clave

CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”
(Fallos: 329:2088).

CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense)
y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).

CSJN, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios”
(Fallos: 315:2834).

CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización”
(Fallos: 306:2030).

CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”
(Fallos: 321:1124).





Premisas

Para facilitar su encuadramiento y tratamiento resarcitorio, la responsabilidad del Estado puede ser clasificada conforme a diversos criterios.

Como un adelanto de estas categorizaciones, a lo largo de los capítulos anteriores hemos aludido reiteradamente a los dos grandes campos en los que puede originarse la responsabilidad estatal –contractual y extracontractual– y, dentro de este último, al segmento de la responsabilidad legítima e ilegítima del Estado.

En las páginas que siguen examinaremos con más detalle algunas de estas tipologías, deteniéndonos especialmente en las que han tenido mayor correlato en la casuística judicial y que, en su gran mayoría, han sido objeto de un tratamiento específico en la LRE.



CAPÍTULO 11

Los distintos criterios de clasificación de la responsabilidad del Estado y su abordaje metodológico

Leer este capítulo te llevará:
24 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

A los fines de clasificar la responsabilidad estatal algunos de los criterios que pueden emplearse son los siguientes:

- a. el sujeto sobre el que recae,
- b. la forma de participación del autor en la comisión del hecho dañoso,
- c. la causa del deber de resarcir,
- d. el modo de imputación de la responsabilidad,
- e. la fuente del deber de resarcir,
- f. la manera en que se concreta el daño,
- g. la función estatal concernida.

Aplicando estos parámetros, las variantes resultantes son las que volcamos en el cuadro siguiente:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS AGENTES Y FUNCIONARIOS		
SEGÚN EL SUJETO RESPONSABLE		
Responsabilidad del Estado	Responsabilidad de los agentes, empleados o funcionarios	
SEGÚN LA FORMA DE PARTICIPACIÓN DEL AUTOR EN LA COMISIÓN DEL HECHO DAÑOSO		
Directa	Indirecta	
SEGÚN LA CAUSA		
Legítima	Ilegítima	
SEGÚN EL MODO DE IMPUTACIÓN		
Subjetiva	Objetiva	
SEGÚN LA FUENTE		
Contractual	Extracontractual	
SEGÚN LA MANERA DE CONCRECIÓN DEL DAÑO		
Por acción	Por omisión	
SEGÚN LA FUNCIÓN ESTATAL CONCERNIDA		
Administrativa (hechos, actos u omisiones)	Normativa (legislativa o reglamentaria)	Judicial (errores <i>in iudicando</i> o <i>in procedendo</i>)

Es necesario retener que en la realidad, las categorías antedichas no se presentan en forma pura sino que suelen darse de modo combinado. Así, por ejemplo, la responsabilidad lícita del Estado puede tener por fuente la actividad administrativa o la legislativa; la responsabilidad del Estado por actividad judicial, conforme a la regulación de la LRE, solo podría ser ilegítima por acción o por omisión; la responsabilidad contractual puede surgir por la revocación legítima o ilegítima de un contrato o por la inexecución culposa de las obligaciones asumidas por el contratante estatal; la omisión estatal dañosa solo se verifica en el campo de la responsabilidad ilegítima, y así, las combinaciones pueden ser variadas.

A su vez un mismo hecho puede hacer nacer la responsabilidad del Estado y simultáneamente, la del agente o funcionario que hubiere ejecutado el hecho

dañoso, quien en este caso, responderá por su **falta personal**, conforme explicaremos más adelante. Si por ejemplo, un policía mientras persigue a un delincuente, dispara negligentemente su arma y lesiona a un transeúnte, además de la falta de servicio atribuible a la institución policial, el propio agente también podrá verse obligado a responder frente a la víctima si actuó con culpa o dolo.

Por otra parte, si bien todas las modalidades comparten algunos presupuestos (v.gr. la indispensable presencia del daño, el nexo causal y de un factor de atribución) en algunos casos poseen regulaciones especiales (v.gr. la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato de obra pública se rige por lo dispuesto por la ley 13064), requisitos específicos (v.gr. sacrificio especial en materia de responsabilidad lícita) o distintos alcances en la reparación del daño (v.gr., la responsabilidad derivada de la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, en algunos regímenes locales como el de la Ciudad de Buenos Aires, no abarca el lucro cesante).

De modo que frente a un daño causado por el Estado, **por razones metodológicas** siempre es recomendable realizar inicialmente el ejercicio de distinguir a qué órgano estatal es atribuible la conducta (órgano centralizado, descentralizado, Poder Judicial o Legislativo) y a qué orden jurisdiccional pertenece (federal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires, municipal); qué especie de función estatal se desarrolló (administrativa, legislativa, judicial); qué forma tiene la conducta dañosa (acción u omisión); cuál es la fuente que le da origen (contractual o extracontractual), etc., ya que a partir de estas circunstancias podrá evaluarse adecuadamente qué tipo de responsabilidad se ha configurado, qué es lo que deberá probarse, en qué normativa deberá encuadrarse el caso, cuál será el alcance de la reparación, si debe agotarse la instancia administrativa previamente, qué requisitos deberán satisfacerse en el proceso judicial reclamatorio, etc.

Hechas estas aclaraciones, veamos entonces cuáles son los distintos criterios en los que es susceptible de ser catalogada la responsabilidad estatal.

2. Según el sujeto responsable y la forma de participación en la comisión del hecho dañoso

La responsabilidad puede ser **directa o indirecta** según la forma en que el sindicado como responsable participó en la comisión del hecho dañoso. **Directa** es la responsabilidad por el hecho propio, es decir que quien ejecuta la conducta dañosa coincide con quien debe responder. **Indirecta o refleja** es la que surge de un hecho ajeno, como por ejemplo la responsabilidad del principal por el hecho

del dependiente (art. 1753 CCyC) o la de los padres por los hechos de sus hijos menores (art. 1754 CCyC).

Conforme al desarrollo y evolución que ha experimentado la responsabilidad estatal, hay coincidencia doctrinaria y jurisprudencial de que esta se imputa únicamente de un **modo directo**, tal como lo contempla el **art. 1° de la LRE**. Como ya explicamos *in extenso* en varios capítulos del bloque 2, por aplicación de *la teoría del órgano*, los hechos y omisiones de los agentes públicos se atribuyen en forma **directa** al Estado en tanto tengan la apariencia externa de ser acordes o propios de la función o actividad normalmente desarrollada por la entidad a la cual tales agentes pertenecen. Los agentes, en tanto órganos estatales, se confunden con la entidad de la que forman parte y le imputan a aquella su actuación. De allí que la responsabilidad estatal es **directa y principal** (“VADELL”) y no simplemente indirecta o refleja, tal como se la concebía en los inicios del surgimiento de la institución (“DEVOTO”, “FERROCARRIL OESTE”). A fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo que ya expusimos sobre este tema en capítulos anteriores.

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial directa del Estado no excluye la eventual **responsabilidad personal de los agentes o funcionarios que perpetraron el daño**, cuando aquellos sean identificados y se pueda probar que actuaron con negligencia o dolo, es decir, cuando han cometido lo que se denomina “**falta personal**”.

Los funcionarios, empleados o agentes que participaron personalmente en la causación del daño responden **por su hecho propio, en forma directa** (art. 1753 CCyC) por lo que pueden ser sujetos de una acción resarcitoria y en su caso, llegar a responder con el Estado en forma solidaria o concurrente por los daños provocados. Más aún, eventualmente podrían responder en forma exclusiva, de probarse la ajenidad del servicio involucrado con respecto al daño sufrido por la víctima.

La LRE regula tanto la responsabilidad directa del Estado como la de sus empleados, funcionarios y agentes, conceptos estos que a los fines que estamos considerando se entienden como sinónimos. Al respecto, en su art. 9° la LRE dispone:

la actividad o inactividad de los funcionarios y 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.

En suma, debe quedar claro que aunque la conducta dañosa se imputa **directamente** al Estado, por lo cual no es exigible identificar a la persona física que la realizó; esta última, de ser conocida, también puede ser alcanzada por una acción resarcitoria del damnificado y verse obligada a responder frente a aquel, si la víctima prueba que el agente causó el daño mediando culpa o dolo. En este

último caso, el juez deberá dirimir qué grado de participación tuvo el agente en la causación de dicho daño y distribuir el resarcimiento entre todos los sujetos sindicados como responsables. En tal caso, mientras que el Estado responderá sobre la base de un **factor objetivo**, como es la falta de servicio, el error judicial, el sacrificio especial, etc. –con los reparos que el término “objetivo” nos suscita y que ya expusimos en el bloque anterior–, **el funcionario lo hará sobre la base de uno de corte netamente subjetivo, como la culpa y el dolo.**

Sobre estas cuestiones, así como con respecto a la responsabilidad **política, penal y disciplinaria o administrativa** a las que pueden quedar sometidos los agentes y funcionarios públicos, nos explayaremos en el capítulo 17 del bloque 4.

3. Según la causa

La responsabilidad del Estado es **legítima o lícita** cuando deriva de una actuación de algún órgano estatal que aun siendo regular, provoca daños especiales y diferenciables en un sujeto que **no tiene el deber de soportarlo.**

Un permiso otorgado a un particular para erigir un edificio que se deja sin efecto por razones de interés público; una actividad comercial previamente autorizada que años más tarde se prohíbe para evitar daños ambientales colectivos; una autopista que al construirse dificulta el ingreso a una estación de servicio mermando notoriamente su giro comercial; etc., son algunos ejemplos de acciones estatales regulares, que aunque motivadas en la obtención de un beneficio general o colectivo, pueden llegar a lesionar injustamente a personas singulares. Aunque no hay en estos casos irregularidad en la conducta estatal, si el daño que se sufre adquiere ciertas notas de particularidad y singularidad, corresponde sea indemnizado por aplicación de los principios *alterum non laedere* y de *igualdad ante las cargas públicas* (cónf. arts. 28 y 16 CN).

La responsabilidad legítima del Estado está regulada en los **arts. 4° y 5° de la LRE. Conforme a este diseño legal, solo se configura por vía de acción y tiene carácter excepcional.**

Por otra parte, la responsabilidad estatal es **ilegítima, irregular o ilícita** cuando deriva de la realización de una actividad u omisión antijurídica, es decir, contraria al derecho vigente entendido como un todo.

Este campo es el que presenta los ribetes fácticos más variados ya que así como son infinitas las acciones y actividades que desarrolla el Estado, son innumerables las situaciones en las que alguno de sus órganos puede causar daños. Como hemos visto en el capítulo anterior, con excepción del sacrificio especial y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, los restantes factores de atribución de la responsabilidad estatal trasuntan un componente de ilegitimidad. En efecto, las

faltas de servicio, tanto por acción como por omisión, el error judicial, las vías de hecho (cónf. art. 9° de la LNPA), la anulación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad, el incumplimiento del deber tácito de seguridad que pesa sobre el Estado como titular de bienes de su dominio público y privado, etc., denotan un componente de irregularidad o ilegitimidad en la conducta administrativa y activan la consiguiente responsabilidad estatal.

En el régimen de la **LRE**, los presupuestos y eximentes de la responsabilidad ilegítima están contemplados en los **arts. 2° y 3°** y puede configurarse tanto por **acción como por omisión (cónf. art. 3°)**, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad sin falta que solo tiene lugar en la regulación de la LRE, por vía de acción.

Si bien ambos tipos de responsabilidades comparten presupuestos semejantes —salvo el factor de atribución— la diferencia sustantiva entre ellas se da en cuanto a la extensión del resarcimiento. Para la LRE, solo puede accederse a una reparación integral frente a acciones u omisiones estatales irregulares ya que la responsabilidad por actividad legítima “es de carácter excepcional” y “en ningún caso procede la reparación de lucro cesante” (art. 5).

4. Según el modo de imputación

En el capítulo 9 del bloque 2 hemos desarrollado largamente que existen criterios **objetivos y subjetivos** para imputar o atribuir al o los responsables el daño sufrido por la víctima.

Sintetizando lo allí expuesto podemos decir que el factor de atribución es **subjetivo** cuando se requiere la verificación de una conducta dolosa o culposa o negligente del dañador para que pueda imputársele responsabilidad. Es **objetivo** cuando la conducta del dañador es irrelevante para la atribución de la responsabilidad puesto que lo decisivo es la causación de la lesión y, por eso, la responsabilidad se fundamenta en un factor de atribución de tal naturaleza. La creación de un riesgo, los vicios que presentan las cosas, la realización de actividades particularmente peligrosas (por ejemplo, las que se realizan en fábricas militares de explosivos), el hecho de haber prometido un resultado, etc., son factores que hacen nacer el deber de responder y que no requieren para su configuración un obrar negligente o culpable del sujeto sindicado como responsable.

Cuando la responsabilidad se imputa sobre la base de un factor **subjetivo** de atribución, el presunto responsable siempre puede demostrar su falta de culpa para eximirse de responder. En cambio, en los supuestos de responsabilidad **objetiva**, el **responsable únicamente se libera demostrando la ruptura del nexo causal por una causa ajena** (art. 1722 CCyC), y ello significa que incluso

habiendo obrado de un modo diligente, eventualmente deberá responder por el daño sufrido por la víctima.

Conforme al art. 1° de la LRE, la responsabilidad del Estado es objetiva.

Vale reiterar que ello significa que para responsabilizar al Estado no es necesario acreditar la culpa o dolo de los agentes intervinientes en la causación del daño sino solamente que el servicio concernido funcionó irregularmente (es decir que se produjo una falta de servicio) y que este fue la causa del daño. Si bien no se requiere entonces la prueba de la culpa personal del agente ni menos demandarlo en forma conjunta, sí, en cambio, es menester acreditar la deficiencia o irregularidad en el servicio gestionado por la Administración y que de ellos se derivó la lesión sufrida por la víctima.

A los fines de advertir la importancia de esta disposición de la LRE, cabe tener presente que la responsabilidad civil **parte del principio residual opuesto**, ya que en el art. 1721 del CCyC se dispone que **ante la ausencia de previsión normativa, el factor de atribución es la culpa, es decir, un factor de atribución subjetivo**, factor subjetivo que, por otra parte, también sigue operando en relación con las faltas personales atribuibles a los funcionarios y empleados públicos.

5. Según la fuente

La responsabilidad tiene *fuerza extracontractual* cuando deriva de la mera transgresión del deber genérico de no dañar a otro. Este deber puede incumplirse en el ejercicio de cualquiera de las tres funciones del Estado –administrativa, legislativa y judicial– y puede producirse tanto por vía de acción (actos administrativos, conductas materiales, reglamentaciones, sentencias judiciales erradas) como por conducto de omisiones (típicamente, de control, verificación o prevención de la causación del daño). **El basamento constitucional** de este deber de no dañar se halla en el principio *alterum non laedere* derivable del art. 19 CN, que se compatibiliza y complementa con la garantía constitucional de igualdad que recepta el art. 16 CN.

En cambio, el deber de responder es de tipo *contractual* cuando nace del incumplimiento de una obligación asumida con anterioridad, sea en un contrato o bien impuesta directamente y en forma específica por la ley. La **preexistencia de la obligación** es el elemento distintivo ya que mientras que en la responsabilidad contractual la obligación entre deudor y acreedor respecto de una prestación determinada es anterior a que surja la responsabilidad, en la extracontractual dicha obligación es posterior, ya que recién surge después de producido el evento indemnizable, por aplicación del principio *alterum non laedere* (SÁENZ, 2008). Por ejemplo, cuando una persona es atropellada por un automóvil del Poder

Judicial, no mantiene con este ningún lazo previo sino que el vínculo jurídico surge a partir del acaecimiento del daño. Si, en cambio, esta persona resulta herida porque el tren que la transportaba descarriló, el vínculo existente entre el transportista estatal y el damnificado deriva del contrato de transporte celebrado entre ellos, del cual surge la obligación de dicho transportista estatal de conducir al pasajero sano y salvo.

Toda vez que el contrato administrativo, más allá de sus particularidades y diferencias con los contratos del derecho privado, está sometido a la regla *pacta sunt servanda*, la posibilidad de la configuración de la responsabilidad estatal en este campo no genera dudas, ya que como decía BIELSA, “el problema de la responsabilidad del Estado como poder público, solo se presenta en la esfera extracontractual, pues en la contractual no hay cuestión, desde que al obligarse autolimita su potestad por el contrato mismo” (BIELSA, 2008, 61). En esa dirección podemos encontrar ejemplos del reconocimiento de la responsabilidad contractual del Estado en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de comienzos del siglo XX (“FERROCARRIL DE BS. AS. Y PUERTO DE ENSENADA” en 1909, “EMPRESA FERROCARRIL CENTRAL ARGENTINO” en 1907).

Por otra parte, si bien el artículo 1716 del CCyC unificó la regulación de la responsabilidad de origen contractual y extracontractual, en el derecho administrativo se mantiene el tradicional sistema de doble fuente. En efecto, **el art. 10 LRE**, al establecer que **la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas**, mantiene el sistema de fuentes separadas.

En consecuencia, aunque en ausencia de regulación, la responsabilidad estatal contractual puede regirse en forma supletoria por las disposiciones que se aplican a la responsabilidad extracontractual (cónf. art. 10 LRE) aquella está captada por los principios propios de la contratación administrativa y como tal se sujeta a las pautas legales que rigen a cada uno de los contratos (por ejemplo, en el ámbito nacional, el decreto 1023/01 y su reglamentación, o la ley 27328 de contratos de participación público-privada, los arts. 33, 34 y 39 de la ley 13064 para el contrato de obra pública, la ley 25164 en temas de empleo público, etc.). Ello sucede sin perjuicio de que “ciertos principios del derecho recogidos en el Código Civil y Comercial como la buena fe en la interpretación y ejecución de lo acordado podrán ser considerados de manera directa a la hora de juzgar las consecuencias del incumplimiento estatal de un contrato de cualquier naturaleza” (BOTASSI, 2017, 80).

Comentario aparte merece la ley 27328 que regula **los contratos de participación público privada (“PPP”)**. Esta ley establece un régimen muy particular para esta clase de contratos ya que no solo no se le aplican las disposiciones generales en materia de contrataciones administrativas, en tal sentido, su art. 31 dispone la inaplicabilidad directa, supletoria y analógica de las leyes 13064 (obras públicas) y 17520 (concesión de obra pública) y del decreto 1023/01, sino que también, y

en lo que nos interesa, dispone que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la ley de PPP, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato y que solo supletoriamente se aplicará el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 11), lo que a nuestro entender implica desplazar la supletoriedad de la LRE, que si bien es el régimen general de responsabilidad estatal, es anterior a la de este tipo de contrato.

Otra diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual reside en **los factores de atribución** de la responsabilidad ya que mientras que en el **campo contractual** lo son el **principio general de buena fe y la reciprocidad de las prestaciones**, en la **extracontractual** pueden serlo tanto la **falta de servicio**, como el **riesgo creado, la igualdad ante las cargas públicas y el sacrificio especial**, etc. En efecto, como en la esfera aquiliana o extracontractual “lo debido” es en todos los casos el deber genérico *alterum non laedere*, son las circunstancias que rodean al hecho dañoso (intervención o no de cosas, características de estas, ausencia del deber de soportar el daño, etc.) las que determinan el factor de atribución aplicable.

Responsabilidad contractual ilegítima y legítima

Al igual que la responsabilidad estatal extracontractual, la contractual también puede operar sobre la base de conductas u omisiones estatales legítimas como ilegítimas.

La responsabilidad contractual estatal **será ilegítima** cuando un órgano o ente estatal desarrolle una conducta activa u omisiva irregular, deficiente o inadecuada en el marco de un contrato y ella cause daños en su contratista.

El incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la prestación comprometida por el Estado, como sería, por ejemplo, el atraso o la falta de pago de un certificado de obra, constituye la manifestación típica de una omisión contractual dañosa. Similarmente, la rescisión de un contrato por el Estado basada en un incumplimiento que no ha sido tal, también es susceptible de generar responsabilidad estatal contractual ilegítima.

Para determinar el alcance del deber de responder se debe analizar el texto del contrato (integrado naturalmente por los pliegos que rigieron el procedimiento de selección) y todo el plexo normativo en el que aquel se enmarca (constitucional, legal y reglamentario, tanto respecto a las contrataciones públicas en general como a cada contrato en particular).

Por su parte, la **responsabilidad contractual es lícita**, cuando la conducta u omisión atribuida al Estado contratante, aun siendo regular, genera perjuicios en su contratista que este no tiene el deber jurídico de soportar.

El caso paradigmático de esta especie de responsabilidad se presenta frente a la **revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia** (cónf. art. 12 incs. a y b del Decreto 1023/2001 y 18 LNPA). Una vez celebrado el contrato, los derechos derivados de aquel quedan irrevocablemente adquiridos para el contratista por lo que si debido a razones vinculadas al interés público, el Estado considerara necesario dejar sin efecto lo pactado, el contratista tiene el derecho a ser indemnizado. Más allá de la licitud de la conducta estatal, la revocación del contrato importa para el cocontratante un sacrificio especial que como tal debe ser reparado en virtud del principio de la igualdad ante las cargas públicas (cónf. art. 16 CN).

6. Según la manera de concreción

El daño causado a otro puede provenir de **acciones o de omisiones**. En el primer caso, se requiere la presencia de una conducta perjudicial concreta imputable al Estado. En el segundo supuesto, el daño se ocasiona por dejar de adoptar las medidas que impiden o pueden evitar la generación de perjuicios en la vida o el patrimonio de los particulares. Es justamente el no hacer o el no haber prevenido o evitado que ocurra el daño sufrido lo que activa la responsabilidad por omisión.

En los fallos “ZACARÍAS” y “MOSCA”, al referirse al deber del Estado de velar por la seguridad de todos los habitantes, la Corte Suprema entendió que para evaluar si el Estado había incurrido en una omisión ilegítima se debían tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. la naturaleza de la actividad concernida que se omitió ejecutar, 2. los medios de que dispone la administración para satisfacerla, 3. el lazo que une a la víctima con la administración, 4. el grado de previsibilidad del daño y 5. la adopción de las medidas adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar.

Ahora bien, para que haya omisión es menester que exista un deber de actuar, y que como consecuencia de la falta de cumplimiento de ese deber, resulte un daño. El *quid* de la cuestión en materia de omisión pasa por definir cuál es el tipo de deber de actuación requerido y qué tipo de fuente normativa puede imponerlo. En otras palabras, se trata de definir si la omisión puede configurarse frente a obligaciones o mandatos más o menos laxos o generales, como el deber genérico de no dañar, o si por el contrario, es necesario que una norma específica –constitucional, convencional, legal o reglamentaria– determine mandatos específicos y concretos de actuación, cuyo incumplimiento hará nacer el deber de responder

(por ejemplo, la obligación que impone el art. 7 de la ley 23798 de detectar el virus HIV en sangre humana destinada a transfusión y elaboración de plasma).

La LRE adopta una postura estricta con respecto a la responsabilidad ilegítima por **omisión**. Su artículo 3° inciso d) dispone que “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo de actuación expreso y determinado**”.

Examinaremos estas cuestiones en profundidad en el capítulo 12 de este bloque 3.

7. Según la función estatal concernida

Este criterio tiene en cuenta cuál ha sido la función estatal –definida **desde un punto de vista material**– que ha causado el daño que debe repararse. Conforme a esta perspectiva, la lesión puede provenir del ejercicio de la función **administrativa** de cualquiera de los tres poderes del Estado (ya sea que se concrete a través de actuaciones materiales, actos administrativos u omisiones), de la función materialmente **normativa** (que se expresa a través de la sanción de leyes o reglamentos) o del ejercicio de la función **jurisdiccional** propiamente dicha (sentencias y providencias dictadas por el Poder Judicial en el marco de un litigio judicial).

Así, por ejemplo, surge la responsabilidad estatal por el ejercicio de la función administrativa, por acción u omisión, regular o irregular, cuando como consecuencia de la construcción de obras públicas se inundan campos que causan un daño singular a su propietario o cuando se declara cesante injustamente a un empleado perteneciente a la Biblioteca del Congreso de la Nación. Son casos de responsabilidad por actividad normativa aquellos en los que un acto de tal naturaleza (ley o reglamento) prohíbe desarrollar determinadas actividades que hasta su dictado estaban autorizadas, dando lugar a un sacrificio especial indemnizable. Una sentencia judicial que se anula por haberse fundado en un error de derecho también podría dar nacimiento al derecho a obtener un resarcimiento, si, por ejemplo, con motivo del cumplimiento del pronunciamiento anulado se hubiera derivado un daño específico (por ejemplo, si en cumplimiento de una sentencia que a la postre se deja sin efecto por contener errores groseros, el obligado abona una indemnización que fue erróneamente liquidada).

La LRE no regula en forma distintiva la responsabilidad normativa ni la judicial, solo con respecto a la responsabilidad judicial hace una breve referencia en su art. 5°, disponiendo que “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”. Ello en modo alguno significa que el Estado ha dejado de responder en estas áreas, sino que ambas serán juzgadas bajo los parámetros generales de los arts. 3°, 4° y 5° de la LRE.

Esquematisando



Bibliografía

- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BALBÍN, CARLOS F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- BIELSA, RAFAEL, A., “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia” en FAYT, CARLOS S. Y BADENI, GREGORIO (DIRS.), *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, 1ª ed., La Ley, 2008, p. 61-90.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.

- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 97-2015, p. 35-47.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2014.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., La Ley, 2015 (a).
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA) 97-2015, p. 101-119 (b).
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- SÁENZ, JORGE A., “La responsabilidad contractual en el Derecho Público argentino” en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 67-118.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).
- CSJN, “Empresa Ferrocarril Central Argentino contra el Gobierno Nacional por indemnización de daños y perjuicios” (Fallos: 111:390).
- CSJN, “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de Ensenada contra Gobierno Nacional, por indemnización de daños y perjuicios” (Fallos: 111:339).
- CSJN, “Ferrocarril C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos aires, provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).
- CSJN “Zacarías Claudio H. c/Córdoba provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).

CAPÍTULO 12

La responsabilidad estatal ilegítima por acción y por omisión

Leer este capítulo te llevará:
45 minutos aproximadamente

1. La responsabilidad estatal ilegítima por acción. Concepto y caracterización. Remisión

De todas las formas que puede adoptar la responsabilidad estatal, la más común es la que se origina en el campo ilícito. Como su nombre lo indica, el dato peculiar de la responsabilidad estatal **ilegítima** es la antijuridicidad de la conducta que causa el daño.

Si bien la ilicitud, en tanto contravención al ordenamiento jurídico entendido como un todo, puede configurarse tanto por acción como por inejecución o falta de acción, **cuando se habla de responsabilidad estatal por actividad ilegítima**, irregular o ilícita **se hace referencia, en sentido estricto, a conductas materiales de los órganos estatales. Estos, por vía de acción, contravienen el ordenamiento jurídico y causan daños a las personas, dando lugar así al surgimiento de la obligación estatal de reparar el daño ilegítimamente provocado.**

Esta especie de responsabilidad del Estado, que se presenta frente al ejercicio de cualquiera de sus funciones constitucionales (administrativa, legislativa o judicial) puede adoptar dos formas. Una, la de *actuaciones materiales*, es decir, simples hechos con aptitud para producir consecuencias jurídicas (art. 257 CCyC), como sería el choque de un vehículo estacionado en la calle por una maquinaria empleada por funcionarios estatales para reparar el pavimento. La segunda, la de *actos o decisiones administrativas, judiciales o normativas* que, al no ajustarse a sus respectivos recaudos de legitimidad –ya sean los que establece la Constitución Nacional y los Tratados, los Códigos de procedimientos penales y civiles y comerciales o las leyes de procedimientos administrativos, etc.– resultan nulos y como tales son susceptibles de generar daños resarcibles (v.gr. una resolución ministerial que declara cesante a un empleado arbitrariamente, una sentencia que condena a una persona sobre la base de pruebas fraudulentas, etc.).

Cualquiera sea el factor de atribución empleado para imputarla (falta de servicio, error judicial, inconstitucionalidad de leyes o reglamentos, riesgo creado o vicio en las cosas, etc.), esta especie de responsabilidad estatal siempre denota un componente de irregularidad o ilegitimidad y opera sobre la base de una conducta estatal desplegada y no meramente omitida.

Los presupuestos y eximentes de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima son los previstos en los arts. 3° y 2° de la LRE que hemos desarrollado con mucho detalle en los cuatro capítulos que integran el bloque 2 y a los cuales nos remitimos, en particular en relación con el concepto de “falta de servicio” y a los restantes factores de atribución que se asientan en la existencia de conductas estatales ilegítimas.

Las modalidades concretas que puede adoptar la responsabilidad estatal ilegítima (por omisión, por error judicial, por actuación normativa, etc.) serán tratadas en los distintos capítulos de este bloque.

2. La responsabilidad estatal ilegítima por omisión. Concepto y caracterización

Ya dijimos que **lo ilícito**, es decir, lo que se opone al ordenamiento jurídico en su conjunto, **puede configurarse tanto por acción como por inejecución o falta de acción.**

El art. 1749 del CCyC contempla ambas modalidades de configuración de la conducta lesiva diciendo que “es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”. La LRE también referencia ambas variantes en su artículo 3°, al aludir tanto a la falta de servicio que se produce por una actuación irregular positiva, como a la falta de servicio que se configura por vía de omisión que en este caso, “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (cónf. art. 3° inciso d).

Es necesario distinguir la responsabilidad estatal por omisión a la que nos referiremos en este capítulo, de otros supuestos en los que el Estado deja de cumplir con alguno de sus obligaciones constitucionales pero que no llega a producir consecuencias dañosas tangibles y cuantificables en algún damnificado específico. Por ejemplo, en el caso “ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES”, se declaró la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo por no nombrar al Defensor del Pueblo ya que el cargo se encuentra vacante desde hace casi diez años. Los jueces entendieron que el Poder Legislativo incurrió en un comportamiento omisivo frente al art. 86 de la CN que le impone un mandato preciso en relación con la designación de dicho funcionario de rango

constitucional. Este caso integra la familia de precedentes jurisprudenciales en los que los tribunales han declarado inconstitucionalidades por la falta de dictado de normas ya que

la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan a su cumplimiento (“EKMEKDJIAN”).

Otro supuesto fronterizo con la responsabilidad estatal por omisión que estudiamos en este capítulo es el de la *responsabilidad prestacional del Estado*, que sucede cuando el Estado no presta servicios básicos o no garantiza ciertos niveles mínimos de satisfacción de las necesidades más elementales de la población (alimentación, vivienda, salud, servicios públicos, etc.). Estas conductas omisivas se vinculan con los deberes que en un Estado constitucional los órganos estatales deben satisfacer en materia de derechos humanos, derechos sociales, económicos y culturales o prestación de servicios públicos (“CAMPODÓNICO DE BEVIACQUA”, “ASOCIACIÓN BENGHALENSIS”, “Q.C.S.Y.”, “MENDOZA”).

Cuando en este capítulo y en general en esta obra nos referimos a la responsabilidad estatal por omisión hacemos alusión a la *responsabilidad patrimonial estatal* que se origina frente a daños específicos sufridos por los individuos en su integridad física o en sus bienes, o en un derecho de incidencia colectiva, en los términos del art. 1737 del CCyC, como resultado de la falta de cumplimiento de funciones impuestas a los órganos administrativos por el ordenamiento jurídico. Aunque obviamente la falta de cumplimiento de un deber prestacional puede derivar en una responsabilidad estatal por omisión (por ej., si una persona concurre a un hospital a atenderse y muere sin haber recibido ningún tratamiento) lo que queremos destacar es que la responsabilidad patrimonial por omisión tiene por presupuesto la concreción de un daño y no se reduce al derecho a requerir una asistencia estatal que es lo que caracteriza la responsabilidad de tipo prestacional.

Lo peculiar de la responsabilidad por omisión es que la lesión que sufre la víctima es, en rigor de verdad, causada en forma directa por un tercero (v. gr. un delincuente) o por un hecho de la naturaleza (v. gr. una inundación), pero la falta de actuación estatal coadyuva a la producción del daño, desde que si aquella hubiera tenido lugar, habría evitado su causación o hubiera aminorado su entidad. Si bien la línea divisoria entre falta de intervención estatal e intervención inadecuada o irregular suele ser bastante difusa, solo en el primer caso estamos en puridad en presencia de responsabilidad estatal por omisión ya que los restantes supuestos quedan captados por el concepto de *falta de servicio* a secas, que como dijimos, está identificado con una ilicitud estatal pero por vía de acción.

3. Las particularidades de la responsabilidad por omisión

Aunque el concepto de omisión aparenta ser sencillo, en la práctica este tipo de responsabilidad estatal es el que presenta mayor complejidad.

¿Por qué ocurre esto? ¿Por qué la omisión suele derivar en casos difíciles?

En primer lugar porque como adelantamos, en estos casos el daño solo es atribuible al Estado por vía indirecta, ya que la omisión estatal opera como *condición* del daño pero no como su causa inmediata. De allí que surjan dificultades, en la realidad de los hechos, para configurar adecuadamente el nexo causal.

Rara vez la omisión es la causa exclusiva del perjuicio, ya que el daño es resultado de la conjunción entre la omisión estatal y el actuar también ilegítimo de un tercero. Por eso mismo, la jurisprudencia suele destacar la prudencia que debe guiar el reconocimiento de esta especie de responsabilidad y al condenar por omisión, es cuidadosa en determinar la distinta incidencia causal de cada uno de los factores intervinientes en el hecho lesivo.

Pero además operan razones vinculadas con la forma en que se **reparten las cargas distributivas en la sociedad.**

El Estado actual, signado por la escasez de recursos económicos, no siempre está en condiciones de satisfacer con eficacia los múltiples y crecientes reclamos y necesidades de la sociedad de hoy. Además, el mundo complejo y tecnificado en el que nos movemos nos expone en forma permanente a situaciones potencialmente dañinas, las que no está al alcance del Estado evitar en todos los casos. Aunque frente a cada accidente de cierta gravedad mediáticamente se repite como un mantra que “el Estado no controla”, jurídicamente hablando el Estado no puede ser responsable de todos los daños que sufren las personas por el solo hecho de que tiene a su cargo la regulación de muchas actividades privadas.

La extensión hasta la cual los órganos estatales supervisan y controlan el cumplimiento de los deberes que imponen a los particulares depende de una variedad de situaciones tales como lo son el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y los fondos presupuestarios disponibles y las prioridades fijadas de manera reglada o discrecional para la asignación de tales medios (“COHEN”). El poder de policía estatal en materia sanitaria, de seguridad, de medio ambiente, etc., no se identifica con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos derivado de la acción de terceros (“PARISI DE FREZZINI”). Con particular referencia al deber de seguridad, la Corte Suprema ha sostenido que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado,

no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez

que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (“CARBALLO DE POCHAT”).

El dilema consiste en encontrar **un punto de equilibrio** que impida que el Estado termine funcionando como un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, y al propio tiempo, que no lo lleve a desentenderse de aquellas lesiones sufridas por la omisión deliberada de sus órganos y autoridades en cumplir los cometidos específicos que el ordenamiento jurídico le ha impuesto.

Esta búsqueda de equilibrio no puede soslayar los criterios que provienen del ámbito internacional de los derechos humanos, en particular de la Convención de San José de Costa Rica y de las decisiones y opiniones consultivas de la Corte IDH.

Como hemos señalado en el capítulo 1 del bloque 1 al referirnos a la responsabilidad estatal en el ámbito internacional, la Corte IDH ha señalado que a través del artículo 1 de la CADH los Estados se han obligado a respetar y garantizar los derechos reconocidos en la convención. Esta obligación posee carácter *erga omnes*, es decir, la protección existe no solo frente a las conductas desarrolladas por el mismo Estado sino también frente a las de terceros.

Aunque esto no implica que el Estado sea responsable por toda violación a los derechos fundamentales cometidos dentro de su jurisdicción por terceros, sí tiene el deber de adoptar medidas de prevención, máxime si se encuentra en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y cuenta con posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo (Corte IDH “MASACRE DE PUEBLO BELLO c/COLOMBIA”).

Como vemos, esta pauta de la Corte IDH hace foco en el margen de posibilidades que tenían los Estados para evitar los daños, más que en el grado de determinación concreta de la conducta estatal omitida, pauta que, en cambio, adopta la LRE en el ámbito nacional.

4. Los elementos configuradores de la omisión

4.1. La omisión es una falta de servicio

En principio no hay que olvidar que **la omisión es una variante de la falta de servicio** (cónf. art. 3° LRE), que tiene lugar cuando los órganos estatales competentes no intervienen para impedir la producción de un daño. Es oportuno recordar que en “ZACARÍAS” la Corte Suprema ha dicho:

la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Como ya hemos puntualizado en el bloque 2, la alegación de la falta de servicio, tanto por acción como por omisión, no puede ser general y abstracta. Quien la invoca debe cumplir con el deber procesal de plantear de la manera más detallada posible en qué consistió la falla que pretende endilgarle al Estado. Debe describir minuciosamente las circunstancias que rodearon los hechos y el modo en que entiende que los órganos estatales se abstuvieron de cumplir el deber jurídico que les atribuye, máxime cuando la regulación legal de esta figura está exigiendo la identificación no solo del deber incumplido sino también de la norma jurídica que establece el deber de actuación concreto y determinado. En la omisión existe, por tanto, **una carga argumentativa agravada**.

Lo característico de la omisión antijurídica es que el sujeto que incurre en la omisión no es el que ocasiona el resultado dañoso, sino que este posee otra causa directa, que bien puede ser 1. natural: crecidas de ríos, inundaciones, una enfermedad; 2. artificial: deterioro de maquinarias riesgosas o 3. el hecho de un tercero –un automovilista que choca a otro en una ruta provincial en pésimas condiciones de mantenimiento–, que es, en rigor de verdad, el elemento que guarda una vinculación directa con el perjuicio ocasionado. La parte reclamante debe convencer, lo que muchas veces no resulta nada sencillo, de que los daños sufridos derivaron del incumplimiento debido de deberes del Estado, aun cuando aquellos en sentido estricto no ocurrieron por la intervención directa de los órganos o dependencias pertenecientes a aquel.

¿El Estado puede incurrir en responsabilidad por omisión en el campo lícito?

Hasta el presente, la responsabilidad estatal por omisión ha sido reconocida solo en el área de la ilicitud, a partir de la premisa de que lo reprochable es, justamente, que los órganos estatales competentes no hayan intervenido para evitar que se cause un daño cuando el ordenamiento jurídico les impone hacerlo.

Pero ¿qué ocurriría si la falta de intervención del Estado en contravención a un mandato concreto respondiera a una decisión deliberada y fundada en evitar la causación de un mal mayor a toda la comunidad? ¿Puede entenderse

que en este caso la omisión ha sido *lícita*? De ser así, ¿el Estado debería resarcir el daño singular sufrido por quien no tiene obligación de soportarlo?

Imaginemos que frente a una manifestación callejera violenta, las fuerzas policiales se repliegan y omiten reprimir a los manifestantes para evitar la generación de males mayores, pero los disturbios provocan roturas de marquesinas, autos y saqueos a comercios. BUSTELO (2015) se pregunta si en estas situaciones, en las que la decisión estatal ha sido adoptada como una estrategia de control de la situación, quienes sufrieron destrozos podrían ser indemnizados por el Estado en el campo de la licitud.

Otro supuesto semejante se registró en el derecho comparado en el *arret Couitéas*. A comienzos del siglo XX, cuando Francia ejercía un protectorado sobre Túnez, una porción de un campo de propiedad del señor Couitéas fue tomado por beduinos, por lo que aquel requirió judicialmente la desocupación del terreno, lo que fue ordenado en el respectivo proceso judicial. Sin embargo, en oportunidad de ejecutar esa sentencia, las autoridades francesas se negaron a brindar auxilio para que se practicara el desalojo forzoso porque consideraron que ello aparejaría confrontaciones violentas con los moradores. Al intervenir en el caso, el Consejo de Estado consideró que la omisión del Estado Francés había sido legítima, en tanto intentaba evitar consecuencias más perjudiciales no solo para el propietario sino también para los restantes habitantes, pero dispuso que correspondía indemnizar al Sr. Couitéas que se veía privado de su propiedad y de la posibilidad de ejecutar la sentencia que le había resultado favorable.

Es cierto que estos casos son poco usuales pero tal como han propiciado PERRINO (2015), PIZARRO (2013) y COMADIRA (2015) conceptualmente podrían encontrar fundamento para sustentar la responsabilidad estatal legítima por omisión, en la medida en que se verifique un sacrificio especial y singularizado en el damnificado y la ausencia del deber de soportar el daño.

Otra forma de analizar estos supuestos fácticos es enfocarlos a partir de la *ilicitud* de la conducta estatal omisiva puesto que si, por tomar el ejemplo ya dado, se parte de la premisa de que las fuerzas de seguridad están precisamente organizadas para prevenir el delito y evitar la generación de situaciones de violencia por terceros, el no haber intervenido para cumplir con la específica función que tienen asignada podría configurar una conducta irregular equivalente a una falta de servicio.

Como hemos planteado en el capítulo anterior, la cuestión de los enfoques es determinante y las circunstancias que rodean el caso son las que definirán cuál es el encuadre jurídico apropiado y si se halla comprometida la responsabilidad del Estado.

4.2. La imputabilidad

Para que haya responsabilidad estatal por omisión es menester que la omisión antijurídica pueda ser atribuida a órganos o entes estatales: “ella se da cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar la producción de daños en los bienes o en la persona” (HUTCHINSON, 2013, 103).

Esta cuestión remite a los mandatos de actuación y a sus distintos contenidos y modalidades, tema que trataremos seguidamente.

4.3. La antijuridicidad. La problemática de los deberes de actuación expresa y determinada

Para que la omisión estatal sea *antijurídica*, es menester que exista un *deber de actuar*. La falta de servicio presupone un mandato de actuación que no se satisface adecuadamente o que directamente se omite.

Aunque la LRE dispone que la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3° inc. d. *in fine*), en nuestra opinión la responsabilidad podría surgir igualmente frente a deberes de tipo genérico o indeterminado, cuando por las puntuales circunstancias del caso, **el no actuar estatal equivaldría a un abuso del derecho** (cónf. art. 10 CCyC).

Si bien la mayoría de las veces las atribuciones y los cometidos de los órganos estatales están reglados en forma expresa y concreta por el ordenamiento jurídico (Constitución Nacional y Constituciones locales, tratados, leyes, reglamentos) en otras oportunidades aquellos carecen de este contenido puntual y derivan de pautas más generales o abiertas (por ejemplo, el artículo 25 de la ley 20091, establece que la Superintendencia de Seguros de la Nación debe velar por condiciones equitativas en los contratos de seguro; el art. 59 inc. f. de la ley 24076 faculta al Ente Nacional Regulador del Gas a “en general, realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del ente y los objetivos de la presente ley”).

Además, el propio concepto de competencia administrativa incluye no solo las potestades expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico sino también aquellas que pueden considerarse razonablemente comprendidas en las primeras. Incluso en ocasiones los deberes de actuación de los órganos estatales derivan de pautas constitucionales de textura abierta, como el deber de no dañar, de prevenir la causación de daños o de reglamentar los derechos sin desnaturalizarlos (cónf. art. 19 y 28 CN). Más aún,

podría configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias del caso, no obstante la inexistencia de una norma positiva

que ponga en cabeza de una autoridad pública un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar un perjuicio (PERRINO, 2015, 96).

Es que ante ciertos contextos fácticos, no actuar para impedir que se causen daños puede resultar un abuso del derecho.

Consideremos, a modo de ejemplo, el art. 24 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que dispone que la Ciudad asegura y financia la educación pública a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta la educación superior. ¿Esta norma impone un deber genérico para el Jefe de Gobierno y la Legislatura local o es una pauta específica de actuación? ¿Crea o no simultáneamente un derecho exigible? ¿La falta de satisfacción de este derecho genera un daño resarcible o solo faculta a los particulares a exigir su cumplimiento?

De lo anterior no se deriva que **el grado de precisión que presentan los deberes jurídicos de comportamiento estatal sea un dato indiferente o de poca relevancia a la hora de evaluar el surgimiento de la responsabilidad por omisión.**

Es que aun cuando se admita que la responsabilidad estatal puede originarse incluso frente a la omisión de mandatos abiertos o imprecisos, el mayor o menor nivel de determinación de los cometidos estatales incide notablemente en la evaluación del surgimiento del deber de resarcir.

En efecto, mientras que las omisiones a mandatos expresos y determinados conducen fácilmente a la falta del servicio, los mandatos genéricos de actuación estatal, como el de proveer seguridad ciudadana, promover el bienestar general, proteger la salud pública, no dañar, asegurar el goce de un mínimo de calidad de vida, traducen objetivos fijados por la ley de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr de la mejor manera posible (“MOSCA” y “PARISI DE FREZZINI”) y de allí que la Corte Suprema haya entendido que ellos se satisfacen con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a la circunstancias de tiempo, modo y lugar (“MOSCA” voto de la Dra. Argibay).

Por esta misma razón, la responsabilidad del Estado por omisión de mandatos de este tipo es motivo de un juicio estricto, basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (“MOSCA”, “BÉA”). Contrariamente, ante la omisión de cumplimiento de deberes expresos, este escrutinio severo no resulta atinente ni necesario.

Para ejemplificar lo afirmado hasta aquí, consideremos el deber que pesa sobre el Estado de prevenir los delitos. Este es un mandato general y básico en una sociedad civilizada, pero no equivale a una garantía total de indemnidad en todos los casos frente a cualquier perjuicio que sufran las personas por hechos de terceros o del propio Estado. Este deber genérico se satisface adecuadamente si el Estado despliega medios razonables para evitar que se cometan delitos (tal como fue decidido en “MOSCA” y “ZACARÍAS”, luego de evaluar el número de efectivos policiales y de medios empleados en los operativos de seguridad

en diversos partidos de fútbol). La falta de servicio, más aún la que se comete por omisión, no puede postularse en abstracto, sino que surgirá a partir de las circunstancias de cada caso, a juzgar por las obligaciones a cargo de los órganos administrativos, el modo en que fueron desplegadas, los medios con los que efectivamente contaba para ello, etc.

Pero, en cambio, si conociendo la existencia de concretas situaciones o hechos ilícitos dotados de clara potencialidad dañosa –por ejemplo, reiteradas denuncias de violencia de género, frecuentes amenazas sufridas por las mismas personas y provenientes de los mismos atacantes–, los órganos competentes no adoptan mínimos recaudos para prevenirlos o evitarlos, desoyendo de este modo todas estas alertas que los convocaban a actuar, a nuestro criterio **incurren en una omisión antijurídica, aun frente al mismo mandato de actuación genérico**.

Es con estos alcances que creemos que debe interpretarse la LRE cuando en su art. 3° *in fine* dispone: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber **normativo** de actuación **expreso y determinado**”.

Sería un error leer esta cláusula como una proscripción del reconocimiento de la responsabilidad estatal por omisión frente a obligaciones que no son de naturaleza expresa y determinada pues, en verdad, frente al deber de prevenir el daño que pesa sobre las personas privadas y públicas, el art. 3° LRE solo puede funcionar como una alerta respecto a que, en tales casos, la responsabilidad estatal será juzgada con especial estrictez.

A nuestro modo de ver, lo que esta cláusula plantea es un estándar de procedencia más restrictivo frente al incumplimiento de mandatos impuestos de manera general e indeterminada, que pondera “... los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (“**MOSCA**”, “**BÉA**”), pero no debe ser leída en el sentido de que proscribiera definitivamente el reconocimiento de la responsabilidad estatal en caso de omisiones a mandatos genéricos.

Como ya adelantamos, los estándares que viene manejando la Corte IDH en materia de responsabilidad estatal por hechos de terceros que violan los derechos reconocidos en la Convención americana no están basados en el nivel de precisión que tienen los mandatos estatales sino más bien en el conocimiento de la existencia de una situación de riesgo y en la adopción de medidas pertinentes para conjurarla. Si bien en el caso “**MASACRE DE PUEBLO BELLO c/COLOMBIA**” la Corte IDH dejó bien en claro que el Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares (como sería un asesinato en un robo a mano armada), sí tiene el deber de adoptar medidas de prevención, máxime si se encuentra en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y cuenta con posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Y si por no adoptar estas medidas, los daños se generaron –el caso mencionado involucraba una situación particularmente extrema, pues fueron asesinadas por comandos paramilitares cuarenta y tres personas– el Estado debe reparar a las víctimas.

4.4. Los medios empleados para prevenir la causación de la lesión

El examen de la *adecuación de los medios* desplegados por los órganos estatales para cumplir las obligaciones que tienen a su cargo es indispensable para poder determinar si aquellos, en las particulares circunstancias que rodearon el caso, resultaron aptos para conjurar la producción del daño. Dicho en otros términos, se trata de practicar un test de *razonabilidad* acerca de la actuación administrativa desplegada u omitida.

Esto exige efectuar un análisis casuístico que tenga en cuenta la pertinencia de las medidas y los recursos desplegados para la evitación del daño, de modo que si ellos se juzgan adecuados –a tenor de la actividad de la que se trataba y las características del caso– el Estado se eximirá de responsabilidad aun cuando el daño hubiera tenido lugar.

En esta dirección, el análisis del mencionado requisito exige realizar un relevamiento preciso y con el mayor grado de detalle posible de las acciones concretamente adoptadas por los organismos competentes, en orden de medir su eficacia para prevenir el daño y conforme al criterio de causalidad adecuada (cónf. art. 1726 CCyC). Así, en el recordado caso “MOSCA” la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo una prolija enumeración de los elementos dispuestos para evitar la generación de hechos de violencia en un espectáculo deportivo, que de todos modos tuvieron lugar, cuando se lastimó a una persona que estaba en las adyacencias del estadio. Para el Tribunal, una custodia integrada por cuatrocientos noventa y nueve efectivos policiales, complementada con doce patrulleros, un ómnibus y un camión celular, así como la presencia de policía adicional en los alrededores del estadio daba cuenta de que los medios fueron acordes a las circunstancias. Por ende, eximió al Estado de responsabilidad por el infortunio sufrido. Nuevamente, como explicamos *in extenso* en el capítulo 8 del bloque 2, la falta de servicio, y más aún la que se comete por omisión, no se mide por los resultados sino por la pertinencia de los medios dispuestos para evitar su producción.

A la inversa, la falta de la colocación de un cartel de advertencia de la profundidad de un lago artificial y de los riesgos de su uso, o la falta de disposición de un guía, asistente o cuidador en el predio en que vacacionaba un contingente escolar en ocasión de realizar un viaje de fin de curso de séptimo grado, que causó la muerte de un niño por haberse ahogado en tal lago, da cuenta de la falta de idoneidad de los medios empleados para el cumplimiento regular del servicio asumido por el Estado (“BEA”). Al no haberse usado medios razonables para el cumplimiento regular del servicio, surge la responsabilidad estatal por omisión del deber de seguridad.

Si bien el examen de la pertinencia de los medios empleados debe ser practicado en todos los casos, este elemento se torna dirimente en los supuestos en los que lo que se juzga es la omisión de deberes fijados de un modo genérico (el deber de prevenir el delito, el deber de brindar seguridad ciudadana, etc.) o que se tradu-

cen a través de los principios generales del derecho que prohíben dañar a otros o que convocan a adoptar las medidas que sean necesarias para evitar los daños.

Como dijimos, en estas hipótesis en las que no se juzga el modo de cumplimiento de una estipulación normativa expresa sino el ajuste estatal a deberes genéricos de textura abierta y con un importante grado de indeterminación, el paradigma que prevalece es que sobre la Administración Pública pesan obligaciones de medios y no de resultados (CAPUTI, 2007), de modo que si se implementaron medidas razonables y suficientes según las circunstancias, los siniestros que ocurran no comprometen la responsabilidad estatal (“ZACARÍAS”).

4.5. La previsibilidad del daño

Aun ante la falta de un deber concreto de actuación estatal, el daño sufrido puede resultar resarcible cuando, ante las particulares circunstancias del caso **resulte razonablemente esperable que el perjuicio se produzca a partir de la falta de intervención pública.**

El estándar de previsibilidad se identifica con la capacidad razonable de prever, obrando de buena fe y conforme al curso normal y ordinario de las cosas (cónf. art. 1710 inc. b. CCyC), la comisión del daño. La existencia de situaciones previas que debieron haber alertado a la Administración respecto de la necesidad de intervenir, de darse determinadas circunstancias y adoptando algún tipo de medida idónea para evitar la producción del daño, hacen que la falta de intervención estatal importe un abuso del derecho.

Es el caso, por ejemplo, de los reportes acerca de la falta de señalización de un lugar peligroso en el que se produjeron accidentes en varias oportunidades, o de las deficientes condiciones en las que operaban aparatos náuticos o aéreos o las reiteradas denuncias efectuadas por las víctimas de violencia de género, que darían cuenta de que las autoridades intervinientes en tales denuncias pudieron tener un cierto grado de previsibilidad de los riesgos existentes y de los sucesos dañosos que podían producirse y que se podrían haber prevenido de haberse adoptado alguna intervención oportuna.

Por eso, más que centrar el eje de la discusión sobre el carácter meramente genérico de los mandatos jurídicos que se activarían sobre los órganos estatales en estos casos, debe precisarse si frente a las denuncias previas el Estado debió o no adoptar alguna medida y, en su caso, si esta, al ser tomada, resultó idónea para evitar la posible producción del daño.

En esta misma dirección se ha postulado que los antecedentes del caso y la conducta asumida por el Estado frente a estos pueden contribuir a darle a un deber normativo (que en sí mismo, aisladamente considerado, es genérico y amplio) un contenido específico que lleve a tener por configurada la responsabilidad estatal por omisión (CANDA, 2015). Por ejemplo, si bien el deber del Estado de garantizar la seguridad

de los individuos es general, puede adquirir un grado de concreción suficiente en el caso de que una persona sea reiteradamente amenazada y estas amenazas, debidamente denunciadas, no permanecieran en penumbras para las autoridades estatales. Cuando, por los antecedentes previos, el suceso dañoso no puede ser calificado como un evento luctuoso súbito o inesperado, este deber general de brindar seguridad ciudadana toma un contenido concreto y en este particular escenario, la no actuación estatal importaría una omisión antijurídica. Si, por ejemplo, es un hecho público y notorio que se está vendiendo sin autorización un producto con pseudopropiedades medicinales y se hicieron denuncias al respecto, las autoridades sanitarias serían responsables por los daños sufridos por quienes se intoxicaron con ese fármaco por omitir adoptar las medidas preventivas necesarias para salvaguardar el derecho a la salud de la población.

Un estándar de omisión diferente

Otra alternativa de respuesta al problema de la indeterminación admisible del deber de actuación estatal la ha brindado la Suprema Corte de la provincia de Mendoza en la causa “**TORRES**”. Allí el Tribunal mendocino, del cual formaba parte la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, destacadísima civilista que participó en la comisión redactora del CCyCom, sostuvo que en ciertos casos **la obligación estatal de actuación puede ser implícita**, ya que aunque no exista una norma específica que imponga actuar en algún sentido determinado, no actuar equivaldría a un abuso del derecho (art. 10 CC), es decir, a una conducta antijurídica.

En el caso se juzgaba si el Estado era responsable por los daños causados por la destrucción de sembradíos provocada por un aluvión. El propietario de los campos aducía que la condición que había posibilitado el daño era que no se habían realizado las obras aluvionales que lo hubieran podido evitar. Los elementos que consideró el Superior Tribunal local para evaluar si la omisión estatal en cumplir deberes de tipo genérico puede derivar o no en una imputación de responsabilidad son tres:

1. La existencia de un interés jurídicamente relevante, en relación cuantitativa o cualitativa;
2. La necesidad material de actuar para tutelar dicho interés;
3. La proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con este último.

Este estándar ha sido recogido por la ley 8968 de responsabilidad del estado mendocina, en su art. 8°.

4.6. El nexa causal

La omisión antijurídica debe tener la entidad de ser causa *eficiente* del daño, ya que para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido prever y evitar la producción del daño. Es decir que tiene que presentarse un nexa causal adecuado entre la conducta que habría sido omitida y el daño sufrido.

En la omisión el nexa causal **adopta la forma de un nexa de evitación**, ya que lo que se debe dilucidar es si de haber tenido lugar la acción estatal conforme lo disponía el ordenamiento en forma expresa o implícita o de acuerdo con lo que imponían las circunstancias del caso, razonablemente el daño no se habría producido.

Se trata de introducir **una interferencia en el curso natural de otra causa** que es la que propiamente se dirige a producir el daño. De allí la complejidad de este aspecto, puesto que en la omisión antijurídica la relación de causalidad está dada en tanto se verifique que el Estado no ha llevado a cabo los deberes y obligaciones a su cargo para evitar la causación del daño. Decimos que se trata de un nexa de evitación porque al omitir intervenir, la Administración falla en **impedir** que se produzca el daño, que se presenta entonces como el resultado de la falta de adopción de la conducta o el curso de acción debido. En otras palabras, se trata de “definir en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente habrían podido ser evitadas si la Administración hubiera tomado los recaudos (...) apropiados” (“BEA”).

Conforme al criterio de la causalidad adecuada, receptado en el art. 1726 CCyC y en el art. 3° de la LRE para la responsabilidad ilícita, para tener por verificado el nexa de causalidad es menester realizar un *juicio de probabilidad* en abstracto y *ex post facto*, conforme al método de la *prognosis póstuma* que consiste en que el juez debe establecer, en un análisis retrospectivo de previsibilidad y normalidad, si era previsible que la omisión estatal generara el resultado lesivo, según el curso ordinario y normal de las cosas.

Como hemos adelantado, en la omisión, las dificultades que presenta el nexa causal provienen de que *la inacción estatal concurre con la conducta de un tercero* o con un hecho natural o artificial y ambas confluyen en producir o agravar el daño. Para poner un ejemplo, un accidente ferroviario puede obedecer a la negligencia del *motorman* al accionar los frenos de la formación, pero si esta a su vez se halla en inadecuadas condiciones por falta de mantenimiento, y este deficiente estado también alcanza a los frenos del tren, la omisión estatal en proveer este mantenimiento colabora en la producción del daño. Es decir, aunque el *motorman* es el responsable directo, la omisión también guarda una relación de causalidad con el daño.

Para que la responsabilidad estatal surja, la causa atribuible al Estado debe presentar una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado dañoso,

conforme el curso regular y normal de las cosas y el juicio de previsibilidad que sea exigible. “De lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios, lo cual podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta” (PERRINO, 2015, 98).

Por ello, por ejemplo, no se ha condenado al Estado a responder por los daños causados por barras bravas durante espectáculos deportivos (“MOSCA”, “ZACARÍAS”), o por la ingesta de medicamentos no autorizados (“PARISI DE FREZZINI”) o alimentos en mal estado (“VACA”), o por la práctica de deportes de riesgo, como volar en parapente (“COHEN”) y sí, en cambio, por las lesiones graves sufridas por un pasajero debido a las inadecuadas condiciones de seguridad de un aparato náutico no autorizado cuando las pruebas demostraron que el Estado –en concreto, la Prefectura Naval Argentina– tenía cabal conocimiento de los reiterados y frecuentes paseos que realizaba ese aparato, de que no estaba habilitado, y de que debió haber advertido los riesgos que ella significaba para sus eventuales ocupantes (“COCO”).

Inversamente, si la actuación pretendida resulta totalmente inidónea para evitar la producción del daño –porque este hubiera tenido lugar de todos modos–, la omisión no es eficiente para hacer nacer la responsabilidad estatal (“COHEN”).

Si en cambio, la omisión tuvo habilidad para causar el daño pero fue *concurrente* con la intervención de algún otro responsable, la responsabilidad deberá distribuirse entre el Estado y los distintos responsables conforme lo que surja de la prueba de la participación que cada uno de ellos ha tenido. Como vimos en el capítulo 8 del bloque 2, las conductas concurrentes que tienen una directa incidencia con el resultado dañoso producido no excluyen la responsabilidad estatal, sino que obligan a repartir la carga de la indemnización entre todos los responsables.

Deber proporcionar seguridad pública y deber de seguridad

Es frecuente que en los casos de responsabilidad estatal por omisión se aluda al deber de seguridad, pero este término puede usarse en distintos sentidos.

Por un lado, tenemos el deber de seguridad que el Estado satisface a través de sus fuerzas policiales o de seguridad (prefectura, gendarmería, policía metropolitana o municipal) en orden a proteger la vida y la integridad física y patrimonial de las personas y, por otro, el deber de seguridad que obliga a personas públicas y privadas por igual a adoptar todas las medidas

necesarias para evitar la causación de los daños o su agravamiento (art. 1710 CCyC). Mientras que este último tiene fundamento constitucional (arts. 42 y 19) y está *in situ* en las relaciones de consumo (cónf. art. 1° LDC), el primero está regulado por las leyes que regulan la actuación de las fuerzas de seguridad, en el orden nacional y locales.

Cuando la responsabilidad surge del incumplimiento del deber de proporcionar seguridad pública, los damnificados atribuyen los daños que sufrieron en sus bienes o en sus personas a la inacción o negligencia de los órganos estatales que tienen a su cargo el monopolio del uso de la fuerza para reprimir los delitos y proteger a la población. La Policía Federal y las policías provinciales y municipales y las restantes fuerzas (Prefectura, Gendarmería Nacional, etc.) están encargadas de brindar seguridad pública y de proteger a la población contra el delito. La omisión de este deber genérico de brindar seguridad ciudadana tiene lugar cuando los órganos y cuerpos específicos omiten adoptar los recaudos necesarios para impedir que terceros cometan daños a las persona o sus bienes. Con este sentido se alude al deber de seguridad en los precedentes “MOSCA”, “ZACARÍAS” y “CARBALLO DE POCHAT”.

En cambio, otra familia de fallos está relacionada con la violación del deber de prevenir la causación de daños y más particularmente, con el incumplimiento de la obligación de seguridad que está *insita* en el marco de una relación de consumo, tal como la que se traba por la prestación de servicios públicos. Daños sufridos por automovilistas que transitan rutas concesionadas por el sistema de peaje (“FERREYRA”) o por pasajeros del subterráneo (“LEDESMA”) han sido analizados bajo el paradigma de una relación de consumo en los términos de los arts. 42 de la CN y 1° de la LDC. Lo relevante es que esta última contempla un sistema de responsabilidad por daños de corte netamente objetivo.

Por lo que vemos, aunque en ambas situaciones se alude al deber de seguridad, se lo hace en distintos sentidos y se aplica un régimen jurídico diferente.

5. La responsabilidad estatal por omisión en la fiscalización y vigilancia de actividades privadas

Un interesante grupo de situaciones vinculadas con la responsabilidad por omisión se da frente a **la falta de cumplimiento de la función de contralor o vigilancia** que corresponde a órganos o entes administrativos que ejercen

competencias de esta naturaleza en sectores, mercados o actividades privadas específicas. El Banco Central de la República Argentina, los entes reguladores de los servicios públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, los organismos locales que otorgan habilitaciones comerciales y controlan su desenvolvimiento, los entes que ejercen el poder de policía sanitario o de salubridad, ejercen atribuciones de esta naturaleza.

Si por negligencia en el contralor o por la falta de fiscalizaciones, alguno de los sujetos privados sometidos a la competencia verificadora de estos entes administrativos especializados causa perjuicios a particulares, o si según el caso, cae en insolvencia y deja sin satisfacer obligaciones con terceros, el factor de atribución respecto del Estado –con independencia, claro está, de la responsabilidad que le cupiera directamente a la entidad privada dañadora– será la falta de servicio por defecto u omisión de control.

Sin embargo, aquí se plantea el problema típico de la omisión en orden a la verificación de la relación causal: la omisión estatal no es normalmente la causa directa y exclusiva del daño, sino que, como mucho, suele operar como una condición para que este se ocasione (HUTCHINSON, 2013).

Por ejemplo, en el caso de la liquidación de entidades financieras, los daños que sufren los ahorristas que no pueden recuperar sus depósitos son causados en forma directa por los bancos donde aquellos fueron depositados. No obstante, si el banco ha caído en insolvencia y esta situación de iliquidez no fue advertida debidamente por la autoridad de contralor del sistema, posiblemente la omisión en la fiscalización puede transformarse en una condición que posibilita ese hecho dañoso y coadyuva así a su causación.

Tomemos el supuesto del derrumbe de un edificio en construcción y los daños que este pudiera causar a los operarios, a los vecinos o a los transeúntes. Las lesiones son indudablemente imputables al propietario de la obra pero ello no excluiría, al menos por vía de hipótesis, la posibilidad de establecer la responsabilidad estatal por omisión del ejercicio del poder de policía de la construcción que está definido generalmente en los reglamentos o códigos de edificación de cada jurisdicción y en las normas que regulan la seguridad en el trabajo en la industria de la construcción.

El concepto de *poder de policía*, más allá de su ambigüedad, se identifica con la potestad pública de regulación y contralor. Se trata de una institución de derecho local que deriva de las atribuciones que la Constitución Nacional y las locales otorgan a cada uno de los órdenes competenciales, locales y federal. Su contenido es esencialmente dinámico y cambiante y depende de los actos legislativos singulares que establecen cuáles son las conductas prohibidas, las sanciones a las que dichas conductas dan lugar y las potestades con las que cuentan los órganos estatales competentes a los fines de efectuar el contralor de estas actividades.

La Corte Suprema de Justicia ha sido más que cauta en reconocer resarcimientos reclamados sobre la base de la falta de ejercicio de las atribuciones de

contralor porque en líneas generales ha entendido que las normas que imponen mandatos genéricos a órganos técnicos (en materia bancaria, de seguros, de obras sociales, etc.) no pueden concebirse como una garantía de que el Estado reparará todo daño derivado de la acción de terceros.

El criterio que prevalece es que **las autoridades de contralor no asumen obligaciones de resultado, sino mandatos generales en orden de evitar, mediante la adopción de las medidas adecuadas según las particulares circunstancias de tiempo y lugar, que las actividades y sujetos que están bajo su contralor no causen daños.** Pero no proporcionan una garantía total de indemnidad frente a cualquier daño causado por terceros. La extensión con la que las autoridades ejercen el poder de policía en actividades privadas, supervisan y controlan el cumplimiento de los deberes que los particulares tienen a su cargo depende de una variedad de circunstancias tales como el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles (“COHEN”).

Las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía no dan lugar a indemnización (“FRIAR”) ni el mero ejercicio de funciones de control equivale a una supuesta garantía absoluta de que las empresas controladas funcionen adecuadamente o no caigan en insolvencia (“**TRANSPORTES RÍO DE LA PLATA c/SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN**”, “**ALBO MODESTA DEL VALLE c/GIMÉNEZ VIAJES**”). Puntualmente en lo que se refiere al mercado asegurador

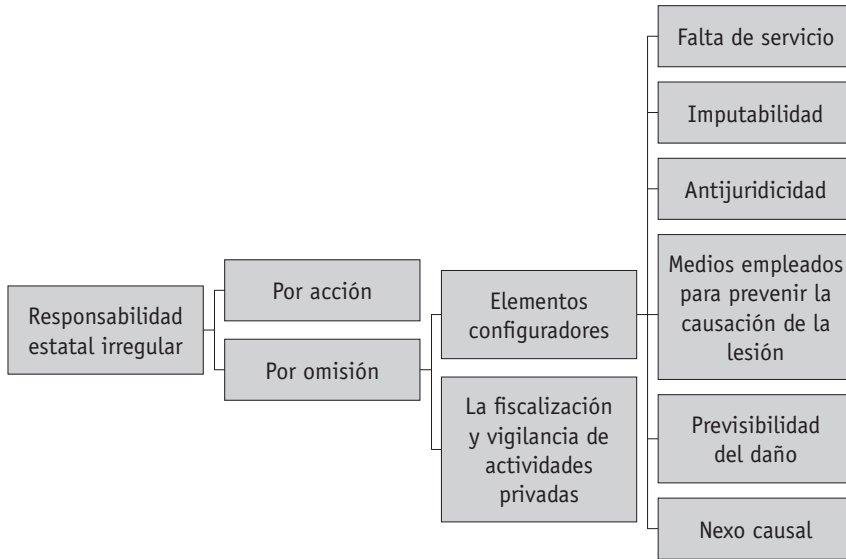
la atribución de funciones de control pretende mantener el equilibrio del mercado de seguros, pero de manera alguna constituye una garantía absoluta de ello, puesto que si no el organismo sería siempre responsable de la liquidación de las compañías aseguradoras, y ése no ha sido el fin pretendido por el legislador (“**COMPAÑÍA DE TRANSPORTES RÍO DE LA PLATA S.A.**”).

Hasta el presente, en la jurisprudencia de la Corte Suprema ha primado la cautela a la hora de configurar la responsabilidad por omisión de controles, asumiendo tal vez que frente a un Estado que día a día incrementa los campos en los que desenvuelve sus actividades, no es sensato pretender que aquel se encuentre obligado a evitar cualquier resultado dañoso y a indemnizar todo perjuicio derivado del modo en que se ejerce o se omite practicar el poder de policía. Ello implicaría “convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera”, ya que no existe “un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables” (“**PARISI DE FREZZINI**”).

Sin embargo, el incendio ocurrido en el local “República de Cromagnon” demostró lo trágica que puede resultar la omisión estatal en la verificación de las condiciones de seguridad en las que se desarrollan actividades privadas. Las sen-

tencias que se dictaron a consecuencia de esta tragedia (“DESCH”) son ejemplos claros de que la responsabilidad estatal por omisión, aun con sus particularidades y ciertas dificultades, funciona en protección de las víctimas.

Esquematizando



Bibliografía

ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.

BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.

BALBÍN, CARLOS F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo*, 1ª ed., Astrea, 2016.

BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.

BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS B.; LONG, MARCEAU Y WEIL PROSPER, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed. en español, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- BUSTELO, ERNESTO, “Responsabilidad del Estado por sus omisiones lícitas”, *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado II*, Rubinzal Culzoni, I-2015, p. 235-260.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO, SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
- CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)* 97-2015, p. 35-47.
- CANDA, FABIÁN O., “La ley 26.944 de responsabilidad del Estado y el incumplimiento de un deber ‘normativo, expreso y determinado’ como requisito de procedencia para la responsabilidad por omisión. Un análisis desde la reciente jurisprudencia de la CSJN en el precedente ‘Faifman’ (2015)”, *El Dial*, DC1FA0. Recuperado de <http://www.eldial.com>.
- CANDA, FABIÁN O., “Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.””, *El Derecho Administrativo*, 2015. Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar>.
- CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado: Sistematización y síntesis jurisprudencial*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2007.
- COMADIRA, JULIO P., “La responsabilidad del Estado por omisión lícita y la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26944”, en IVANEGA, MIRIAM Y RIVERO ORTEGA, RICARDO (COORDS.) *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley n° 26944*, Buenos Aires, RAP, 2015, p. 193-208.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7a edición, Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 4a edición ampliada y actualizada*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- LORENZETTI, LUIS R., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, La Ley 2003-C, p. 1184-1198.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., “La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, La Ley 1983-B, p. 910-917.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015 (a).
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA) 97-2015, p. 101-119 (b).
- PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, La Ley 2011-E, p. 715-727.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- VINCENTI, ROGELIO W., “Responsabilidad del Estado por omisión. Aspectos procesales y principios rectores para su resolución judicial”, *Jurisprudencia Argentina* 2011-II, p. 243-250.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

CSJN, “Albo Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 341:1555).

CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986” (Fallos: 323:1339).

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos 323: 3229).

CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088).

CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (Fallos: 315:1492).

CSJN, “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo” (Fallos: 335:452).

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo” (Fallos: 331:1676).

CSJN, “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilen y otras s/Daños y Perjuicios” (Fallos: 332:2328).

CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:1115).

CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos aires, provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).

CSJN, “Bea Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios (Fallos: 333:1623).

CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).

CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.” (Fallos: 331:819).

CSJN, “Friar”, (Fallos: 329:3966).

CSJN, “Vaca, Emilio y otra c. Provincia de La Rioja” (Fallos: 315:1480).

CSJN, “Coco, Fabián Alejandro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 327:2722).

CSJN “Zacarías Claudio H. c/Córdoba provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).

Suprema Corte de la provincia de Mendoza, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, sentencia del 04/04/1989.

CNCAF, Sala III, “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ EN (Honorable Cámara de Senadores de la Nación)”, sentencia del 18/08/2016.

CNCAF, Sala II, “Compañía de Transportes Río de la Plata SA SA c/Estado Nacional (Mrio. de Economía –Secretaría de Hacienda) y otro s/daños y perjuicios”, sentencia del 1/06/2000.

CNCAF, Sala IV, “Desch, Patricia Liliana c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2017.
Corte IDH, “Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sentencia del 31/01/2006. Serie C No. 140.
Consejo de Estado Francés, “Couitéas”, sentencia del 30/11/1923.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Fallos: 321:1124).
CSJN, “Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorio Huilen y otras s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:2328).
CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:1115).
CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
CSJN, “Bea Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios” (Fallos: 333:1623).
CSJN, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088).
CSJN, “Coco, Fabián Alejandro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 327: 2722)
CSJN, “Ledesma María Leonor c/ Metrovias SA s/ daños y perjuicios”, 22/04/2008 (Fallos 331:819).
CNCAF, Sala II, “Compañía de Transportes Río de la Plata SA c/Estado Nacional (Mrio. de Economía – Secretaría de Hacienda) y otro s/daños y perjuicios”, sentencia del 1/06/2000.



CAPÍTULO 13

La responsabilidad estatal lícita

Leer este capítulo te llevará:
37 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

Aunque las potestades reconocidas a los órganos estatales se encuentran orientadas a lograr el bienestar de todos, ciertas medidas y decisiones tomadas en pos de favorecer a la generalidad pueden perjudicar a algunas personas.

En aras de garantizar el derecho a la igualdad, la responsabilidad estatal lícita, también llamada *legítima, regular* o *sin falta* apunta a realizar una distribución igualitaria de las cargas públicas, de modo que el costo de lograr el progreso de todos sea soportado igualmente por todos y no solo por quienes resultan perjudicados por el quehacer estatal encaminado a lograr el bien común.

Pero si cualquier lesión sufrida a resultas del ejercicio legítimo de potestades públicas fuera indemnizable, el costo económico de afrontarlo sería elevadísimo. Además, la Corte Suprema tiene dicho como principio que el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares (“LOS PINOS”) del mismo modo que el art. 10 del CCyC contempla que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

Adicionalmente, nadie puede alegar un derecho adquirido al mantenimiento de un determinado orden jurídico: la ley es un acto de soberanía, por lo cual lo que dispone el legislador es portador de una presunción de constitucionalidad y no genera derecho a un resarcimiento aun cuando innove en el derecho objetivo preexistente (a menos que la propia ley así lo establezca). Por último, los derechos que gozan todos los habitantes de la Nación se hallan limitados en beneficio del bien común, y en esta dirección el art. 14 CN puntualiza que aquel goce es “conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio”.

Todas estas reflexiones dan cuenta de por qué, como regla general, **las lesiones surgidas del ejercicio regular de las potestades públicas solo son indemnizables cuando el daño adquiera ciertos ribetes peculiares que lo concreten y singularicen en el damnificado, que no está obligado a soportarlo.**

Dado que el daño se causa sin culpa, para que nazca la obligación estatal resarcitoria es menester que además de los presupuestos generales de la responsabilidad (imputabilidad, nexo causal, factor de atribución), la lesión se haga específica y distintiva en un afectado particular que no tiene el deber de tolerarlo. De lo contrario, si se tratara de daños generalizados o de las molestias o inconvenientes normales producto de la actividad estatal, no habrá lugar a la indemnización.

Aunque contemporáneamente se aborda el fenómeno de la responsabilidad civil desde una perspectiva más humanista, que pone el foco en el daño injustamente sufrido más que en la conducta lesiva –cuestión que hemos analizado largamente en el capítulo 1 del bloque 1 al que nos remitimos– la responsabilidad lícita del Estado, aunque no es excepcional –como incorrectamente predica el art. 5° de la LRE– sí es de procedencia más bien restrictiva, de contornos indemnizatorios limitados y su admisión siempre ha estado marcada por la prudencia y la mesura (“LAPLACETTE”, “MOTOR ONCE”, “EL JACARANDÁ”)

2. El fundamento constitucional y las condiciones de procedencia de la responsabilidad estatal lícita

En el capítulo 2 del bloque 1 hemos recordado la **teoría de la expropiación** de Consolo, la del **sacrificio especial** de Mayer, la del **enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho** de Hauriou y la de la **igualdad de las cargas públicas** de Teissier (REIRIZ, 1969) como opiniones doctrinarias que fundamentaron la obligación del Estado de responder por los daños causados sin falta empleando para tal fin principios de derecho público. Independientemente de ellas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde los primeros pronunciamientos en que comenzó a reconocer esta categoría jurídica (“SUNÉ”, “LAPLACETTE”, “ESTABLECIMIENTOS GRATRY”) refirió al **principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) y a los valores de equidad y justicia** como los fundantes del deber estatal de responder por daños causados sin culpa.

Así como la expropiación debe ser indemnizada en tanto implica la afectación a la propiedad privada fundada en razones de utilidad pública (art. 19 CN), se razonó que los perjuicios singulares y particulares provocados por el actuar lícito del Estado debían ser compensados mediante una justa reparación ya que las garantías de la propiedad y la igualdad no admiten que el beneficio colectivo pueda lograrse a expensas del **sacrificio individual** de unos pocos.

En esa dirección, la jurisprudencia iniciática entendió que cuando el perjuicio causado por la actividad lícita del Estado desarrollada en pos de lograr un beneficio colectivo es **diferenciable, singular y especial**, este daño debía resarcirse

puesto que la consecución del bien común no podía resultar en detrimento de los derechos individuales. La falta de indemnización de un daño singularizado causado por el **ejercicio regular** de las funciones del Estado **llevaría a imponer** una carga desproporcionada respecto de quienes **no tienen la obligación jurídica de soportarlos**, excediendo así la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad (“GARCÍA”).

Como ya hemos estudiado en el bloque 1, al que nos remitimos, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado sin falta fue materia de un proceso evolutivo y gradual. Así, del rechazo inicial (“**ESTABLECIMIENTOS GRATRY**”, “**SPURR**”, “**SUÑE**”) se pasó a la aceptación condicionada (“**LAPLACETTE**”) para arribar finalmente a su reconocimiento general –de configurarse los recaudos que caracterizan este tipo de responsabilidad estatal– tanto en el campo contractual como en el extracontractual (“**LOS PINOS**”, “**CANTÓN**”, “**TEJEDURÍAS MAGALLANES**”, “**SÁNCHEZ GRANEL**”, “**MOTOR ONCE**”, “**COLUMBIA**”, “**JUNCALÁN**”). Si bien la determinación de los alcances del resarcimiento de la responsabilidad estatal lícita sigue siendo una cuestión controvertida (“**SÁNCHEZ GRANEL**”, “**MOTOR ONCE**”, “**EL JACARANDÁ**”, “**MALMA TRADING**”), todos los precedentes, aun empleando distintos argumentos, **desembocan en fijar en el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) y en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 CN) el fundamento último de la responsabilidad del Estado por actividad lícita.**

Todas estas secuencias jurisprudenciales coinciden además en destacar la prudencia y la mesura que deben primar a la hora de acordar indemnizaciones por daños que han sido causados por el Estado sin falta, a fin de evitar generalizar situaciones que son contrarias a la naturaleza particular de este instituto que se afina en razones de solidaridad, justicia y equidad.

Así, se ha condicionado la procedencia del resarcimiento a la privación o pérdida de derechos o intereses ciertamente incorporados al patrimonio, excluyéndose situaciones que involucran derechos protegidos solo de forma indirecta, incompleta o difusa (“**TEJEDURÍAS MAGALLANES**”, voto de los Ministros Petracchi y Baqué).

Otro estándar característico de esta clase de responsabilidad consiste en el mandato que pesa sobre el juzgador de verificar si los daños reclamados efectivamente se han producido, y en su caso, si fueron **consecuencia directa e inmediata de la conducta estatal**, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables (“**MOTOR ONCE**”). En línea con estas premisas, se ha sostenido también que la reparación de los daños causados por la actividad lícita del Estado no comprende los perjuicios que sean “consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, los que constituyen limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad” (“**AGROPECUARIA DEL SUR**”).

Finalmente, la legislación infraconstitucional ha receptado en diversas disposiciones supuestos típicos de responsabilidad lícita, así como por ejemplo el art. 18 de la LNPA, que luego de reglamentar la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, obliga a indemnizar los perjuicios que se causen a los particulares a consecuencia de esta revocación. Normas semejantes encontramos en el campo contractual, como el Reglamento de Contrataciones Administrativas y su decreto reglamentario, que disponen con carácter general que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante (art. 12 del decreto 1023/01 y art. 95 del decreto 1030/16). Por su parte, la ley 27328 que regula los contratos de Participación Público-Privada también prevé que en casos de extinción anticipada del contrato (previa a la toma de posesión de los activos) se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación correspondiente, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada y que en todos los casos deberá asegurarse el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto.

3. El factor de atribución. Sacrificio especial y ausencia de un deber jurídico de soportar el daño

La existencia de un **sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño sufrido constituyen los factores de atribución propios de la responsabilidad lícita**, tal como ha sido receptado en el art. 4° de la LRE.

Como hemos dicho, en muchas ocasiones el accionar lícito del Estado puede causar ciertas incomodidades o perjuicios a los particulares. Así, por ejemplo, al desarrollar funciones vinculadas con la represión del delito, el ordenamiento urbano, el control vehicular o de documentación, la construcción de obras públicas, etc., los órganos estatales ciertamente pueden causar molestias, lesiones o perjuicios a los particulares.

Pero si estos daños son generalizados y constituyen consecuencias normales o esperables de la actividad pública desplegada o incluso de vivir en una comunidad organizada no son resarcibles y deben tolerarse. La demora en la aprobación de un pedido de habilitación de un local comercial o los trámites que deben realizarse para renovar las licencias de conducir son de esta clase de perjuicios colectivos que la Administración no debe indemnizar.

En cambio, cuando estas molestias exceden el límite de lo admisible y **adquieren ribetes de daños singulares**, puesto que implican **una afectación moral o material concreta, diferenciada y exclusiva de la persona que lo experimenta, sí pueden dar lugar a un resarcimiento** si además, se hallan presentes los restantes requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal.

Por ejemplo, si al reprimir las fuerzas policiales una manifestación, estalla la vidriera de algún local comercial o se lastima a algún transeúnte con una bala perdida o con los gases lacrimógenos que se arrojan, estos daños se tornan singulares y especiales. Aunque la actuación de los órganos de seguridad del Estado benefició a toda la comunidad, no tienen por qué ser soportados individualmente por quienes los padecen. Los vecinos deben tolerar sin derecho a una indemnización las molestias derivadas de la ampliación de calles y avenidas o la instalación de una nueva estación del subterráneo pero cuando el plazo de ejecución de la obra se demora injustificadamente, los comerciantes frentistas son los únicos que sufren un daño singular al ver mermar significativamente sus ventas. Estos daños, al adquirir las características de un *sacrificio especial*, sí se tornan indemnizables.

La **teoría del sacrificio especial** ilustra con mucha claridad la existencia del trato desigualitario que es inherente a la responsabilidad estatal lícita. Si bien lo determinante es la existencia de esta situación de desigualdad, el sacrificio especial es la herramienta que ayuda a identificarla y pone también de manifiesto la lesión al derecho de propiedad que resulta de la conducta estatal lícita. Cuando se condena al Estado a resarcir daños singulares y especiales, es toda la comunidad beneficiada con la actividad desarrollada la que, figuradamente, afronta el daño sufrido en forma individual, de modo que la responsabilidad actúa como un mecanismo de justicia distributiva, recomponiendo un equilibrio entre los beneficios y las cargas entre toda la comunidad. La especialidad del daño se impone entonces como una necesidad de tipo lógica porque, si fuera general, sería contradictorio repararlo concediendo una indemnización que terminaría por gravar a toda la sociedad.

La misma denominación del concepto *sacrificio especial* da cuenta de la existencia de una carga desproporcionada que excede lo que normalmente debe soportar cualquier persona en beneficio de la comunidad, y cuando falta la justificación legal, es decir, cuando no media el deber jurídico de soportar el daño, esta carga ubica a tal individuo en situación de desigualdad frente a los demás.

Sin embargo, no existe una definición clara del concepto de sacrificio especial y de la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

En los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a veces ha prevalecido **un criterio cuantitativo**, en virtud del cual **el daño es especial** cuando afecta a una sola persona, a un número limitado de sujetos o a un grupo que se encuentra en una situación especial (los dueños de garages ubicados en una zona geográfica que se peatonaliza; los que se dedicaban a una actividad que se prohíbe, etc.). En otros casos, se ha seguido **una concepción de índole cualitativa** que toma en cuenta la intensidad o gravedad del daño, lo que se valora en cada caso “en función de la proporcionalidad que aquel guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad” (COMADIRA *et al.*, 2012, 1524). Así, se ha admitido la responsabilidad invocando la existencia de un perjuicio especial (“LOS PINOS”) o cuando ha habido un enriquecimiento sin causa (“ESCUELA GERMANO ARGENTINA BELGRANO”).

A la inversa, la jurisprudencia no ha visto configurado el sacrificio especial frente a una nueva política cambiaria (“REVESTTEK”) –salvo en el caso “CANTÓN”, en el que por haber celebrado la parte actora un contrato que no pudo ser cumplido a raíz de la entrada en vigencia de nuevas normas cambiarias, se consideró que el daño reunía la característica de singularidad– a la devaluación de la moneda, al desagio o a la pesificación de las obligaciones de dar sumas de dinero. Se trata de medidas de alcance general –muchas veces originadas en legislación de emergencia– que no singularizan sacrificios sino que, en todo caso, generan perjuicios colectivos que deben ser soportados por grandes estratos de la sociedad.

Por su parte, la **ausencia del deber jurídico de soportar el daño** apunta a la **inexistencia de una causal que justifique tener que sobrellevarlo**. El titular de un derecho que fue conferido a título simplemente precario está obligado a soportar el daño que le cause la revocación de aquel: en tanto su derecho ya nació limitado, el perjuicio sufrido no sería resarcible, la excepción se presentó en el precedente “LOS PINOS”, en el que la Corte reconoció una indemnización al propietario de un hotel alojamiento al que le fue retirado el permiso que le había sido conferido para explotar como albergue por horas un hotel alojamiento de su propiedad. Así, el particular que solicitó y obtuvo un permiso sabía o debía saber que estos siempre se otorgan a título precario (esto es, supeditados al ejercicio, por parte del Estado, de la facultad de retirarlos en virtud de principios de orden público). Cuando, además, las actividades que desarrolla el permisionario pueden ser contaminantes o en general, contrarias a la moral media de la sociedad (v.gr. la prostitución, el juego y las apuestas) el interesado no puede invocar en su favor derechos adquiridos al desarrollo de estas actividades que, por su manifiesta discordancia con el interés social, tienen en su contra el disfavor de las leyes (“DA ROSA FAUSTINO”).

Hay también obligación de pechar el daño, cuando se desarrollan actividades esencialmente peligrosas o perjudiciales a la comunidad y estas son limitadas o restringidas por el Estado a partir de actos generales o particulares. Así se ha dicho que cuando la Constitución Nacional ampara el derecho a ejercer toda industria, requiere que esta sea lícita. Para que se reúna esta condición, la actividad no debe ser de aquellas que alteren el orden social, la seguridad, la moralidad o salubridad públicas (“LOS PINOS”, dictamen del Procurador General Antonio Petracchi).

Otro ejemplo del deber de soportar el daño es el que se configura frente a las incomodidades derivadas de la obligación impuesta por las leyes de actuar como jurado, testigo o autoridad de comicios electorales o frente a las restricciones de estacionamiento o acceso vehicular en áreas históricas que pueden perjudicar especialmente a las empresas que se dedican al transporte de cosas o de personas.

Estas situaciones configuran afectaciones generales que recaen sobre todos y que, en principio, no resultan resarcibles, a menos que, por las especiales particularidades del caso, se pueda probar que el daño adquirió una entidad tal que pueda predicarse de él su singularidad.

4. La relación causal. El requisito legal de la existencia de un nexa causal directo, inmediato y exclusivo

Al regular el presupuesto de la relación causal en la responsabilidad estatal lícita, la LRE exige que el nexa de causalidad entre la conducta que causa el daño y este último, sea **directo, inmediato y exclusivo** (art. 5°). La ley se aparta así de lo que estipula en el campo de la ilicitud, donde alcanza la acreditación de un nexa de causalidad *adecuado* entre la lesión y la acción estatal ilegítima (art. 3°). Con ello excluye la configuración de responsabilidad estatal lícita, cuando el daño ha obedecido a una multiplicidad de factores causales y no es atribuible únicamente al accionar estatal regular.

Al regular de este modo la LRE recepta el estándar que surge de un sector de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia [“LEDESMA” (considerando 16), “TEJEDURÍAS MAGALLANES” (considerando 11), “EL JACARANDÁ” (considerando 8)] en el que efectivamente se califica este nexa de causalidad como exclusivo e inmediato.

Es cierto que en los repertorios de jurisprudencia no es fácil encontrar precedentes que den cuenta de cocausalidades en el campo de la responsabilidad lícita del Estado. Sin embargo y a nuestro entender, de darse tales circunstancias, ello no debería eliminar apriorísticamente la posibilidad del surgimiento de la responsabilidad estatal.

Imaginemos el caso de una obra de ampliación del subterráneo que provoca fisuras en un edificio lindero, grietas que, a resultas de diversos peritajes, se atribuyen parcialmente a la deficiente situación en que se encontraba el inmueble desde antes del inicio de la obra pública. En este supuesto, aunque el nexa de causalidad entre la acción estatal legítima y el daño existe, no es exclusivo e incluso debido a ello, la Administración podría llegar a reducir su responsabilidad. Pero no creemos que sea justo excluir por completo tal responsabilidad por la preexistencia de las fisuras del edificio, puesto que de ser así, mientras que todos los vecinos de la zona se hubieran beneficiado por la obra, los de este consorcio se habrían perjudicado singularmente.

De modo que como dijimos ya en el capítulo 8 del bloque 2, a nuestro criterio **lo definitorio no es que alguien más haya podido producir el daño –incluso la propia víctima podría eventualmente haber contribuido a su causación– sino que, al menos, parte de esta lesión pueda ser indudablemente atribuible al accionar estatal legítimo**. De ser así, aunque no sea exclusivo, el nexa de causación indudablemente será *adecuado* para producir la lesión. Impedir que nazca el deber estatal de responder porque el daño tuvo más de un responsable violenta el principio de igualdad ante las cargas públicas que es, en definitiva, el fundamento del deber estatal de resarcir en el campo de la licitud. Proclamar la responsabilidad estatal legítima y negarla por la circunstancia de que el nexa de causación del daño no sea exclusivo es en nuestro criterio un contrasentido.

Conflicto de visiones **¿Responsabilidad estatal lícita o irregular?**

Muchas veces la plataforma fáctica de un caso que involucra la responsabilidad estatal es vidriosa e involucra situaciones cambiantes. En estos casos puede resultar difícil determinar si se trata de un supuesto de responsabilidad irregular o de responsabilidad por actuación lícita. Lo complejo es que precisamente esta definición es crucial para encauzar el reclamo porque como ya hemos visto, los alcances del resarcimiento pretendido y la configuración del nexa causal pueden diferir sustancialmente en uno y otro caso.

Para apreciar las dificultades que puede presentar el adecuado encuadre jurídico de los hechos en un caso, consideremos la plataforma fáctica que se relata en el precedente *Piattini, María Ignacia v. Estado Nacional – Ministerio del Interior – PSA y/o responsable*, resuelto por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal:

El 5/10/2005, alrededor de las 23:30 h, una persona fue demorada en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza por el personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (“PSA”), en atención a que consideraron sospechoso el hecho de que aquella transportara una valija grande, que contenía únicamente cinco envases plásticos de champú, loción capilar y savia vitaminizada. Luego de haber obtenido la correspondiente autorización, dicho personal procedió a realizar el correspondiente análisis químico de las sustancias utilizando el reactivo marca “Nick” perteneciente a la empresa Public Safety, Inc. El examen arrojó, en tres testeos seguidos, un resultado “positivo cocaína” en los dos envases de savia vitaminizada. Ante tal situación, la PSA procedió a incomunicar y detener al viajero en las dependencias del aeropuerto durante la noche, para trasladarla al día siguiente a los tribunales de Comodoro Py. El Juzgado en lo Penal Económico n. 2, Secretaría. n. 3, tomó intervención en el asunto, dando origen a la causa “XX s/av. contrabando de estupefacientes” y dispuso, ese mismo día, el levantamiento de la incomunicación y el mantenimiento de la detención, la que se efectivizó en la cárcel de Ezeiza dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

El 7/10/2005, el Juzgado decretó la falta de mérito para disponer el procesamiento o para sobreseer al imputado, disponiendo su inmediata libertad. Posteriormente, el día 22/11/2005 el perito químico nombrado por el Juzgado para realizar el análisis de laboratorio de los sachets que habían sido incautados informó que el resultado de dicho análisis era negativo, por lo que fue dictado el sobreseimiento del viajero ese mismo día.

La persona detenida sostiene que sufrió malos tratos tanto durante su detención en las dependencias aeroportuarias por la PSA, como durante su estadía posterior en la cárcel de Ezeiza, y reclama el resarcimiento del daño moral sufrido, así como también de diversos daños materiales ocasionados a su patrimonio.

Conforme a esta plataforma fáctica, ¿está en juego la responsabilidad lícita o la ilícita del Estado? ¿La intervención investigativa de la PSA fue irregular o fue regular? ¿Estar privado de la libertad en el marco de una investigación judicial implica un sacrificio especial?

Aunque nunca hay que confiarse, en algunas ocasiones han sido los propios jueces los que disipan estos entuertos puesto que al momento de dictar sentencia **reconfiguran una acción fundada en la responsabilidad ilícita del Estado, en otra sustentada en su actuación regular.**

Los precedentes “MOTOR ONCE”, “CANTÓN” y “TEJEDURÍAS MAGALLANES” dan cuenta de esta labor de reencuadramiento jurídico que se origina en el ejercicio del *iura novit curia*. A través de esta facultad, que les permite a los magistrados subsumir en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida en cada caso, acciones instauradas alegando la ilegitimidad de la conducta estatal han derivado en sentencias que acuerdan resarcimientos fundados en la existencia de un daño singularizado y derivado de la conducta lícita del Estado.

Si bien podría pensarse si este proceder afecta el derecho de defensa de la demandada y el principio de congruencia, la Corte Suprema no lo ha cuestionado siempre que el ejercicio del *iura novit curia* no haya derivado en una distorsión del sustento fáctico del caso ni de la relación procesal planteada, de forma tal que la demandada siempre debe haber tenido la oportunidad de defenderse y plantear su particular visión de cómo fueron los hechos y de por qué razón la responsabilidad pública no podría configurarse.

Este estándar flexible difiere notoriamente del aplicable, por ejemplo, para reconocer la procedencia de enriquecimiento sin causa frente a un contrato administrativo que se declara inexistente, que solo ha sido admitido en la medida en que el contratista lo haya expresamente requerido en su demanda (“INGENIERÍA OMEGA”, “EL RINCÓN DE LOS ARTISTAS”, “LIX KLEIN”).

Como **recomendación final**, si los hechos dan lugar a dudas, **lo conveniente es dejar planteada en la demanda las dos fuentes posibles de la responsabilidad, con un fundamento prioritario –el accionar ilegítimo– y otro subsidiario –la actividad lícita–**, lo que, con sutileza, invita a los magistrados a definir el encuadre que les parezca más pertinente.

5. Los alcances de la indemnización

5.1. Un tema polémico

La cuestión vinculada con los alcances del resarcimiento por los daños causados por el Estado por su actividad lícita o legítima es polémica. El reconocimiento o no del lucro cesante divide a las opiniones doctrinarias y la jurisprudencia no termina de asentarse (CASSAGNE, 2004).

En efecto, así como nunca ha sido puesto en tela de juicio el principio de la integralidad resarcitoria frente a conductas estatales ilegítimas (“TOMÁS DEVOTO”, “VADELL”, “RODRIGUEZ PEREYRA”, “MOSCA”, “BEA”) sí ha sido espinoso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, definir qué extensión debe tener la indemnización frente a supuestos de daños derivados del accionar lícito del Estado.

Con fundamento en principios constitucionales, algunos autores consideran que el reconocimiento y protección de la víctima no puede diferir según que el Estado haya causado el daño en el campo lícito o en el ilícito (entre otros, BIANCHI, 1985; CASSAGNE, 2015; PERRINO, 2009; BARRA, 1987) máxime considerando que hasta la sanción de la LRE no existía una norma legal específica que así lo dispusiera (TAWIL, 2008) y puesto que “no sería admisible recurrir a la analogía para restringir un derecho” (BUSTELO, 2015, 964). Otros profesores, en cambio, han entendido que la indemnización en estos casos solo debe cubrir el daño emergente con exclusión del lucro cesante, de modo semejante a lo que dispone la ley nacional de expropiaciones 21499 (REIRIZ, 1969; MARIENHOFF, 1991; COMADIRA *et al.*, 2012). Marienhoff, líder de esta postura, sostenía que todos los supuestos de menoscabo patrimonial por razones de utilidad o interés público se deben regir por las reglas de la justicia distributiva, la que, por regla general, excluye la reparación del lucro cesante, tal como lo dispone la ley de expropiaciones y cuyo *efecto expansivo*, alcanza a los casos en los que Estado daña sin falta (MARIENHOFF, 1991).

Por su parte la jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco ha sido uniforme. En algunos casos aplicó por vía analógica las normas que rigen la expropiación, ya sea que la actuación estatal lícita se hubiera generado en el campo contractual como en el extracontractual (“LAPLACETTE”, “MOTOR ONCE”, “LOS PINOS”, “CANTÓN”). Pero en otros supuestos, y a veces coetáneamente (“SÁNCHEZ GRANEL”, fallado meses antes que “MOTOR ONCE”), reconoció como principio general el derecho a una indemnización integral (“SÁNCHEZ GRANEL”, “JUNCALÁN”) aunque no siempre tuvo por acreditados los extremos que harían procedente acordar el lucro cesante reclamado. (“EL JACARANDÁ”; “MALMA TRADING”; ZONAS FRANCAS SANTA CRUZ”)

La LRE, revirtiendo lo que parecía ser la tendencia jurisprudencial de los últimos años, **se definió por el criterio restrictivo**. En su artículo 5°, luego de afirmar que

la responsabilidad del estado por actuación lícita es excepcional, veda expresamente la reparación del lucro cesante. Y además, con una fórmula prácticamente igual a la contenida en la ley 21499 dispone que la indemnización comprende “el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública” no tomándose en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Lo que hasta la entrada de la LRE era una cuestión opinable, actualmente es una pauta legal cuya su constitucionalidad, para nosotros, es al menos dudosa.

5.2. Expropiación y responsabilidad estatal lícita

La exclusión del lucro cesante como un rubro indemnizable en el área de la responsabilidad estatal sin falta proviene de la cercanía que existe entre esta clase de responsabilidad estatal y la figura de la expropiación por razones de utilidad pública que regula el art. 17 de la CN y la ley 21499 en el orden nacional.

En algunos precedentes (“CANTON”, “LOS PINOS”, “MOTOR ONCE”) la Corte Suprema de Justicia consideró que la prohibición de reconocer el lucro que dispone la ley 21499 proyectaba efectos expansivos hacia la responsabilidad lícita del Estado. En doctrina el adalid de esta postura fue el profesor Marienhoff, que entendía que las normas sobre expropiación por razones de utilidad pública representan un principio general, de aplicación no solo en los supuestos concretos de expropiación, sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público” (MARIENHOFF, 1996).

A nuestro criterio es equivocado identificar la responsabilidad estatal sin culpa con la expropiación por causa de utilidad pública. Es cierto que ambos institutos comparten en su origen la existencia de una finalidad de interés general y también lo es que el surgimiento teórico y jurisprudencial de la responsabilidad estatal lícita estuvo emparentado con la expropiación, ya hemos recordado en el capítulo 2 del bloque 1 la teoría de Consolo que enlazaba ambas figuras en su desarrollo teórico y los fallos “LOS PINOS” y “CANTON” que aluden a la expropiación para determinar las consecuencias pecuniarias de la responsabilidad estatal atribuida.

Sin embargo, estas cercanías no pueden soslayar las *diferencias notorias que existen entre ambos conceptos*. El procedimiento expropiatorio tiene naturaleza constitucional y demanda la intervención previa del Congreso de la Nación que declare la utilidad pública del bien expropiado, nada de lo cual acontece en el campo de la responsabilidad lícita del Estado (TAWIL, 2008).

La circunstancia de que la responsabilidad sea lícita porque el hecho que la detona tenga este carácter, no puede dejar de advertir la ilicitud de los daños que sufre quien experimenta un sacrificio especial, y desde la perspectiva de la injusticia del daño que se sufre, no hay diferencia entre el campo lícito y el ilícito.

Por otra parte, esta mirada restrictiva no resulta acorde a los actuales parámetros convencionales y constitucionales que estructuran el derecho de daños. En los primeros capítulos del bloque 1 hemos analizado que el principio de integralidad resarcitoria tiene sustento constitucional (“AQUINO”; “RODRÍGUEZ PEREYRA”) y que la Corte IDH ha dicho que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (“VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ”). Siempre que sea posible se requiere la plena restitución, y si no lo fuera, deben adoptarse medidas para garantizar los derechos conculcados.

Es cierto que estos principios no conducen automáticamente a descalificar los sistemas legales que contemplan restricciones a la indemnización integral (por ejemplo, en el contrato de seguro se han avalado los sistemas de topes y franquicias, entre otros en los precedentes “ALBO MODESTA DEL VALLE c/GIMÉNEZ VIAJES”, “NIETO”, “CUELLO” y “LEDESMA C/METROVÍAS”). Sin embargo, no es menos cierto que estos regímenes específicos de alcances resarcitorios limitados siempre ceden frente a la prueba concreta de que una indemnización acotada importaría un detrimento patrimonial sustancial (“AQUINO”). La Constitución Nacional autoriza al legislador a reglamentar los derechos (art. 14 CN), pero la reglamentación debe ser razonable (art. 28 CN) y no puede afectar la sustancia de los derechos ni desnaturalizar las garantías que aquella confiere.

5.3. Los alcances del art. 5° de la LRE

En cualquier caso, de la prohibición genérica que contempla el art. 5° de la LRE **no pueden derivarse otras consecuencias restrictivas**.

En primer lugar, no sería correcto inferir, a partir de la prohibición de acordar lucro cesante, que no puedan resarcirse *daños extrapatrimoniales* como el **daño moral** puesto que en definitiva, la norma reconoce el resarcimiento de los “daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública” sin formular distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial.

Y en segundo término, en el mejor de los casos, la prohibición de acordar lucro cesante solo podría aplicarse cuando se afectan derechos patrimoniales, pero no cuando se han afectado **derechos extrapatrimoniales como la vida o la integridad física o psíquica**.

La polémica en torno al alcance de la indemnización en la responsabilidad estatal lícita “se ha pensado únicamente a partir de los daños ocasionados a la propiedad privada y a los derechos patrimoniales” sin advertir que el Estado también puede lesionar legítimamente derechos de otro orden, como el derecho a la vida y a la integridad física (ROTAECHE, 2015, 281).

En estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado reiteradamente sistemas tasados de reparación cuando excluyen valores extra patrimoniales

(“AQUINO” y “RODRÍGUEZ PEREYRA”) bajo el paradigma de que el hombre es el centro del sistema jurídico, al cual este último debe servir. Específicamente, en el precedente “AQUINO”, la Corte Suprema propició una reparación plena a la integridad psicofísica del trabajador damnificado con fundamento en disposiciones constitucionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien la mayor parte de la casuística de responsabilidad estatal por actividad lícita se relaciona con daños de tipo patrimonial, pueden darse situaciones que involucren daños de otra naturaleza. Así por ejemplo, en las causas “REBESCO”, “CARUCCI VIUDA DE GIOVIO, FILOMENA”, “MOCHI” se reclamaba por las lesiones causadas a la integridad física de personas como consecuencia de la actuación regular de las fuerzas policiales en el cumplimiento de sus funciones de prevención y protección de la seguridad pública. En todos ellos la Corte Suprema acordó una indemnización integral (abarcativa del daño material, el daño estético y el daño moral).

La causa “ORTOLANI Y OTRO C/ EN”, trató de una demanda de responsabilidad del Estado por actividad lícita iniciada en virtud de los daños sufridos por un menor a raíz de haber contraído poliomielitis luego de cumplir el programa de vacunación obligatorio con las vacunas Sabin y cuádruple, lo que le produjo una parálisis permanente de sus cuatro miembros. La Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de grado que había rechazado acordar un resarcimiento por lucro cesante fundado en la aplicación analógica del artículo 10 de la ley de expropiaciones, y reconoció una suma indemnizatoria única, comprensiva de la incapacidad permanente, pérdida de chance del menor y lucro cesante, a la que adicionó el resarcimiento del daño moral. El tribunal razonó que en este caso estaba de por medio el derecho a la vida y a la integridad física, y por ende en este contexto era inapropiado aplicar por vía analógica la solución indemnizatoria de la ley de expropiación.

Inclusive en el marco del examen de la legislación de emergencia vinculada con el corralito financiero, y desde el encuadre de la responsabilidad lícita del Estado, se han adjudicado indemnizaciones por daño moral ponderando la situación personal y el diagnóstico de HIV que presentaba una ahorrista cuyos depósitos habían sido pesificados e incautados (“RODRÍGUEZ KARINA C/PEN Y OTROS”).

Como síntesis de lo expuesto hasta aquí, creemos que excluir por principio general la posibilidad de acceder a una indemnización integral, en materia extracontractual y frente a lesiones de derechos extrapatrimoniales, es una decisión legislativa desacertada y frente a ciertos contextos fácticos, puede devenir inconstitucional.

5.4. Lectura constitucional del art. 5° de la LRE

La prohibición que dispone la LRE a acordar lucro cesante en casos de responsabilidad lícita del Estado es desafortunada por distintas razones.

En primer lugar, desde la técnica legislativa, una fórmula tan tajante cierra toda posibilidad de evaluar las particulares aristas que puede presentar cada demanda. Las plataformas fácticas de las acciones de responsabilidad estatal son de lo más variado. Sostener por vía legislativa que en ningún caso se indemnizará el lucro cesante es dogmático porque la praxis judicial enseña que no son las peticiones de las partes ni las definiciones legales apriorísticas, las que definen la procedencia y los alcances de una indemnización en el marco de un juicio de daños y perjuicios. En el devenir del pleito y conforme a lo que se ha podido probar se forma el convencimiento de los magistrados acerca de qué es justo acordar: si todos los rubros pedidos o solo una parte de ellos. Además, lo que en algún caso se indemniza a título de pérdida de chance, en otro puede ser un lucro cesante. Lo que podría llegar a ser razonable en el contexto contractual, frente a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de decisiones de la Administración, deja de serlo en la órbita extracontractual cuando se lesiona la vida y la integridad física de las personas.

Desde otra perspectiva creemos que las indemnizaciones limitadas que, como ya mencionamos no son *per se* inconstitucionales, se justifican por tener como contrapartida algún tipo de ventaja para los damnificados, como acceder a ellas rápidamente, incluso sin necesidad de someterse a una decisión judicial o contar con un sistema de cobro preferente. El art. 5° de la LRE prohíbe el reconocimiento del lucro cesante y limita la reparación al “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública” pero no ofrece, a cambio, ninguna ventaja procesal ni de otro orden semejante.

A esta altura de la evolución del Estado constitucional de derecho, la responsabilidad estatal lícita no puede seguir siendo enfocada desde el paradigma de las prerrogativas y potestades estatales para justificar, a partir de la regularidad que motiva la conducta dañosa, una indemnización aminorada. El eje y el propósito de todo el derecho de daños son los individuos singularmente afectados. Desde ellos y desde sus condiciones personales (cónf. art. 1745 CCyC) deben pensarse las respuestas indemnizatorias.

Aunque todos podemos coincidir en que en el ámbito público prevalecen los principios de la justicia distributiva, no es jurídicamente viable justificar a partir de ella, por ejemplo, que una persona que se incapacita para el resto de su vida por aplicarse una vacuna contenida en el plan obligatorio de vacunación no sea resarcida integralmente. De no ser así el bien que obtiene toda la comunidad por el cumplimiento de tal programa de salud solo es soportado de una manera desigual e injusta por quien se contagió por aplicarse la vacuna. Entre esta situación fáctica y una expropiación no hay ningún punto de contacto. No hay motivo entonces para aplicar una indemnización semejante. El reparto solidario de las cargas públicas no supone recargar excesivamente a uno solo de sus miembros.

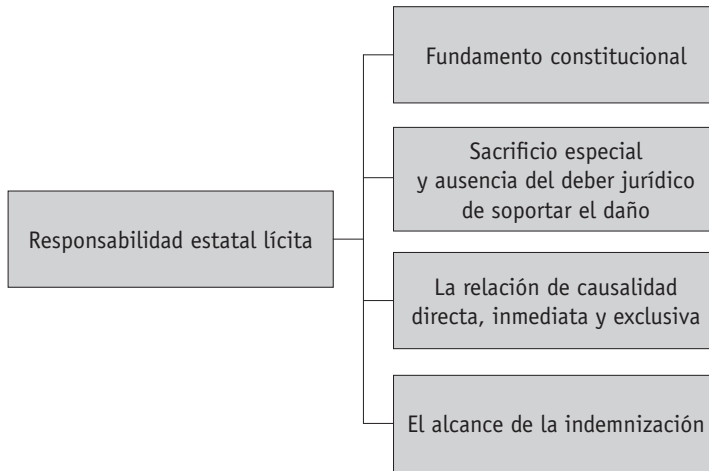
Coincidimos con ROTAECHÉ en que “las tradicionales respuestas brindadas desde el derecho administrativo para resolver el problema del alcance de la

indemnización resultan claramente insuficientes” (ROTAECHE, 2015, 289) y en que el legislador de la LRE no ha contemplado, en este aspecto, ni los principios humanísticos insertos en la Constitución Nacional ni la reivindicación que la Corte Suprema viene haciendo de ellos en su jurisprudencia más reciente (“AQUINO”, “RODRÍGUEZ PEREYRA”).

Aunque sin dudas los jueces tendrán la sabiduría de acordar en cada caso la reparación *justa*, esto es, aquella que deje a la víctima indemne –ni mejor ni peor que antes de sufrir el daño por la conducta estatal lícita– es ciertamente lamentable haber perdido la oportunidad para regular de un modo más acorde a los paradigmas actuales del Estado constitucional de derecho este aspecto crucial en esta parcela de la responsabilidad estatal.

Como venimos afirmando desde el inicio de esta obra, el derecho a la reparación se funda en pautas constitucionales y ellas hablan a las claras de que ningún tratamiento particular –ni de derecho público ni de derecho privado, frente a actos regulares o frente a los que no lo son– puede diseñar restrictivamente, o en beneficio exclusivo del dañador, el derecho de las víctimas a acceder a una reparación justa.

Esquematizando



Bibliografía

ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.

- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BARRA, RODOLFO C., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho* 122, 1987, p. 859-875.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado”, *El Derecho* 111, 1985, p. 550-554.
- BIELSA, RAFAEL, A., “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia”, en FAYT, CARLOS S. Y BADENI, GREGORIO (DIRS.), *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, 1ª ed., La Ley, 2008, p. 61-90.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BULLRICH, RODOLFO, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Jesús Méndez, 1920.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado: Sistematización y síntesis jurisprudencial*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2007.
- CASSAGNE, JUAN C., “El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado, ¿justicia conmutativa o distributiva?”, *La Ley* 2015-F, p. 763-773.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CASSAGNE, JUAN C., “Tendencias actuales y proyección futura del Derecho Administrativo argentino”, *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, mayo-diciembre 2004, N° 267-269.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 1999.
- COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.
- COMADIRA, JULIO R, ESCOLA, HÉCTOR J. Y COMADIRA, JULIO P (COORDINADOR, COLABORADOR Y ACTUALIZADOR), *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- COLAUTTI, CARLOS E., “La responsabilidad del Estado por actos lícitos”, *La Ley* 1991-B, p. 709-719.

- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- GAMERO CASADO, EDUARDO Y FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo 1, 5ª ed, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2014.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia”, *El Derecho* 114, 1985, p. 949-956.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativa. Justicia distributiva y justicia conmutativa”, *La Ley* 1991-C, p. 1080-1086.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita”, *La Ley* 1993-E, p. 912-923.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- MÁRQUEZ, JOSÉ F. Y CALDERÓN, MAXIMILIANO, “Responsabilidad del Estado por actividad legítima, extensión del resarcimiento y actividad judicial”, *Jurisprudencia Argentina* 2014 IV, p. 1440-1447.
- MURATORIO, JORGE, “Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita” en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001. p. 77-88.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., La Ley, 2015 (a).

- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA), 97-2015, p. 101-119 (b).
- PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, *Jurisprudencia Argentina* 2009-IV, p. 1241-1253.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- ROTAECHE, MARÍA J., “El alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado en casos de afectación de derechos no patrimoniales”, *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* I, I-2015, p. 277-302.
- SAENZ, JORGE A. “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 67-118.
- TAWIL, GUIDO S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 239-254.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ reclamo de indemnización por violación de derecho de propiedad (ordinario)” (Fallos: 326:1238).
- CSJN, “Albo Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 341:1555).

- CSJN, “Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753).
- CSJN, “Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/ Nación”, (Fallos: 245:146).
- CSJN, “Bea Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios” (Fallos: 333:1623).
- CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Nación” (Fallos: 301:403).
- CSJN, “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 324:1253).
- CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).
- CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 293:617).
- CSJN, “Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio y otro s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:3483).
- CSJN, “Da Rosa, Faustino c/ Prov. de Tucumán. Reyes, Juan Carlos y Benito v. Prov. de Tucumán” (Fallos: 168:83).
- CSJN, “Devoto, Tomás y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 169:111).
- CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad” (Fallos: 306:1409).
- CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 328:2654).
- CSJN, “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario” (Fallos: 326:3700).
- CSJN, “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/ Nación” (Fallos: 180:107).
- CSJN, “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Pcia. de s/Indemnización de daños y perjuicios” (Fallos: 315:1892).
- CSJN, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 323:3924).
- CSJN; “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).
- CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 195:66).
- CSJN, “Ledesma SA. Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M°. de Economía) s/ nulidad de resolución” (Fallos: 312:2022).
- CSJN, “Lix Klett SAIC c/ Biblioteca Nacional Secretaría de Cultura de la Nación s/cobro de sumas de dinero” (Fallos: 335:1385).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN, “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 326:847).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).

- CSJN, “Motor Once, SAC e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 312:649).
- CSJN, “Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros” (Fallos: 329:3054).
- CSJN, “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:385).
- CSJN, “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos: 318:1531).
- CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333).
- CSJN, “Sánchez Granel, Eduardo Alberto otros c/ BCRA s/ daños perjuicios” (Fallos: 335:742).
- CSJN, “Spurr, Carlos c/ Nación” (Fallos: 182:146).
- CSJN, “Suñé, Eduardo Enrique c/ S.E.G.B.A. Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Santiago del Estero” (Fallos: 258:322).
- CSJN, “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas” (Fallos: 312:1656).
- CSJN, “Toscano, Gustavo Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, T 137 XXIII, sentencia del 07/02/1995 (Fallos: 318:38).
- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando s/ Buenos Aires Provincia de s/ indemnización” (Fallos: 306: 2030).
- CNACAF, “Ortolani, Javier Natalio y otro c/EN M° Salud de la Nación y otros s/daños y perjuicios”, Sala V, sentencia del 1/07/2014.
- CNACAF, “Piattini, María Ignacia v. Estado Nacional –Ministerio del Interior– PSA y/o responsable”, Sala I, sentencia del 21/11/2013.
- CNACAF, “Rodríguez Karina /PEN Y OTROS”, Sala II, sentencia del 6/03/2008.
- Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo”. Sentencia del 29/07/1988. Serie C No. 4.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Nación” (Fallos: 301:403).
- CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).
- CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 293:617).
- CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad” (Fallos: 306:1409).
- CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 328:2654).

- CSJN; “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:2266).
- CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 195:66).
- CSJN, “Ledesma SA. Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M°. de Economía) s/ nulidad de resolución” (Fallos: 312:2022).
- CSJN, “Motor Once, SAC e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 312:649).
- CSJN, “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:385).
- CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad” (Fallos: 306:1409).
- CSJN, “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas” (Fallos: 312:1656).
- CNCAF, “Ortolani, Javier Natalio y otro c/EN M° Salud de la Nación y otros s/daños y perjuicios”, Sala V, sentencia del 1/07/2014.



CAPÍTULO 14

La responsabilidad estatal por actividad legislativa

Leer este capítulo te llevará:
38 minutos aproximadamente

La gente no se da cuenta y cree tener derechos y garantías intocables, pero el poder del Estado ha de ser y es absoluto: solo así funcionamos, también en nuestras democracias, por mucha separación de poderes que proclamemos. Y basta con cambiar las leyes, o inventar unas nuevas, para que la gente se quede sin dinero, sin trabajo y sin casa, o para que se decida que no existe; se la priva de la nacionalidad, de la ciudadanía, se la declara intrusa y apátrida, se la confina o se la expulsa; se la declara loca, incapacitada o difunta.

Javier Marías, *Berta Isla*

1. Concepto y caracterización

La Constitución Nacional, a través de su art. 75 inc. 32, faculta al Congreso de la Nación a dictar todas “las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Esta cláusula –llamada de los *poderes implícitos*– nos habla de la ley como la máxima expresión de la autoridad soberana del Estado ejercida a través del Poder Legislativo. En ejecución de estas atribuciones, el Congreso Nacional (y las Legislaturas locales en el marco de sus respectivos ámbitos de competencia), puede derogar leyes anteriores y sancionar otras distintas pero se encuentra sometido a un límite sagrado que es el que le impone la misma Constitución Nacional y el sistema de derechos y garantías que ella contiene.

Es cierto que a diferencia de los jueces y de los órganos de la Administración, el Poder Legislativo puede innovar en el ordenamiento jurídico y no está constreñido por el principio de la legalidad, pero aunque la ley porta orgullosamente una *presunción de constitucionalidad*, desde los albores de nuestra organización nacional se ha admitido la posibilidad de declarar la

inconstitucionalidad de las leyes, aunque esta sea la última *ratio* del orden jurídico.

En definitiva, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra o en Francia, en nuestro sistema institucional no existe la soberanía ni la inmunidad del Parlamento, por lo que toda norma de alcance general que resulte inconstitucional puede generar derecho a indemnización si causa un daño cierto a quienes se les ha aplicado.

Ocurre, no obstante, que a pesar de esta premisa general, no es menos cierto que los derechos no son absolutos sino que se sujetan a las leyes que reglamentan su ejercicio (cónf. art. 14 CN). Además nadie puede alegar un derecho adquirido a la inalterabilidad de leyes y reglamentaciones (“**COLUMBIA**”); y escapa a los magistrados juzgar la eficacia o la bondad de los medios elegidos por el legislador para hacer efectivos los derechos que consagra la Constitución, bastando que las medidas adoptadas sean *razonables* (“**CANTÓN**”).

Por eso durante mucho tiempo la responsabilidad del Estado legislador fue considerada excepcional y solo configurable en la medida en que la propia ley que causaba un daño a los particulares contemplara un sistema de resarcimientos (REIRIZ, 1969).

Conforme a estas premisas y durante una primera etapa, el Tribunal Supremo sostuvo que el ejercicio de un poder legal –como es el de dictar medidas generales– podía ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, pero esto no ponía en duda su legitimidad, pues de lo contrario se podría detener la actividad gubernativa (“**ESTABLECIMIENTOS GRATRY**”) o llevaría a que el Estado renuncie al ejercicio de sus poderes (“**SPURR**”).

¿Qué es lo que hizo variar el rumbo de la anterior jurisprudencia limitativa y excluyente de la responsabilidad del Estado legislador?

Por un lado, la admisión de lo obvio: la ley no constituye el centro del sistema jurídico ya que este lugar lo ocupa la Constitución. Si las leyes resultan contrarias a la Carta Magna, pueden eventualmente afectar derechos incorporados al patrimonio.

Marienhoff explicaba que “actualmente impera la convicción de que la soberanía –una de cuyas expresiones típicas sería la actividad legislativa– en modo alguno implica “infalibilidad” ni menos “impunidad”. (...) Y si soberanía no implica “infalibilidad”, menos aún trasunta “impunidad” (MARIENHOFF, 1983, 911). Desde este lugar, quedó claro que la responsabilidad estatal no solo podría existir cuando así lo estableciera expresamente el acto legislativo, sino también cuando una ley produjera esos perjuicios especiales aunque dicha ley no se pronuncie respecto de la indemnización (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000).

En otro sentido, se advirtió que los cambios en el derecho objetivo podían lesionar la confianza legítima de quienes ajustaban sus actividades al sistema previo, y finalmente, con una dosis de realismo se admitió que la ley, aun siendo

constitucional y legítima, podía afectar a algunas personas a título singular generándoles un sacrificio especial que no están obligadas a tolerar.

La prohibición legal de una actividad que antes era permitida, la sanción de normas generales que modifican las condiciones conforme a las cuales hasta entonces se ejercía un derecho (v.gr. una reforma del Código de Planeamiento Urbano que limita la altura o la superficie edificable de un predio), o una ley de emergencia que reduce la remuneración de los empleados públicos, son actos legislativos que tanto siendo constitucionales como inconstitucionales, pueden eventualmente dañar.

Es que en definitiva, si bien el legislador es soberano en su esfera, al igual que los restantes poderes y órganos del Estado, está sometido a la Constitución Nacional. Por esto, si en su función de legislar causa daños, estos deben ser reparados de acreditarse el acaecimiento de los presupuestos que originan la responsabilidad estatal (daño, relación causal, imputabilidad y factor de atribución).

Responsabilidad normativa constitucional

Además de la expropiación fundada en ley que contempla en su artículo 17, la Constitución Nacional contiene otro ejemplo muy iluminador acerca de la responsabilidad estatal normativa.

Cuando en su art. 15 se declaró que “en la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución” modificó, de un modo consistente con los objetivos de su Preámbulo de “afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad” lo que el orden jurídico vigente hasta ese entonces admitía.

Dejando a un lado lo aberrante que puede resultarnos hoy que los seres humanos sean tratados como una mercancía que puede comprarse o venderse, en lo que hay que detenerse a los fines que venimos considerando es en el hecho que los constituyentes de 1853 contemplaron que ese cambio normativo podía perjudicar a quienes eran propietarios de esclavos y que esta era una situación que merecía ser reparada. En efecto, a continuación, el artículo reza “y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.

Aunque esa ley nunca se dictó y más allá de la incongruencia con el sistema de valores constitucionales que ella implicaría al reconocer “algún grado de legitimidad a aquella práctica aberrante” (GELLI, 2011, 231), el artículo 15 de la Constitución Nacional sigue siendo muy ilustrativo a los fines de nuestro análisis.

2. Contenido y ámbito de aplicación

Si aplicáramos el criterio orgánico formal para caracterizar las funciones estatales, la responsabilidad estatal por actividad legislativa solo podría alcanzar al Poder Legislativo, que es el único que en nuestro entorno constitucional cuenta con atribuciones para dictar normas imperativas de alcance general.

Pero como ha sido tratada en la doctrina y la jurisprudencia, la responsabilidad del Estado legislador alude a la noción *material* de función legislativa, por lo cual no solo abarca a los daños derivados de lo que disponen las leyes sancionadas por el Congreso Nacional y las legislaturas locales sino también a los que surgen de la aplicación de los reglamentos que dictan los Poderes Ejecutivos y los demás órganos administrativos que cuentan con potestades para emitir actos de alcance general.

No está de más recordar aquí que se denomina *reglamento* al acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, que tiene aptitud para crear normas jurídicas generales y obligatorias y, que regula, por lo tanto, situaciones objetivas e impersonales. “La actividad reglamentaria es una actividad materialmente legislativa o normativa, pues se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de los órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa” (CASSAGNE, 2008, 137).

Si bien en el orden nacional los arts. 99 y 100 de la Constitución Nacional solo autorizan al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros a dictar todos los actos y reglamentos que sean necesarios para ejecutar las leyes (art. 99 inc. 2 CN), así como a emitir reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN) y delegados (art. 76 CN), son innumerables los órganos centralizados y descentralizados que tienen competencia reglamentaria, tanto en orden nacional (el Banco Central de la República Argentina, la Superintendencia de Seguros, los entes reguladores de los servicios públicos, etc.), como en los respectivos órdenes locales.

Todos ellos se sujetan al bloque de constitucionalidad y de legalidad, ya que la potestad reglamentaria se subordina y ajusta a la ley, a la que no puede desconocer regulando en contra de sus disposiciones ni tampoco con “excepciones reglamentarias”.

Los reglamentos, al igual que las leyes, pueden ser derogados o modificados en cualquier momento, ya sea en forma total o parcial (cónf. art. 83 RLNPA) puesto que no están alcanzados por la estabilidad que caracteriza a los actos administrativos de alcance particular (art. 12 LNPA).

En síntesis, la responsabilidad del Estado legislador abarca a toda la normatividad jurídica que posea alcance general, tanto sea constitucional como antijurídica, en la medida que haya sido idónea para causar daños a las personas a quienes se les haya aplicado singularmente.

3. Responsabilidad estatal por actividad legislativa regular e irregular

La responsabilidad estatal por daños derivados de su actividad legislativa puede darse tanto en el campo lícito como ilícito.

En efecto, **si la ley o el reglamento son declarados inconstitucionales o nulos**, los daños derivados de la aplicación de aquellos son antijurídicos y la responsabilidad estatal deberá juzgarse conforme a los parámetros de la **irregularidad** (art. 3° LRE). La normativa infraconstitucional, sea legal o reglamentaria, está sometida a la Constitución Nacional; por lo que si la violenta, incurre en una conducta antijurídica que trae consigo la obligación de indemnizar.

La declaración de nulidad o de inconstitucionalidad es la fuente que origina la responsabilidad patrimonial (art. 8° LRE) por lo cual aquella deberá obtenerse previamente como condición *sine qua non*, ya sea en un proceso impugnatorio anterior o bien en el mismo marco del juicio resarcitorio, como pretensión principal. Se trata de una estrategia procesal que queda librada al criterio del litigante y sobre la cual nos explayaremos al analizar la acción de responsabilidad en el capítulo 21 del bloque 5 de esta obra. Lo relevante es que una vez declarada la antijuridicidad del acto normativo, la cuestión referida al factor de atribución, la imputabilidad y el nexo causal ya habrá quedado saldada por lo que solo quedará por acreditar la certeza y cuantía de los daños.

Ha habido situaciones en las que la declaración de inconstitucionalidad de normas generales, aun cuando no fue seguida de la imputación de responsabilidad estatal normativa, efectivamente derivó en la obligación del Estado de abonar sumas de dinero con sus correspondientes intereses a quienes se vieron sujetos a la aplicación de aquellas. Se trata de la casuística vinculada con la práctica del revalúo inmobiliario y el descuento en los haberes de los empleados y jubilados públicos por razones de emergencia.

En relación con el revalúo, en el precedente “**BERNASCONI**” la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las normas dictadas por la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que dispusieron un revalúo retroactivo de los inmuebles porteños, por encontrarlas contrarias al derecho de propiedad ya que desconocían los efectos cancelatorios de los pagos efectuados por los contribuyentes con anterioridad. En innumerables acciones de repetición o meramente declarativas que interpusieron quienes se vieron obligados a abonar este revalúo, se ordenó la devolución de dichas sumas con sus intereses. Aunque en esas causas no se declaró la responsabilidad estatal (justamente porque las vías procesales empleadas por los contribuyentes no fueron las de daños y perjuicios) sin dudas este supuesto puede asimilarse a uno de responsabilidad del Estado legislador.

Algo semejante ocurrió a partir de la causa “TOBAR” con las normas de emergencia que dispusieron un descuento del 13% de los haberes de empleados y jubilados estatales, ya que luego de que la Corte Suprema las declaró inconstitucionales, el Estado tuvo que reintegrar las sumas que le había retenido a sus agentes activos y pasivos.

Por otra parte, cuando los actos normativos, aun siendo **constitucionales o regulares**, son idóneos para causar un **sacrificio especial en quien fue alcanzado por la aplicación de aquellos**, los daños deben reclamarse en el marco de una acción fundada en la responsabilidad **lícita del Estado** (art. 4° LRE) cuyos alcances indemnizatorios estarán regulados por el art. 5° LRE.

El elemento clave, y justamente el de difícil configuración (pues los actos normativos se caracterizan por producir efectos generales y por su aptitud de imponerse a todos) es *la existencia de un perjuicio particularizado, especial o diferenciado*, mayor al que puede recaer sobre el resto de la población que queda abarcada por la misma norma.

En otras palabras, lo que debe probarse es que la ley o el reglamento regular ha afectado a quien demanda de un modo específico, más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales. Frente a la juridicidad de la normativa, es menester que la lesión invocada sea distinta a los perjuicios que toda la comunidad debe compartir en caso de que se sancionen normas generales restrictivas de derechos (como fue, por ejemplo, la normativa de emergencia dictada durante la crisis económica del año 2001 que dispuso el corralito financiero y la pesificación).

En casi ochenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad estatal, y considerando conjuntamente las dos posibles fuentes de la responsabilidad del Estado legislador, **solo se registran una decena de casos en los que aquella ha sido declarada**. Al igual que en otros países, como en Francia, en donde ha sido tratada como “un producto de lujo” (MORAND-DEVILLER, 2017, 778) la responsabilidad del Estado legislador es sin lugar a dudas, la menos frecuente.

Aunque la ley inconstitucional es un acto ilegítimo y si daña, puede generar derecho a indemnización, en los anales de la jurisprudencia del Máximo Tribunal la responsabilidad estatal por actividad normativa se presenta como una tipología de difícil configuración, y máxime cuando involucra una legislación de emergencia (LORENZETTI, 2003).

Ello acontece no solo por las amplísimas potestades con las que cuenta el legislador según la Constitución Nacional para regular en innumerables materias, sino también porque lo característico de las disposiciones legislativas es su carácter eminentemente general, por lo que, de admitirse ampliamente la configuración de la responsabilidad del Estado legislador –máxime en el campo lícito–, grandes sectores de la colectividad podrían llegar a considerarse perjudicados de una u otra forma.

Y si así fuera, es decir, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general, sería prácticamente imposible gobernar (“**FRIAR**”); e indirectamente se llegaría a un efecto contraproducente: el de la cristalización del ordenamiento jurídico ante el riesgo de tener que atender incesantes demandas compensatorias de los posibles afectados (ALONSO GARCÍA, 2002).

4. Los casos paradigmáticos

Como adelantamos, son contados los casos en los que se ha declarado expresamente, en el contexto de una acción resarcitoria, la responsabilidad del Estado legislador.

Mucho más frecuente es que en el marco de otras causas (acciones de amparo, meramente declarativas, etc.), y por vía indirecta, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma de alcance general, se ordene al Estado la devolución de una suma de dinero ilegítimamente retenida o el pago de una suma en concepto de indemnización. Esto ocurrió en los ya recordados casos del *revalúo inmobiliario* (“**BERNASCONI**”) y también frente a diversos reglamentos que dispusieron el recorte del 13% del sueldo de los empleados y jubilados del Estado (“**TOBAR**”).

Hecha esta aclaración, recordemos ahora algunos de los precedentes en los que jurisprudencialmente se acogió o rechazó la pretensión indemnizatoria fundada en la actividad normativa del Estado, tanto de fuente ilegítima como lícita.

4.1. Demandas acogidas

- a) Responsabilidad estatal por actividad legislativa ilegítima
 - En una antigua sentencia de 1937, “**CAHIZA**”, la Corte Suprema hizo lugar a una indemnización reclamada por unos productores vitivinícolas que se vieron perjudicados por un decreto reglamentario de la ley 4363, que consideraba vinos *genuinos* a “los obtenidos de la fermentación de la uva fresca o simplemente estacionada”. El decreto en cuestión establecía que no se consideraría vino genuino el elaborado “fuera de la zona donde se hubiera producido la uva utilizada”. La Corte declaró inconstitucional el decreto por haberse excedido en la facultad reglamentaria y ordenó indemnizar a los actores por haberles prohibido usar la uva adquirida con anterioridad.
 - También se acogió la demanda resarcitoria en “**ACUÑA HNOS. Y CIA SRL**” en donde se cuestionaba un decreto por el que se declaró

de utilidad pública y sujeto a expropiación todo el ganado vacuno existente en la provincia de Santiago del Estero. La Corte entendió que la ley violaba el principio constitucional de la libre circulación de los bienes en el territorio de la república y le impuso a la provincia la indemnización de los daños producidos al reclamante.

- Lo mismo ocurrió en “**GARBARINI DE CIMA CORINA**”, donde se declaró inconstitucional una ley de la provincia de Corrientes, que había modificado la condición impuesta en una donación de un terreno que previamente había sido expropiado.

b) Responsabilidad estatal por actividad legislativa legítima

En este segmento, las sentencias estimatorias se dictaron en las causas “CANTÓN”, “WINKLER”, “ZONAS FRANCAS SANTA CRUZ” y “MALMA TRADING”.

- En “CANTÓN”, donde se cuestionaba un decreto que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, se configuró el sacrificio especial que la responsabilidad estatal lícita necesita como título de imputación, puesto que el requirente se había visto impedido de cumplir un contrato de crédito documentado que ya había sido pagado con anterioridad a que se dictaran estas normas generales. Este caso también es representativo de cómo a través del *iura novit curia* una acción que fue intentada bajo el andamiaje de la responsabilidad estatal por actuación irregular es decidida sobre la base de las premisas de la actuación regular del Estado, tema del que nos ocupamos en el capítulo referido a la responsabilidad estatal lícita y al que nos remitimos.
- En “WINKLER” –donde como consecuencia de diversos actos legislativos el actor no pudo hacer efectiva la desocupación de un inmueble de su propiedad que había sido ordenada por sentencia firme en un juicio de reivindicación– también se presentó el recaudo de especialidad, pues el cumplimiento de tales normas, aunque fueron consideradas razonables por la Corte Suprema, llevó a desconocer la garantía de la propiedad del requirente.
- En “ZONAS FRANCAS SANTA CRUZ” la Corte Suprema confirmó una sentencia que había declarado la responsabilidad del Estado por un decreto que alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras tenidas en cuenta por la parte actora al momento de presentarse en la licitación de la zona franca. Aunque la normativa general se avala en su constitucionalidad, se tiene por acreditado el perjuicio singularizado.
- Finalmente, también se admitió la demanda en “MALMA TRADING”, en el que una empresa importadora de motocicletas

alegaba haber experimentado un perjuicio particularizado a raíz del dictado de normas generales destinadas a proteger la industria nacional, que le hicieron perder el anticipo que había pagado en un negocio destinado a importar una cantidad determinada de motocicletas usadas. La Corte tuvo por probada la singularidad del perjuicio porque entendió que la situación de la empresa escapaba a lo que podían considerarse “consecuencias normales” de la actividad normativa lícita desplegada por el Estado.

4.2. Demandas rechazadas

La desestimación de demandas de daños fundadas en la responsabilidad del Estado legislador ha sido muy frecuente.

- Una familia de precedentes es la vinculada con la normativa dictada por el Banco Central de la República Argentina como ente rector de la política monetaria y crediticia: se trata de “CAMBIOS TELETOUR SA”; “COLUMBIA”, “BUENOS AIRES EXIMPORT SA” y “REVESTTEK”, todos los cuales fueron rechazados por no haberse probado que el daño sufrido fuera singular y especial.
- Otro grupo de sentencias desestimatorias se vincula con disposiciones que regulaban el mercado azucarero y obligaban a exportar (“LEDESMA”) y con normas que fijaron alcúotas impositivas que encarecían la prestación comprometida por el peticionante (“ESTABLECIMIENTOS GRATRY”).
- Los rechazos más recientes son los vinculados con la **legislación de emergencia** que instauró el corralito financiero y dispuso el congelamiento de depósitos y la pesificación asimétrica, que al haber sido declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia en “MASSA”, dio por tierra con innumerables reclamos resarcitorios consecuentes que se iniciaron en el fuero Contencioso Administrativo Federal (entre miles de casos semejantes, ver “GAMBACURTA”), más allá de alguna salvedad muy particular (“RODRIGUEZ KARINA”).

5. Leyes que contemplan y que niegan el derecho a acceder a una indemnización por responsabilidad estatal legislativa

Tradicionalmente la cuestión referida a la responsabilidad estatal por actividad normativa fue considerada partiendo de la premisa de que esta solo podía tener

cabida si las leyes que afectaban de algún modo derechos adquiridos reconocían *expresamente* el derecho a una indemnización a los afectados (BULLRICH, 1920, REIRIZ, 1969).

Ya hemos considerado que esta visión estrecha de la responsabilidad del Estado legislador ha quedado totalmente superada, por lo cual actualmente resulta en verdad indiferente que por vía legal o reglamentaria se haya previsto o no el pago de compensaciones. En cualquier caso, tanto frente a la ley o al reglamento inconstitucional o inválido como a los que siendo regulares causan sacrificios especiales, hoy se admite sin fisuras la posibilidad de reclamar judicialmente un resarcimiento, con independencia de las dificultades que hemos comentado más arriba en cuanto a la factibilidad de que aquel sea efectivamente reconocido luego de transitada la vía de la acción judicial.

Sin embargo, aún hoy sigue habiendo algunas situaciones especiales en las que no habría lugar a un resarcimiento.

Es el caso de las **leyes que prohíben conductas que preservan la seguridad, la salud y la moralidad de la población** (como por ejemplo las leyes que vedan el ejercicio de la prostitución o los juegos de azar, “DA ROSA FAUSTINO”), o **las que impiden el desarrollo de determinadas actividades industriales que son contaminantes** (“SALADERISTAS PODESTA”). Marienhoff explicaba que la índole nociva de la actividad desarrollada era la que excluía la posibilidad del surgimiento de la responsabilidad del Estado legislador (MARIENHOFF, 1983). Tampoco hay derecho a indemnización cuando las normas generales disponen sobre bienes que carecen de amparo jurídico, como sería el decomiso de medicamentos vencidos, los alimentos en mal estado o las armas o elementos empleados para cometer delitos (BOTASSI, 2017).

Como contrapartida, hay otros supuestos, no muy frecuentes en verdad, en los que **las leyes efectivamente contemplan algún resarcimiento frente al nuevo régimen jurídico que instauran o las disposiciones que adoptan**. Por ejemplo, el art. 24 de la ley 3959 sobre policía sanitaria animal reconoce el derecho a exigir una indemnización en dinero a los propietarios de animales, objetos y construcciones que sean destruidos como medida de policía sanitaria. Las leyes que establecen servidumbres administrativas reconocen el derecho a la reparación de los daños que provocan: la ley 19552 en materia de *servidumbre de electroducto* reconoce una indemnización al propietario del terreno sobre el cual recae la servidumbre (art. 9), al igual que la ley 25743 de *patrimonio arqueológico y paleontológico*, que contempla la posibilidad de constituir servidumbres perpetuas sobre los terrenos en los cuales se encuentren vestigios arqueológicos o restos paleontológicos, con el pago de una indemnización a los propietarios de los terrenos.

¿Y qué ocurre si normas generales regulares prohíben hacia el futuro realizar industrias o actividades que en nada afectan a la salud o moral pública? ¿Las personas que venían realizándolas y se han visto privadas de su

actividad lícita tienen derecho a ser resarcidas por responsabilidad del Estado legislador?

Qué sucede, por ejemplo, si una nueva normativa urbanística o ambiental impide en lo sucesivo explotar playas de estacionamiento y garajes en zonas de una ciudad que fueron peatonalizadas; o si prohíbe en un determinado barrio la instalación de *food trucks* y ordena la remoción de los existentes; o si, como ya ocurrió, mediante la sanción de una ley especial se monopoliza o se declara servicio público una actividad que hasta entonces estaba siendo prestada por particulares, la reforma constitucional de 1949 declaró la nacionalización de la prestación de los servicios públicos, y particularmente, de los ferrocarriles que venían siendo gestionados por empresas privadas.

CASSAGNE sostiene que los particulares que contaban con un derecho adquirido a desarrollar estas actividades lícitas **sí tendrían derecho a ser indemnizados en el marco de la actividad regular** del Estado, pues al introducir estos cambios en el derecho objetivo en ejercicio de potestades perfectamente constitucionales, el legislador priva a los particulares de un derecho ya conferido que integra el patrimonio de aquellos y que está amparado por el art. 17 CN (CASSAGNE, 2005).

Compartimos el criterio porque en este supuesto la norma general –aun siendo regular y acorde a los intereses generales– afecta contratos celebrados a la luz de la normativa anterior o impide realizar actividades lícitas que estaban autorizadas y que es dable suponer, generaron inversiones y todo tipo de erogaciones en los afectados. El hecho de que eventualmente puedan ser varios los alcanzados por la medida restrictiva (todos los dueños de *food trucks* o todas las empresas de garaje) no implica que el daño deje de ser especial porque sigue estando individualizado en relación con una persona o grupo de personas (“MALMA TRADING”, “ZONAS FRANCCAS SANTA CRUZ”). Obviamente hay que probar el daño sufrido pues en este caso, como en cualquier otro, no alcanza su mera invocación. Para que la demanda prospere los daños no pueden presumirse o conjeturarse sino que debe acreditarse concretamente el perjuicio sufrido por el acto normativo constitucional.

6. La responsabilidad estatal tarifada

Los sistemas *tasados* de responsabilidad estatal (también llamados en doctrina **responsabilidad tarifada del Estado**) **no constituyen supuestos de responsabilidad del Estado legislador**.

Se trata de leyes específicas en las que el Estado reconoce su responsabilidad en determinados hechos dañosos e instrumenta un sistema de reparaciones

dinerarias a fin de indemnizar estos daños. No se trata de casos de responsabilidad normativa porque las leyes que contemplan estas reparaciones no son la fuente del daño sino solo el canal de vehiculización de su reparación. La lesión surge de otras acciones u omisiones previas, pero el Estado responsable, por diversas razones, dispone reconocer e indemnizar los daños así causados por una norma diferenciada y sin necesidad de recorrer la vía judicial.

En efecto, si bien en condiciones normales el resarcimiento se obtiene mediante la correspondiente acción resarcitoria judicial, el Congreso de la Nación, al sancionar este tipo de leyes reparatorias, reconoce la responsabilidad estatal por los daños ocasionados y fija los parámetros del resarcimiento (VINCENTI, 2008) lo que por lo general le facilita a las víctimas el acceso a una indemnización y agiliza su cobro.

En los últimos años la responsabilidad tarifada del Estado tomó protagonismo puesto que en el orden nacional se sancionaron diversas leyes tendientes a canalizar la asunción estatal de responsabilidad en el campo de las violaciones de los derechos humanos. De esta naturaleza son las leyes que establecen reparaciones en favor de las víctimas del terrorismo de Estado (leyes 24043, 24411 y 25914); del atentado a la AMIA (ley 27139) y de la explosión de la Fábrica Militar Río Tercero (ley 27179). En el ámbito local encontramos la ley 1575 de la Ciudad de Buenos Aires, que rige el reconocimiento de daños materiales causados por inundaciones y la ley 12183 de la Provincia de Santa Fe, por la que se instituyó un régimen de reparación excepcional destinado a atender los menoscabos padecidos por los habitantes de zonas inundadas como consecuencia del desborde del río Salado durante 2003.

Desarrollaremos otros aspectos de este tema en el capítulo 22 del bloque 5.

7. Responsabilidad estatal por actividad legislativa de emergencia

Las medidas de emergencia, en particular las adoptadas en contextos de crisis económicas (v.gr. el Plan Bonex durante la hiperinflación de los años 1989/1990; el “corralito” y la devaluación de la crisis de 2001, el cepo cambiario, etc.) han sido en distintas etapas de la historia institucional argentina una intensa fuente de restricciones de derechos de los particulares.

Desde las primeras leyes de principios del siglo XX que intervinieron en el mercado de las locaciones urbanas prorrogando los alquileres (“AVICO C/ DE LA PESA”; “ERCOLANO C/LANTERI DE RENSHAW”, “MANGO C/ TRABA”), a través de normativa de emergencia, particularmente motivada en crisis económicas, se han adoptado las medidas más disímiles.

Las normas basadas en la emergencia permitieron: conferir poderes de policía especiales al Estado, suspender regímenes de promoción industrial, reformar la Carta Orgánica del Banco Central, fijar un régimen presupuestario de emergencia. Modificar el régimen de empleo en la Administración pública, modificar los sueldos de los empleados, prorrogar las deudas del Estado nacional, suspender los juicios contra el Estado, reprogramar deudas de organismos de todo tipo, sustituir la moneda provincial por bonos, congelar plazos fijos, imponer un “ahorro obligatorio”, delegar facultades del Congreso en el Ejecutivo. Esta emergencia además abarcó el Estado nacional, los Estados provinciales, organismos descentralizados, y sectores económicos diferentes como la industria automotriz, el autotransporte de pasajeros y otros. Hubo también una emergencia “administrativa”, “social”, “agropecuaria”, “energética”, etcétera. (LORENZETTI, 2003, 12).

Todas ellas han impuesto restricciones al derecho de propiedad, de contratar y de comerciar.

En una línea jurisprudencial prácticamente sin oscilaciones, (que se inicia en “ERCOLANO”, atraviesa en los años 90 de la década pasada la causa “PERALTA” y concluye en la primera década de este siglo en “MASSA”), la Corte Suprema de Justicia ha convalidado, cumplidos algunos recaudos, la adopción de medidas de emergencia, sosteniendo que, aunque la emergencia no autoriza el ejercicio por el Gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que la originaron.

Como enseñaba el profesor Bidart Campos, los requisitos de validez de las legislaciones de emergencia implican que exista:

- a) una *real* situación de emergencia constatada o declarada por el Congreso;
- b) un *fin de interés social y público*;
- c) transitoriedad en las medidas adoptadas;
- d) *razonabilidad* en medio empleado, es decir, proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia (BIDART CAMPOS, 2005).

Una vez avalada la constitucionalidad de la legislación de emergencia, **no será posible predicar la responsabilidad del Estado legislador en el campo de la ilicitud**, pero eventualmente aquella podría tener lugar en el terreno de la responsabilidad **lícita** del Estado, **de acreditarse la configuración de un sacrificio especial causado por dicha normativa**.

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política, el Estado tiene el deber de asegurar la defensa de la comunidad y

restablecer la normalidad y la paz social. Como la emergencia declarada por el órgano competente legitima la adopción de medidas excepcionales, solo serán indemnizables las situaciones particulares que excedan lo normalmente tolerable. Sería un contrasentido que toda la población (que directa o indirectamente resulta impactada por las medidas de emergencia) tenga derecho a ser compensada; la sólo perspectiva de miles de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios abortaría la adopción de medidas que la situación de crisis exige adoptar.

Sin embargo, siempre pueden presentarse situaciones especiales y particulares que justifiquen la procedencia del resarcimiento en el contexto de la responsabilidad lícita del Estado.

En esa dirección, el *corralito financiero* desató una ola de reclamos ante el fuero federal no solo para recuperar los depósitos bancarios sino también para hacer responsable al Estado Nacional por los daños causados por las medidas de emergencia.

Si bien la mayor parte de estas demandas fueron rechazadas (por dar solo un ejemplo podemos mencionar el fallo “GAMBACURTA”), en algún caso se accedió a un resarcimiento al tenerse por acreditada la existencia de un sacrificio especial. En efecto, en los autos “RODRÍGUEZ KARINA”, se acordó un resarcimiento del daño moral en el marco de la responsabilidad lícita del Estado, valorando las particulares condiciones de la ahorrista ya que era portadora del virus HIV y único sostén de su hija menor.

Las diversas medidas adoptadas en el contexto de la pandemia del coronavirus, son otro ejemplo de legislación de emergencia, que, por principio general y salvo casos excepcionales, no dan derecho a la indemnización de los daños y restricciones que pudieran causar.

8. Responsabilidad estatal por legislación urbanística

Como todos los derechos, el de dominio no es absoluto. No solo el Código Civil y Comercial rige sus características y las condiciones bajo las cuales se ejerce (cónf. art. 1941 y ss. CCyC), sino que también las normas administrativas lo regulan estableciéndole restricciones de diversa intensidad (desde meras limitaciones de tipo general, la eventual sujeción a una servidumbre pública, la ocupación temporánea o inclusive la expropiación) con el propósito de que el derecho individual armonice con los intereses colectivos (USLENGHI, 2008).

El CCyC reconoce la potestad del derecho administrativo en materia de limitaciones a la propiedad privada por razones de interés general, como ya lo hacía el art. 2611 del Código Civil derogado.

En efecto, en su art. 1970, “Normas Administrativas”, el CCyC dispone:

las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Además, en la definición de dominio perfecto del art. 1941 el código de fondo contempla que “el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, **dentro de los límites previstos por la ley**”.

Por su parte, el *derecho a edificar*, que deriva del derecho de dominio sobre un bien inmueble, también está predeterminado en su contenido por lo que disponen las normas urbanísticas de cada lugar, que son las que establecen los concretos destinos que posee el suelo y los usos que se les puede dar. En este sentido, cuando un particular pretende realizar una obra de construcción sobre un inmueble de su propiedad (edificación, ampliación, refacción, etc.) debe ajustar su proyecto constructivo a las normas urbanísticas locales que rigen esa actividad (Códigos de Planeamiento Urbano –“CPU”–, Códigos de Edificación, Ordenanzas, Reglamentos de Construcción, etc.).

El Derecho Urbanístico se presenta así como un segmento del derecho público administrativo que se ocupa del diseño territorial de un espacio geográfico determinado.

A los fines de su ocupación y uso, el territorio de un Estado está catastralmente dividido en espacios de dominio privado y de dominio estatal. Los códigos locales de planeamiento u ordenamiento territorial regulan y materializan la facultad estatal sobre el territorio, ya que determinan la destinación, usos, edificabilidad, cargas públicas, ambientales y patrimoniales de los dominios público y privados. En suma, el derecho urbanístico, como rama del derecho público, regula lo que se puede y no se puede hacer en materia del uso del suelo por parte de los particulares en un medio urbano (USLENGHI, 2008) y ello obviamente tiene incidencia directa en la rentabilidad de cada lote (PETRELLI, 2017).

Esta facultad del Estado de limitar y regular la propiedad privada, a través del dictado de normas específicas, persigue finalidades muy diversas, puesto que puede estar dirigida a preservar construcciones antiguas, a garantizar espacios abiertos con plazas y parques, a establecer alturas máximas de edificación, a imponer una morfología constructiva determinada, a fomentar áreas comerciales y/o residenciales, entre otras.

Lógicamente, las previsiones en materia urbanística pueden entrar en colisión con el derecho de propiedad de los particulares, quienes aunque obviamente tienen la facultad de disponer de sus bienes a voluntad, deben ajustarse a las limitaciones que surgen de aquel bloque normativo a los fines de edificar, reformar o darle un uso determinado a sus predios.

Aquí se halla, entonces, el punto de encuentro entre el derecho urbanístico y la responsabilidad del Estado.

Y el punto de partida, como principio general, es la no indemnizabilidad de las restricciones impuestas por las normas urbanísticas. Así lo dispone el derecho de fondo (art. 1971 CCyC), la gran parte de las normas urbanísticas locales, como por ejemplo el CPU de la Ciudad de Buenos Aires, que establece en su punto 1.2.2.5. que “las restricciones y límites impuestos al dominio por este Código no generan indemnización por daños” y también lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia en el precedente “JUILLIERAT”.

Ahora bien, ¿en ningún caso las restricciones administrativas al dominio comprometen la responsabilidad estadual?

Compartimos el criterio de Uslenghi cuando afirma que, como cualquier reglamentación, las normas urbanísticas no pueden desnaturalizar el derecho que regulan (USLENGHI, 2008). Estas restricciones, aún las establecidas en interés general no pueden afectar el derecho de propiedad hasta el punto de desnaturalizarlo. Si restringen intensamente tal derecho –por ejemplo si prohibieran con carácter absoluto construir en un predio urbano– podrían llegar a desintegrarlo, afectando la garantía de la propiedad.

Pero si la restricción dominial establecida por el derecho urbanístico, más allá de provocar estos efectos antijurídicos, se justifica desde un punto de vista constitucional porque resulta necesaria para atender el interés público, se dará un típico supuesto de responsabilidad estatal derivada de una actividad normativa legítima, y como tal, será *prima facie* compensable.

Problemas con la línea de edificación

Es característico que las normas urbanísticas fijen la Línea Municipal (aquella que separa el dominio público –calle y vereda– del privado –terreno–) y la Línea de Edificación (aquella que establece la distancia que debe existir entre las construcciones que se levantan con frente a la vía pública y esta). Puede suceder que la Línea Municipal coincida con la de Edificación o bien que no coincida y que esta esté desplazada hacia el interior del terreno.

Así, imaginemos que dichas líneas coinciden respecto de una manzana en la que se encuentran dos terrenos (“A” y “B”). El primero se halla baldío, mientras que el segundo se ha construido al límite de la Línea de Edificación. Cinco años más tarde, se reforma el respectivo Código de Edificación y, en lo que concierne a dicha manzana, queda desplazada la Línea de Edificación hacia su interior, dejando una distancia respecto de la Línea Municipal de 3 metros.

Frente a este nuevo escenario normativo, el propietario del terreno “B” podría eventualmente ser compelido por la Administración a demoler la fracción de su construcción que, aunque fue construida bajo un régimen legal anterior, a la luz de la nueva normativa, excede la LE.

Evidentemente esta nueva disposición urbanística crea en este propietario singular un sacrificio especial, ya que sería injusto que soporte los daños que ello le irroge sobre su derecho de propiedad a raíz del cambio normativo. En consecuencia, cuando a raíz de este cambio normativo de orden urbanístico se lesiona el derecho de propiedad, al disminuir el derecho a edificar en un **terreno ya construido**, resulta procedente una indemnización por el daño producido por la reducción del valor venal del bien en el marco de la responsabilidad lícita del Estado.

Distinto sería el caso de que el propietario del terreno “A” luego de la entrada en vigencia de la nueva normativa que desplaza hacia el interior la LE pretenda edificar y alegue un daño por no poder hacerlo ya más sobre dicha fracción, cuando anteriormente sí podía.

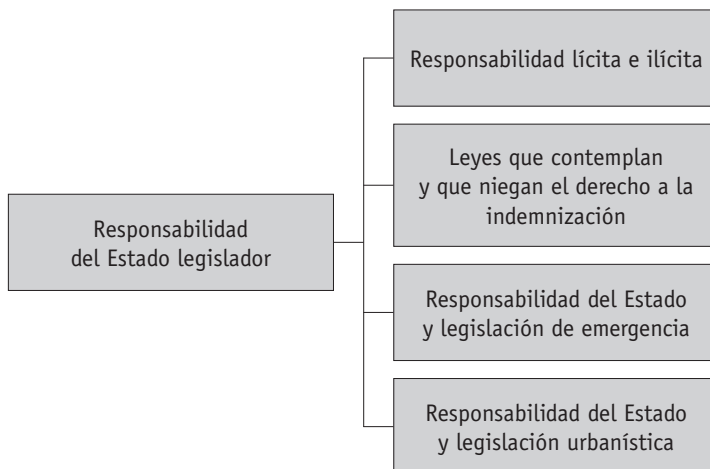
En este supuesto, se ha entendido que en tanto tales restricciones administrativas no afecten la actual construcción de los terrenos involucrados y les impongan una obligación de hacer (demoler o remodelar), sino que rijan hacia el futuro, son naturales y lógicas consecuencias derivadas del poder de policía edilicio y, por lo tanto, no dan lugar a resarcimiento alguno. Se trataría de indemnizar meras expectativas pero no daños ciertos.

Lo mismo ocurriría si por la nueva ley se redujera la superficie construable admitida, por ejemplo, al cambiarse el FOT (factor de ocupación del terreno) de un predio urbano.

Si un constructor que ya había empezado su proyecto de edificación de 10 pisos es alcanzado por la nueva norma (que solo lo autoriza a construir 6), este no tiene el deber de soportar los daños que le causó la pérdida de metraje, siempre y cuando pruebe haber vendido las unidades funcionales que se habrían construido en los pisos superiores y que ya no pueden construirse.

En cambio, quien compró un predio para construir un edificio pero no lo inició o quien pretende vender un terreno cuyo FOT disminuyó a raíz de las modificaciones de las normas urbanísticas, no puede alegar la pérdida de un derecho adquirido. En tales casos, los beneficios esperados de la venta de un mayor número de unidades funcionales, o de un precio más alto por la capacidad constructiva del inmueble que se restringió, son factores totalmente conjeturales (“ELCARAS”).

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., "Responsabilidad del Estado y principios constitucionales", La Ley 2015-E, p. 605-621.
- ABERASTURY, PEDRO, "Responsabilidad del Estado por actividad normativa", en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 123-131.
- ALONSO GARCÍA, CONSUELO, "La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales", *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 157, 2002, p. 215-240.
- BALBÍN, CARLOS F., "Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo", 1ª ed., Astrea, 2016.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BIANCHI, ALBERTO, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- BOTASSI, CARLOS A., "Limitaciones administrativas a la propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial", en SCHEIBLER, GUILLERMO (COORD.), *Cuestiones de Derecho Urbano*, 1ª ed., Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 33-72.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*,

- 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- BULLRICH, RODOLFO, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Jesús Méndez, 1920.
- CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado: Sistematización y síntesis jurisprudencial*, 1ª edición, RAP, 2007.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CASSAGNE JUAN C., “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencias de servicios públicos”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-I, p. 1217-1235.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- COBREROS MENDAZONA, EDORTA, “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *Revista de Administración Pública*, N° 200, 2016, p 315-339.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- GAMERO CASADO, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LORENZETTI, LUIS R., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, *La Ley* 2003-C, p. 1184-1198.
- MAIRAL, HÉCTOR A., “Responsabilidad del estado por su actividad lícita”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 141-149.

- MARIENHOFF, MIGUEL S., “La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, *La Ley* 1983-B, p. 910-917.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- OREIRO ROMAR, JOSÉ Á., *La responsabilidad patrimonial urbanística en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PETRELLI, HERNÁN, “Introduciéndonos en el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (COORD.), *Cuestiones de Derecho Urbano*, 1ª ed., Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 9-30.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Responsabilidad del Estado por daños causados por leyes declaradas inconstitucionales. El caso de la ley de riesgos del trabajo”, *La Ley* 2000-D, p. 1235-1248.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RUIZ LÓPEZ, MIGUEL A., “La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador y del Estado-Juez en el Derecho Español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, N° 3, diciembre 2012. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=63547&print=2>.
- SIMEONOFF, JORGE G., “Responsabilidad del Estado por establecimiento o modificación de las líneas municipales y de edificación”, *La Ley* 1992-D, p. 1245-1248.
- USLENGHI, ALEJANDRO J., “El equilibrio entre las cargas y los beneficios de la planificación urbanística”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 2, 2008, p. 63-72.
- VINCENTI, ROGELIO, “Responsabilidad tarifada del Estado”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 593-612.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Acuña Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Prov. de Santiago del Estero” (Fallos: 252:39).
- CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.” (Fallos: 172:21)
- CSJN, “Buenos Aires Eximport SA c. Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ordinario” (Fallos: 316:397).
- CSJN, “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 321:2933).
- CSJN, “Cahiza c. Gobierno Nacional” (Fallos: 177:237).
- CSJN, “Cambios Teletour SA. c/ Banco Central” (Fallos: 310:203)
- CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Nación” (Fallos: 301:403).
- CSJN, “Cima, Corina Gabardini de y otro c. Provincia de Corrientes s/retrocesión” (Fallos 297:163).
- CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).
- CSJN, “Da Rosa, Faustino c/ Prov. de Tucumán. Reyes, Juan Carlos y Benito v. Prov. de Tucumán” (Fallos: 168:83).
- CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta” (Fallos: 136:161).
- CSJN, “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/ Nación” (Fallos: 180:107).
- CSJN, “Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).
- CSJN, “Friar, S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca - SENASA s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:3966).
- CSJN, “Juillerat, Milton Enrique c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 308:2626).
- CSJN, “Ledesma SA. Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M°. de Economía) s/ nulidad de resolución” (Fallos: 312:2022).
- CSJN, “Los Saladeristas Podestá” (Fallos: 170:273).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN, “Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto” (Fallos: 144:219).
- CSJN, “Massa Juan Agustín c/ PEN-Dto. 1570/01 y otro s/amparo” (Fallos: 329:5913).
- CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo” (Fallos: 313:1513).
- CSJN, “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos: 318:1531).
- CSJN, “Spurr, Carlos c/ Nación” (Fallos: 182:146).

CSJN, “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Contaduría General del Ejército s/ amparo Ley 16986” (Fallos: 325:2059).

CSJN, “Winkler, Juan León c/ Nación Argentina” (Fallos: 305:1045).

CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ EN -PEN- Dto 1583/96 s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:1367).

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Elcarás, Alejandra María y otros c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto Resp. Médica) s/ recurso de apelación ordinario concedido”, sentencia del 20/12/2016.

CNACAF, Sala III, “Gambacurta, Miguel y otro c/ Estado Nacional”, sentencia del 12/10/2012.

CNACAF, Sala II, “Rodríguez Karina Lorena y otro c/ PEN Ley 25561 DTO 1570/01 214/02 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 06/03/2008.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, Sentencia Núm. 831/2018 del 22/05/2018.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Buenos Aires, Provincia de c/ Arturo Julio Sala s/ cobro de australes” (Fallos: 312:2481).

CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/ Nación” (Fallos: 301:403).

CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 319:2658).

CSJN, “Friar S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca - SENASA s/ daños y perjuicios” (Fallos 329:3966).

CSJN, “Juillerat, Miltón Enrique c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 308:2626).

CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).

CSJN, “Paloika, David Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1615).

CSJN, “Revestek c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos: 318:1531).

CSJN, “Winkler, Juan León c/ Nación Argentina” (Fallos: 305:1045).

CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ EN -PEN- Dto 1583/96 s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:1367).

CAPÍTULO 15

La responsabilidad estatal por actividad judicial

Leer este capítulo te llevará:
60 minutos aproximadamente

1. Presentación

¿Quién puede olvidar el calvario de Daniel Day Lewis para probar su inocencia en *En el nombre del padre* (Jim Sheridan, 1993) o la secuencia de falsedades en la que se enlazan policías, funcionarios y jueces en *El Rati horror show* (Enrique Piñeyro y Pablo Tesoriere, 2010)? ¿Y el *Yo Acuso* de Emile Zola, denunciando la injusticia de la condena a prisión perpetua del capitán francés Alfred Dreyfus, falsamente acusado de traición a la patria?

Aun siendo la más filmada y la más impactante emotivamente, la responsabilidad por error judicial o por actuación deficiente del servicio de justicia es la menos frecuente en la realidad cruda y dura del número de sentencias que ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestiones de responsabilidad del Estado.

Hasta hoy, la responsabilidad estatal por los daños causados por el Poder Judicial en el cumplimiento de su cometido constitucional de resolver controversias entre partes con imparcialidad e independencia sigue siendo el aspecto menos difundido del régimen general de la responsabilidad estatal.

¿Por qué ocurre esto? ¿La actividad judicial es genuinamente menos dañosa que las otras funciones estatales? ¿Por qué se trata de una responsabilidad de procedencia muy restrictiva? ¿Qué tensiones la problematizan y dificultan su surgimiento y desarrollo?

2. Tensiones y dificultades de la responsabilidad estatal por actividad judicial

Aunque la responsabilidad judicial comparte los mismos presupuestos que cualquier otro deber estatal de resarcir (daño, relación de causalidad, factor de

atribución e imputación material de la acción u omisión), la dinámica con la que se desenvuelve el deber estatal de impartir justicia y el doble, triple y hasta eventualmente cuádruple sistema de revisiones de la que puede ser objeto una sentencia, hace que aquella presente ciertas particularidades que deben considerarse como punto de partida para enfocar correctamente el tema. Veamos:

- a. ***El derecho no es una ciencia exacta.*** Una interpretación jurídica opinable plasmada en una sentencia no implica que en ella se haya cometido un error judicial. Las cuestiones jurídicas pueden ser abordadas desde distintas perspectivas que no necesariamente se excluyen, máxime cuando, además, todas las decisiones judiciales involucran un cierto grado de apreciación libre. La disparidad de criterios entre los jueces es un efecto derivado de la independencia judicial, que constituye una garantía básica del sistema. Por eso, si por ejemplo una persona es detenida, le dictan la prisión preventiva y luego la absuelven, no podrá responsabilizar al Estado por la privación de la libertad que ha sufrido durante el término de dicha detención a menos que demuestre que el auto de prisión preventiva haya sido notoriamente arbitrario e infundado. Si aquella era una posibilidad ***razonable*** frente a los elementos objetivos existentes que tenía a su consideración el juez interviniente y si pudo ser necesaria para llevar adelante la investigación, no hay daño resarcible (“ROSA”). Aunque más adelante veremos que algunos doctrinarios consideran viable responsabilizar al Estado en estos casos, la jurisprudencia predominante y la legislación actual en el orden nacional y local no lo admiten.
- b. ***La revocación de una sentencia de primera instancia por un tribunal de alzada un hecho habitual y normal en un proceso judicial.*** No implica que la primera decisión estuviera errada ni tampoco predica el error de la segunda. Por sí sola, no puede erigirse en motivo de reparación.
- c. ***Los roles que asume el juez en los distintos procesos no son aspectos de menor importancia.*** En un procedimiento penal prevalece el rol inquisitivo y la actuación oficiosa de los magistrados; en los procesos civiles, comerciales y voluntarios en sentido general, prima el principio dispositivo y entonces son las partes del pleito las principales promotoras de su devenir. Aunque el error judicial y el deficiente funcionamiento de la justicia pueda darse en cualquier tipo de proceso, la ponderación de la actuación judicial errada sin duda es distinta en un ámbito y en el otro.
- d. Quienes acuden al Poder Judicial a fin de resolver sus conflictos, como así también quienes son convocados a comparecer en juicio (como demandado, procesado, imputado, tercero, etc.) asumen que el resultado del pleito puede no serles favorable. Aceptan que lo decidido en la sentencia será definitivo e inmodificable y no podrá ser juzgado en ningún

otro proceso porque la ley le otorga a lo así resuelto el carácter de ***cosa juzgada***. La *cosa juzgada* significa la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia, cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla, o cuando dicho recurso, aunque hubiera existido, no haya sido ejercido a tiempo. Funciona como una presunción *iure et de iure* de verdad y exactitud de la decisión judicial y se sostiene en la necesidad de obtener certeza y seguridad jurídica. Todos los sistemas jurídicos defienden el valor de la cosa juzgada. Una sentencia que hace cosa juzgada, cualquiera haya sido su resultado, no es idónea, en principio, para constituirse en fuente de perjuicios resarcibles por el Estado.

- e. ***Los procesos judiciales toman cierto tiempo y durante su transcurso pueden darse situaciones procesales cambiantes.*** Las molestias, angustias e incomodidades que puedan llegar a sufrir las personas que son parte en un proceso judicial, que son investigadas o que resultan condenadas, no pueden constituirse en fuente del deber estatal de responder. Son cargas inherentes al funcionamiento mismo del sistema de justicia que, en tanto generales, pesan sobre todos los ciudadanos y salvo situaciones excepcionales, no son resarcibles por el Estado. El pago de las costas del juicio, las multas por el actuar temerario, la responsabilidad por medidas cautelares trabadas indebidamente son mecanismos que contemplan las leyes adjetivas para reparar las consecuencias dañosas que se ocasionan en el marco de un pleito.
- f. Existe una evidente ***tensión entre las facultades estatales para la investigación y la represión del delito y el derecho a la libertad de las personas.*** Igualmente evidente es que, para llegar a una decisión definitiva respecto a un conflicto judicial no penal, los contendientes pueden vivir durante su transcurso situaciones perjudiciales que luego, por la misma dinámica del proceso, pueden llegar a revertirse. Una mirada equilibrada del problema nos lleva a afirmar que aunque en un Estado de Derecho no puede exigirse a las personas que acepten sumisamente una actuación estatal desviada por el solo hecho de provenir del Poder Judicial, tampoco puede llegarse al extremo de asimilar la función judicial a la administrativa y derivar de allí que cualquier daño que se sufra en el contexto de la actuación judicial, en cualquier caso y aunque no medie ningún tipo de irregularidad, sea indemnizable, máxime en el ámbito no penal. ***Los procesos judiciales tienen una lógica diversa al procedimiento administrativo. La función judicial no persigue concretar el bien común sino resolver un conflicto entre dos partes o viabilizar la represión penal.***
- g. La responsabilidad judicial involucra el juzgamiento del funcionamiento del propio Poder Judicial, de las decisiones que adopta y del modo en que se desenvuelve. Cuando además de demandar al Estado, el afectado

demanda al juez que dictó la sentencia errada o que incurrió en retardo o deficiencia en el servicio de justicia, un juez necesariamente tendrá que merituar la actuación y el desempeño de otro magistrado que integra la misma institución y quien, como el primero, está sujeto a las mismas posibilidades de error. **La tentación de adoptar posturas corporativas está siempre presente.**

- h. Desde una perspectiva psicológica, la presión que para un magistrado implica juzgar el modo en que se ha desempeñado un colega es un aspecto que no puede soslayarse. ¿Puede el juez que tiene que valorar la conducta de un camarada escapar del fantasma de que en el futuro sea él mismo quien eventualmente resulte sometido a un proceso semejante?

Todas estas premisas, que nos permiten entender por qué razones la responsabilidad judicial es la menos frecuente, la última en haber sido declarada y la única que se desenvuelve exclusivamente en el campo de la ilicitud, **no conducen**, afortunadamente, **a la irresponsabilidad estatal por su actuación judicial**. La convicción de que los jueces son los custodios de la Constitución Nacional y los celosos guardianes de las libertades y derechos individuales frente a los posibles excesos del poder público (REIRIZ, 1969), no lleva a negar que las decisiones judiciales pueden causar –y en ciertas situaciones efectivamente causan– un daño injusto a las personas.

Cuando un cheque judicial es entregado a una persona que no es su beneficiario, que se queda así sin posibilidad de percibir la suma a la que tenía derecho; o cuando se libra una orden judicial de restricción de salida del país de una persona sobre la que no pesaba ningún impedimento legal para hacerlo; o cuando en el curso de un allanamiento se destruye una obra de arte o un objeto valioso; o se condena a prisión a una persona sobre la base de pruebas que a la postre se demuestra que son falsas; o cuando se absuelve a un procesado mediando cohecho o corrupción, no solo el juez o el funcionario interviniente incurre en una conducta irregular sino que el servicio de justicia, entendido como un todo, es el que ha funcionado deficientemente. Esta actuación irregular es generadora de daños y el Estado, en tanto a él pertenecen los órganos judiciales que han actuado en forma irregular, no puede quedar exento del deber de resarcirlos.

Al tramitar las causas, la organización judicial presta un servicio estatal y al igual que cualquier otro órgano del Estado puede incurrir en fallas, irregularidades, deficiencias o errores. Llegado el caso y verificados ciertos requisitos especiales, estas irregularidades pueden tener entidad suficiente como para causar daños. **Responsabilizar al Estado por ellos no implica destruir la autoridad de la justicia ni el valor de la cosa juzgada.**

Ocurre, sin embargo, que aunque el dogma de la inmunidad judicial se haya abandonado felizmente hace tiempo, las tensiones y particularidades de la función judicial hacen que en la práctica esta especie de responsabilidad estatal

tenga grandes dificultades para poder concretarse, de forma tal que a pesar de todos los avances, sigue siendo excepcional.

3. Concepto y caracterización

1. *¿Qué es?* La responsabilidad judicial es una subespecie de la responsabilidad estatal extracontractual que surge cuando los órganos que integran el Poder Judicial cometen daños en el desenvolvimiento de sus potestades constitucionales de resolver contiendas de una forma imparcial e independiente.
2. *¿Qué tipo de funciones del Estado incluye?* Como categoría conceptual solo *abarca la función judicial en sentido orgánico y material*, pero considerándola globalmente, como un todo, *cualquiera sea el agente, funcionario o magistrado que la lleve adelante y el fuero en el cual se desarrolle el proceso* (civil, comercial, laboral, penal, etc.). No incluye la responsabilidad que pudiera surgir por el ejercicio de la **función administrativa del Poder Judicial** (como serían los daños causados por un automóvil del Poder Judicial que colisiona con otro vehículo o por la arbitraria cesantía dispuesta de un empleado judicial) ni **tampoco la responsabilidad normativa de aquel** (como podría ser la que deriva de alguna *acordada* que como acto de alcance general dicta la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores provinciales). La responsabilidad que pudiera derivar del ejercicio de estas funciones, que en el orden nacional están a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de las facultades que le otorga la Constitución Nacional para dictar su reglamento interno y designar a todo su personal (conf. art. 113 CN) y, principalmente, del Consejo de la Magistratura de la Nación (conf. art. 114 CN) al que se le ha asignado la administración del Poder Judicial, quedan captadas por los factores de atribución y demás presupuestos de la responsabilidad extracontractual lícita o ilícita del Estado Nacional que ya hemos analizado en el bloque 2 y en los anteriores capítulos de este bloque. Tampoco queda comprendida aquí la responsabilidad que pudiera derivarse del irregular funcionamiento de órganos o entes administrativos que ejercen funciones de tipo cuasijurisdiccionales (tales como el ENRE, ENARGAS, etc.), las que se sujetan a los parámetros clásicos de la responsabilidad atribuible al ejercicio de la función administrativa. Incluso aunque tales órganos funcionen como verdaderos Tribunales Administrativos, con todas las garantías de imparcialidad e independencia que estableció la Corte Suprema en el

precedente “ÁNGEL ESTRADA”, sus decisiones siempre están sujetas al control judicial suficiente y, por ende, no son definitivas ni hacen cosa juzgada. En definitiva, a diferencia de la responsabilidad administrativa o normativa, que puede tener lugar con respecto a cualquiera de los tres poderes del Estado, la judicial es propia y exclusiva del Poder Judicial.

3. **¿Bajo qué forma puede presentarse?** La responsabilidad judicial se presenta en **dos variantes diferentes que tienen características particulares y factores de atribución específicos.**

Un primer grupo está conformado por el *error judicial*, que tiene lugar frente a una decisión judicial definitiva que presenta vicios graves que la tornan irregular, ya sea porque es contradictoria con los hechos de la causa o con el derecho aplicable, o porque fue dictada mediando prevaricato o corrupción. El caso “Dreyfus” y el de “Los cuatro de Guilford” que se retrata en el film *En el nombre del padre* contenían esta especie de responsabilidad.

La otra familia de situaciones se engloban en lo que se denomina genéricamente *funcionamiento irregular o anormal del servicio de justicia*, tal como sería, dentro de un enorme espectro de situaciones, entregar un cheque judicial por una indemnización por despido a quien no era su beneficiario (“LUSQUIÑOS”).

4. **¿Qué órganos la originan?** A los fines del eventual surgimiento de responsabilidad, la función judicial se considera globalmente, como un todo, cualquiera sea el agente, funcionario o magistrado que la lleve adelante. Por eso involucra no solo lo más evidente, como es el accionar de magistrados dictando sentencias definitivas, interlocutorias o autos simples, sino también la actuación de fiscales y defensores, secretarios y funcionarios judiciales, oficiales notificadores y de justicia y peritos que integran los cuerpos oficiales de auxilio a la justicia, como el Cuerpo Médico Forense. **Todos estos funcionarios judiciales son órganos del Estado** al pertenecer y desempeñarse en el Poder Judicial, le imputan su actuación y aquel responderá en forma directa por los daños que causan. Por el contrario, no responsabilizan al Estado, aunque tengan cierto protagonismo en los procesos judiciales, quienes en sentido estricto no son órganos judiciales, tales como los síndicos de las quiebras (“AMIANO”) o los peritos sorteados del listado que llevan los Consejos de la Magistratura.
5. **¿Quiénes pueden ser los damnificados por la actuación judicial?** Tanto **quien ha sido parte en un proceso como quienes no lo han sido pueden verse alcanzados por una actuación judicial deficiente.** Si bien lo más usual es que la responsabilidad se origine respecto de quienes han participado directamente en los procesos judiciales (como actor, demandado, tercero citado, procesado, condenado, etc.) también

pueden resultar dañados los que son ajenos a él, como el comprador de un inmueble en el marco de una subasta judicial que finalmente se frustra porque el dueño del bien estaba concursado y la medida no estaba inscrita por una negligencia del juzgado concursal.

6. **¿En qué campos se desarrolla la responsabilidad judicial?** En cualquiera de sus dos vertientes, la responsabilidad judicial se desenvuelve **exclusivamente en el campo ilícito**, pues tanto a nivel jurisprudencial como legal y mayoritariamente doctrinario, no se admite la posibilidad de que la responsabilidad judicial pueda ser lícita o regular.

¿Responsabilidad estatal por actividad judicial legítima?

En “BALDA”, “ROBLES”, “ARISNABARRETA”, “ANDRADA”, entre muchos otros precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido:

las sentencias y actos judiciales no pueden generar responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, en tanto estos son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento, de modo tal que los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver una contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.

En la misma línea de ideas, la LRE dispone que “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización” (conf. art. 5° *in fine*).

Esta postura, que comparte la doctrina mayoritaria, rechaza terminantemente la posibilidad de que la responsabilidad estatal por actividad judicial pueda tener cabida en el campo de la licitud.

Se razona así a partir de las diferencias que existen entre la actividad administrativa y legislativa, por un lado, y la judicial por otro, ya que la dinámica con la que se desenvuelve esta última nada parece tener que ver con actuar o legislar para satisfacer intereses generales. Se dice que pesa sobre todas las personas el deber de soportar las incomodidades y molestias que permitan asegurar la administración de justicia (voto Dr. Fayt en “ROMAN”) y, por eso, para que los daños que origine el servicio de justicia sean resarcibles, es necesario que este último se haya desenvuelto

de un modo irregular o que la sentencia dictada contenga un error que así sea declarado por otra sentencia posterior (“BALDA”).

La incertidumbre de estar sometido a un juicio de resultado incierto, el tener que cumplir una medida cautelar gravosa mientras se sustancia un recurso de apelación interpuesto en su contra o el hecho de sufrir la privación de la libertad personal mientras los hechos se investigan en un juicio penal son, desde este ángulo de reflexión del asunto, un costo “aceptable” del sistema que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad.

La tensión se presenta porque, aunque se acepte que todas las personas tienen el deber de soportar el costo del funcionamiento del aparato judicial y los efectos muchas veces restrictivos de decisiones judiciales que pueden llegar a revertirse por la dinámica misma de los procesos, para quien se ve privado de su libertad por una actuación lícita, el sacrificio puede resultar muy alto.

Es por ello que algunos autores consideran que la responsabilidad judicial también puede verificarse sin necesidad de acreditar la comisión de un comportamiento irregular o una sentencia errada (PÉREZ HUALDE, 2015; BOTASSI, 2001; TAWIL, 1993). En casos de prisiones preventivas que no son seguidas de condenas, Pérez Hualde propicia “el reconocimiento de los daños ocasionados en todos los casos en que haya sido ordenada, aun regularmente, contra una persona que luego no fue condenada en el proceso”. Agrega:

los razonamientos dirigidos a establecer la razonabilidad en el acto que ordenó la prisión preventiva y si la liberación del detenido se produce por absolución, sobreseimiento, beneficio de la duda, o error judicial demostrado luego por vía del Recurso de Revisión, en realidad solo tienden a determinar el grado de responsabilidad personal del juez y del sistema judicial, y si se ha incurrido o no, y en qué medida, en mal desempeño; pero no tiene nada que ver con los derechos conculcados del detenido (PÉREZ HUALDE, 2015, 108).

En esta línea de pensamiento, el maestro Bidart Campos ha entendido que el hecho de que la prisión preventiva fuera dictada con suficiente razonabilidad para imponerle al inculpado tal sacrificio inevitable, ameritaría indemnizar los padecimientos sufridos si el proceso finalizara con el sobreseimiento o absolución (BIDART CAMPOS, 2000).

Como se señaló, la LRE prevé expresamente que los daños derivados de la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (conf. art. 5°).

El tema es muy delicado. La libertad personal es un bien sagrado en el Estado de Derecho y si el poder público lo lesiona, este daño debe ser

compensado. Rechazar apriorística y dogmáticamente la posibilidad de configuración de un campo de la responsabilidad estatal por actividad judicial no se ajusta al *alterum non laedere* que hace a la sustancia del sistema resarcitorio. En el actual estadio de evolución de la responsabilidad estatal, lo más acertado no es cerrarse a dogmas repetitivos sino abrir espacios para el análisis de su procedencia conforme a las particulares circunstancias que presenta cada caso. En esa dirección, no deja de sorprender que la jurisprudencia predominante se haya decantado en sentido favorable a admitir la responsabilidad estatal por los **daños causados por agentes con estado policial con las armas de fuego que deben portar por disposición reglamentaria**, aun cuando aquellos abusan de su condición y cometen delitos utilizando los medios provistos por el servicio –nos remitimos a lo que expusimos en el capítulo 17 del bloque siguiente–, y que al mismo tiempo rechace casi dogmáticamente el resarcimiento en casos de prisiones preventivas que concluyen en absolucón. Es que tanto en un caso como en el otro se aplica el criterio de que la protección pública genera riesgos y que, por ende, lo más justo es que estos sean soportados por la comunidad que se beneficia de ella.

Si la detención preventiva fue *ab initio* completamente arbitraria por falta de elementos plausibles que la justificaran, la indemnización tiene lugar en el campo de la responsabilidad extracontractual irregular. Como expresaba el voto de la Dra. Argibay en “ANDRADA”, si es ilícito el acto que resulta ser el antecedente inmediato de los efectos dañosos, también lo son sus consecuencias.

Ahora, si la prisión preventiva estuvo justificada, a la luz de la plataforma fáctica que pudo considerar el juez de instrucción en el momento en el que la dispuso –que ciertamente, es preliminar y está sujeta a investigación–, será necesario atender a las circunstancias particulares de cada caso pues afirmar que nunca precederá un resarcimiento es tan equivocado como afirmar que siempre lo hará.

Sin duda se trata de **una cuestión de política judicial** que requiere una ineludible definición legislativa. Es en este marco en el que se deben evaluar las condiciones contextuales en las que se desenvuelve la represión penal actualmente –que están muy lejos de ser óptimas– y si el Estado argentino puede asumir o no el costo de indemnizar a los procesados que son absueltos sin condena en todos los casos o solo en algunos. Y eventualmente, en qué ámbito debiera acordarse esta reparación, esto es en un proceso de daños posterior –tal como viene funcionando actualmente– o bien en el marco del mismo proceso penal y conforme su propia lógica.

Como la responsabilidad estatal es una cuestión definida por el derecho público local (“**BARRETO**”), pueden existir soluciones diversas e, incluso, operar cláusulas constitucionales que en ciertos casos admitan la procedencia de acciones de daños y perjuicios contra el Estado por su actividad judicial legítima. En esta dirección se inscriben **el art. 29 de la Constitución de Santa Cruz** (en cuanto contempla que “una ley establecerá indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente”) y **el art. 42 de la Constitución de Córdoba** (al consagrar que “en caso de sobreseimiento o absolución, el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de libertad, con arreglo a la ley”).

Cada país, y en el nuestro, cada jurisdicción, enfrenta el tema de diferente manera. En Holanda, por ejemplo, se otorga una indemnización, si el tribunal, tras analizar todas las circunstancias relevantes, considera que existen razones de equidad para ello; en Alemania se concede resarcimiento ante absolución y sobreseimiento, pudiendo el juez negarlo total o parcialmente si el imputado resultó beneficiado por aspectos meramente procesales (DOMÉNECH, 2016).

4. Clases de responsabilidad judicial

4.1. Responsabilidad *in procedendo* o por funcionamiento irregular o anormal del servicio de justicia

Esta categoría hace referencia a la prestación o cumplimiento irregular, por acción u omisión, de actuaciones judiciales ejecutadas durante la sustanciación de un proceso judicial, tanto principal como incidental, a fin de arribar a una sentencia definitiva o darle cumplimiento (USLENGHI, 2007). Abarca todo tipo de actuaciones o decisiones irregulares adoptadas por jueces y por funcionarios o auxiliares de la justicia, y tanto respecto de quienes son partes en el proceso, como de quienes sin serlo, se ven afectados por una actuación judicial irregular.

Este amplio espectro de conductas anómalas, que se desenvuelven en el marco de la administración de justicia, traducen una **falta de servicio**, que, como tal, queda captada por los lineamientos, presupuestos, requisitos y eximentes de los artículos 2° y 3° de la LRE con respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita. En consecuencia, a ella se le aplican los clásicos

razonamientos del *leading case* “FERROCARRIL OESTE” relativos a que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para satisfacer el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causara su incumplimiento o su irregular ejecución (“HOTELERA RÍO DE LA PLATA”).

Como cualquier otra responsabilidad estatal es *directa*. La culpa o el dolo del juez o funcionario judicial que otorgó el acto o participó en la actuación irregular son irrelevantes a los fines de la caracterización de la responsabilidad estatal y solo podrán interesar, eventualmente, para el juzgamiento de la *responsabilidad personal* de los funcionarios o magistrados. Lo que sí debe probarse aquí es que el servicio judicial se prestó inadecuadamente, ya sea porque fue excesivamente prolongada la tramitación de la causa –al punto de originar un supuesto de denegación de justicia– o porque se omitió adoptar alguna medida pertinente –como pedir informes de dominio actualizados antes de trabar un embargo– o porque se incurrió en alguna deficiencia en la emisión de una decisión o en el desarrollo de la causa.

Como veremos luego, la diferencia que presenta esta variante con el error judicial es que aquí *no es necesario lograr de modo previo que la irregularidad sea reconocida por un acto jurisdiccional posterior, tal como sí se exige para configurar el error judicial*. Es que, como hemos dicho, la responsabilidad judicial *in procedendo* no se refiere a sentencias firmes, pasadas en la autoridad de la cosa juzgada, sino a diferentes actos procesales desplegados con manifiesta irregularidad en el transcurso del proceso, no solo por los jueces, sino incluso por auxiliares o funcionarios que intervienen en aquel. Por ende, muchas veces ni siquiera existe una sentencia que pueda ser dejada sin efecto pero sí una actuación irregular imputable a algún órgano judicial que produce un daño injusto.

Como a veces no es tan clara la diferencia entre el error judicial y el funcionamiento anormal del servicio de justicia, algunos autores han propuesto como fórmula práctica la de asociar el error judicial a los actos en los que hayan intervenido *exclusivamente* los jueces, para descartar de esta forma que pueda hablarse de error judicial frente a providencias de un secretario o de un funcionario judicial, o ante una mera actuación material de cualquier órgano-persona, como sería entregar un cheque judicial a una persona distinta a su beneficiario (“LUS-QUIÑOS”). Es decir que mientras que la actividad judicial *in procedendo* puede alcanzar tanto a las sentencias no definitivas de los jueces como a las conductas materiales atribuibles a funcionarios o auxiliares judiciales, la responsabilidad *in iudicando* o *error judicial* solo puede ser concebida a propósito del ejercicio de la potestad juzgadora de los jueces (“TORTORELLI”).

Otro criterio posible es reservar el *error judicial* para aplicarlo exclusivamente a los daños que se deriven del dictado de *sentencias firmes, pasadas en autoridad de cosa juzgada*.

Los restantes pronunciamientos defectuosos que dicten los jueces que carezcan de ese carácter –providencias simples, sentencias interlocutorias o sentencias definitivas pero que no se encuentren firmes– y que, por ende, podrían ser enmendadas a partir del juego de los recursos ordinarios y extraordinarios para lograr su reversión, quedarían captados por el funcionamiento anormal en sentido general (PIZARRO, 2013). Y claramente también entran en esta categoría la simple demora excesiva en la tramitación de las causas y todo tipo de irregularidades procesales que importen el cumplimiento defectuoso de diligencias sustanciales del proceso. En todos estos casos no será necesario iniciar un proceso posterior en el que se declare la ilegitimidad del pronunciamiento irregular ya que nos hallamos en el campo del funcionamiento anormal del servicio de justicia y no del error judicial.

Por ejemplo, en **“HOTELERA RÍO DE LA PLATA”**, la conversión de títulos BONEX en pesos argentinos en virtud de un oficio librado irregularmente fue dejada sin efecto tres años después de ser ordenada. Sin embargo, la desvalorización y la imposibilidad de restituir los títulos depositados no pudo enmendarse a pesar de que la decisión judicial equivocada fue revertida en el mismo proceso. Si bien no se constató un error judicial, la acción procedió por la vía del funcionamiento anormal del servicio de justicia.

En el caso **“TORTORELLI”** la prohibición de salida del país del Sr. Mario Nicolás Tortorelli fue levantada por el juez que la había ordenado incorrectamente, pensando que se trataba de Mario Tortorelli, pero la actividad jurisdiccional defectuosa se mantuvo durante casi dos años más y toda ella, en su conjunto, se constituyó en causa eficiente del daño sufrido. En **“DE GANDÍA”** se dejó sin efecto la orden de secuestro que pesaba equivocadamente sobre un vehículo a raíz del pedido de su nuevo titular, pero el daño se configuró de todos modos a causa de la irregularidad judicial preexistente.

Veamos algunos ejemplos de funcionamiento anormal o defectuoso del servicio judicial:

- Sin estar ordenado previamente en el expediente, se libró un oficio ordenando la conversión a pesos argentinos, de BONEX emitidos en dólares que habían sido depositados en una cuenta judicial. Debido a la inflación, el monto quedó notoriamente desvalorizado (**“HOTELERA RÍO DE LA PLATA”**).
- Se extravía de la sede de un juzgado documentación relevante que se encontraba depositada allí.
- Se cometen irregularidades u omisiones en el libramiento de oficios y cédulas.
- Se ordenan medidas cautelares de modo irregular o se dispone su levantamiento indebidamente, (**“ETCHEVERRY”**) en relación con bienes que integran el acervo hereditario.

- Se incurre en errores en el libramiento o entrega de cheques (“LUSQUINOS”) o en la realización de liquidaciones.
- El proceso se dilata excesivamente (“MEMOLI”).
- Las detenciones preventivas exceden el plazo de tiempo razonable (“ROSA”).
- Se omite levantar el secuestro de un automóvil y a consecuencia de ello se impide la salida del país de su titular (“DE GANDÍA”).
- Se declara la quiebra y prohibición de salida del país de un homónimo (“TORTORELLI”).
- Desaparece dinero de una cuenta judicial correspondiente a una sucesión testamentaria (“RIVERO HAEDO”).

4.1.1. Las formas más usuales del error in procedendo

a. Demora excesiva en la tramitación de los procesos

El Estado de Derecho exige no solo que las personas tengamos garantizado el derecho a la jurisdicción y a la defensa en juicio, sino también que el acceso a tales garantías esté gobernado por el postulado de la celeridad. Todos tenemos el derecho a que nuestra causa sea oída y a obtener una sentencia dentro de un plazo razonable (conf. arts. 18 CN y 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica). Si bien la responsabilidad por retardo de justicia presenta su mayor dramatismo en el proceso penal, y es en este campo donde la casuística es más numerosa (“ROSA”, “MEZZADRA”, “RIZIKOW”), esta garantía se aplica a cualquier tipo de proceso judicial e inclusive fuera de este ámbito, proyectándose así al procedimiento administrativo y particularmente al sancionatorio o disciplinario (“LOSICER”).

Cuando el trámite necesario para alcanzar la decisión jurisdiccional se dilata indebida e injustificadamente, la actuación de la autoridad judicial se torna irregular por causa de la demora excesiva. La dilación innecesaria de un proceso judicial constituye un disvalor no solo respecto de las partes interesadas en el pleito, sino también para la sociedad en su conjunto, pues una decisión judicial tardía, por más precisa y acertada que sea, desvirtúa toda idea de justicia.

La demora excesiva en la tramitación de un pleito constituye un supuesto de *denegación de justicia* cuando esta se debe esencialmente a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, impidiendo así el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (“ARISNABARRETA”, “FURLAN”).

En algunos casos las normas procesales imponen plazos determinados para el dictado de ciertos pronunciamientos (para dictar sentencia en la acción de ampa-

ro, para mantener la prisión de una persona que ha sido detenida preventivamente, para dictar la sentencia de fondo, etc.). Aun cuando no existan plazos taxativos, la garantía a la tutela judicial efectiva obliga siempre a los magistrados a dictar sentencia en un plazo razonable.

La tardanza excesiva de los procesos no es normal, aunque sea frecuente, ni la sobrecarga de trabajo que pesa sobre los tribunales torna legítima una demora que supera todo lo razonable.

El *plazo razonable* es un típico concepto jurídico indeterminado y abierto. No es posible determinar apriorísticamente cuándo un proceso se ha dilatado indebidamente o cuál es el plazo razonable en cada caso.

La Corte Suprema, con base en los lineamientos dados por tribunales y órganos internacionales (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), viene empleando un estándar netamente casuístico que la lleva a ponderar las especiales circunstancias de cada proceso para derivar, a partir de allí, si se produjo un retardo judicial de tal magnitud que pueda ser asimilado a una denegación de justicia.

Así, según la jurisprudencia del Superior Tribunal federal (“LOSICER”; “BONDER AARON”) para establecer el alcance del concepto *plazo razonable* se debe tener en cuenta:

- las circunstancias de cada caso;
- la complejidad del asunto;
- el comportamiento del recurrente, para verificar que no haya desplegado una actuación defensiva abusiva;
- la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales, pues el avance del proceso queda a cargo de los órganos específicamente instituidos al efecto y sus deficiencias no pueden serles endilgadas a los imputados (RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR WALTER ENRIQUE CORTÉS Y VÍCTOR RICARDO CARCAR en la causa GOYE ORNAR Y OTROS S/ ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), quienes no son responsables de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal y no penal (“BONDER AARON”; “LOSICER”);
- otros elementos de ponderación, tales como el margen de duración de procedimientos similares, las consecuencias que se siguen de las presuntas demoras, las normas que tienen por objeto modular los tiempos del sumario, etc. (“ARISNABARRETA”, “ROSA”);
- la sobrecarga de trabajo que suele recaer sobre los órganos judiciales y que no legitima el retraso en resolver, aunque pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el proceso (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL sentencia del 11/11/1995).

Como adelantamos, esta garantía a ser juzgado en plazos razonables es predicable respecto de cualquier tipo de proceso, no solo el penal. En esa dirección, la República Argentina fue condenada en la causa “MEMOLI”, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violar la garantía a ser juzgado en un plazo razonable en relación con quienes eran demandados en un juicio civil de daños y perjuicios, en cuyo marco estuvieron sujetos durante más de diecisiete años a una medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes con el fin de garantizar el eventual pago la indemnización que resultara de aquel proceso civil.

a.1. Dilación prolongada de la prisión preventiva o del procesamiento penal

Un aspecto especialmente crítico adquiere la duración excesiva de los procesos cuando lo que se prolonga indebidamente es una *detención ordenada preventivamente* mientras se sustancia una investigación penal.

Esta problemática fue analizada en un número grupo de precedentes (“ROSA”, “GONZÁLEZ BELLINI”, “ARISNABARRETA”, “GERBAUDO”, “RIZIKOW”, etc.). Se trata de situaciones en las que el auto de prisión preventiva no resulta arbitrario pues fue adecuado frente a las pruebas existentes al momento en que fue dispuesto, pero la detención cautelar o en términos más generales, la instrucción penal, se extiende irrazonablemente.

Todo imputado tiene derecho a obtener un pronunciamiento en el plazo más breve posible, medie o no prisión preventiva efectiva. La Corte Suprema ha reconocido procedente el resarcimiento fundado en la responsabilidad judicial por deficiente prestación del servicio de justicia cuando la actuación irregular de la autoridad judicial da lugar a la prolongación indebida de la prisión preventiva y ello produce graves daños, tanto por afectar la libertad de las personas (ROSA”, “GERBAUDO”) como su derecho a trabajar (“ARISNABARRETA”, que refiere a un escribano que por estar procesado y con su matrícula profesional suspendida, no pudo ejercer su profesión durante cinco años).

De entrada hay que aclarar que los plazos fijados por los Códigos procesales penales (vgr. art. 1° de la Ley N° 24390 en el orden nacional) no son de aplicación automática sino que lo que determina la licitud o no de mantener la detención preventiva será lo razonable de la medida judicial que así lo disponga (“ROSA”). Una detención preventiva bien puede ser reputada razonable aun cuando exceda el plazo máximo estipulado por la norma adjetiva aunque, de todos modos, en general se entiende que este plazo no puede exceder mucho más de los dos años.

Evidentemente, el *quid* de la cuestión reposa en poder deducir cuándo un proceso y en particular, una medida de detención, se ha mantenido durante un plazo razonable.

Tal como se dijo, la CSJN viene empleado un estándar netamente casuístico y de allí que pondera las particulares condiciones que rodean cada caso para

determinar cuándo, cómo y por qué razón, la extensión del proceso o de la detención preventiva pudo ser excesiva o irrazonable.

Así, por ejemplo, en una misma causa se ha decidido que el mantenimiento de la prisión preventiva puede estar justificada en parte sí y en parte no, dependiendo de las razones que se invocaron para prolongarla (en “ROSA”, fue avalada durante los primeros dos años y no así durante los dos años y medio restantes; en “ARISNABARRETA”, durante los primeros tres años; con atención a las características y complejidad que presentaba el caso, esta demora estuvo justificada, pero no así durante el año y medio siguiente, para volver a convalidarla durante el año y medio posterior en el cual concluyó finalmente la investigación penal).

Si los plazos de la detención excedieran lo razonable, puede configurarse la responsabilidad estatal por deficiente prestación del organismo judicial. En cambio, si la detención cautelar fuera dispuesta sin fundamento suficiente, sobre la base de afirmaciones genéricas y dogmáticas y esta fuera invalidada, entonces estamos en presencia de una sentencia arbitraria y como tal encuadrable en el error judicial. Un nuevo ejemplo de que la separación entre error judicial y funcionamiento anormal del servicio de justicia es muy tenue.

b. La prisión preventiva

Todos los días los medios informan respecto de personas a las cuales se les dicta la prisión preventiva. ¿En qué consiste esta decisión judicial?

Se trata de una **medida cautelar** que forma parte del elenco de herramientas procesales que los jueces penales poseen a fin de garantizar el cumplimiento de una eventual condena y de permitir, a su vez, la investigación de los hechos. No se apoya en certezas sino en los elementos preliminares que se presentan ante las denuncias de presuntos delitos mientras se los investiga.

Sus efectos son sumamente delicados dado que conducen a privar a una persona de su libertad por el hecho de encontrarse sometida a investigación, aunque todavía no ha sido condenada y eventualmente podría resultar sobreseída.

En nuestro ordenamiento constitucional existen mandatos expresos que prohíben las detenciones arbitrarias, lo que lleva a que, necesariamente, cualquier medida preventiva de privación de la libertad resulte excepcional (arts. 18 CN, 9.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Pero ¿qué ocurre si la prisión preventiva es dejada sin efecto por el juez que la dispuso o es revocada por el tribunal de alzada? ¿El Estado debe indemnizar los daños que padeció quien se vio privado de su libertad? ¿Siempre? Si la absolución se fundó en la aplicación del ***in dubio pro reo*** o por **prescripción de la acción ¿también habría que indemnizar?**

Ya nos referimos a esta problemática en este mismo capítulo. Se trata de una cuestión crítica que no puede tener una única respuesta y que requiere de una definición legal concreta.

La jurisprudencia consolidada de la CSJN sostiene que la sola revocación de la prisión preventiva no implica un funcionamiento irregular del servicio de justicia ni tampoco que el auto que lo dispuso sea errado, salvo que el afectado demuestre la inexistencia del hecho que dio lugar a la instrucción penal, o que no lo cometió o que falta toda prueba para sostener una condena (“GONZÁLEZ BELLINI”). Es decir que solo podría haber lugar a un resarcimiento cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando los elementos objetivos existentes al momento de su dictado hayan llevado a los jueces al convencimiento, relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquel se dicta, de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor (“PEDEZERT”, “GERBAUDO”).

En otras palabras, para que pueda haber indemnización, el decreto de prisión preventiva dejado sin efecto debe haber sido incuestionablemente infundado o arbitrario, es decir, debe haber sido dictado sobre la base de afirmaciones genéricas y dogmáticas, sin apoyo en las concretas constancias de la causa. En cambio, cuando la absolución del imputado obedeció, por ejemplo, a que el tribunal había aplicado el beneficio de la duda (“PEDEZERT”) o cuando se declaró la nulidad del auto de allanamiento y de la prisión preventiva por haber sido inducido a engaño por las falsedades cometidas por el personal policial actuante (“GERBAUDO”), no hubo lugar para la reparación porque la actuación judicial, más allá del resultado final, no fue ilegítima.

En nuestra opinión en este campo no corresponde hacer generalizaciones sino que debe estarse a las circunstancias particulares y propias de cada auto de prisión preventiva y de revocación y/o sobreseimiento. La idea que prevalece es que **no se puede deducir del pronunciamiento absolutorio en forma directa y automática el derecho al resarcimiento** sino que **lo determinante es la existencia o inexistencia de arbitrariedad** en el auto de privación de la libertad.

La absolución puede responder a múltiples causas, por ejemplo, por la duda insalvable sobre la autoría del hecho por parte del detenido, por debilidad probatoria, a veces, por irregular instrucción policial, etc. El no admitir la acción de daños y perjuicios por el mero sobreseimiento cuando la prisión preventiva ha sido ordenada de conformidad a las pruebas que *prima facie* la justificaron, parte de la premisa de que administrar justicia requiere adoptar medidas procedimentales asegurativas entre las cuales se encuentra, justamente, la prisión preventiva.

En esa dirección, para determinar si el auto de procesamiento es el resultado de un error judicial grosero, si es arbitrario, o si carece de sustento lógico, hay que tener en cuenta los elementos probatorios con los que el juez de instrucción contaba y no los existentes en el plenario o debate, ya que el magistrado instructor solo necesita reunir medios de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso (PÉREZ HUALDE, 2015).

Como ya hemos mencionado, queda abierto el interrogante de si podría admitirse el resarcimiento en el *marco de la conducta lícita del Estado*, con independencia de si la decisión que privó de libertad a quien a la postre fue absuelto fue tomada con diligencia o con error, tema de imperiosa definición legislativa, y que la LRE ha resuelto de forma terminantemente negativa (art. 5°).

4.2. Error judicial o responsabilidad *in iudicando*

En 2005, Tony Blair, entonces Primer Ministro de Gran Bretaña, pidió perdón públicamente por las condenas erróneas que sufrieron once personas acusadas de llevar a cabo atentados del Ejército Republicano Irlandés (IRA) en la década de los años 70. Manipulación de documentos, alteración de declaraciones, ocultamiento de pruebas que debilitaban la acusación dieron lugar a la anulación de la sentencia en virtud de la cual los acusados permanecieron más de quince años en prisión.

De este tenor tienen que ser las irregularidades para configurar el error judicial. No se trata de un error irrelevante o de una interpretación posible que luego es revertida por un tribunal de alzada. Se trata de vicios graves que hacen que la sentencia o el proceso en el que haya sido dictada resulte irregular, en tanto traduce un manifiesto apartamiento de las normas aplicables, de los hechos relevantes o de las pruebas existentes. En otros términos, implica una “concatenación fatal de circunstancias que se traduce en la condena injusta” (REIRIZ, 1969, 73). Y una condena injusta importa arbitrariedad.

La condena a prisión de inocentes es el ejemplo clásico de error judicial. Si bien en teoría el error puede configurarse en cualquier tipo de proceso judicial (civil, comercial, laboral), este ha nacido y sigue profundamente vinculado con el ámbito penal. Es con este alcance que se lo reconoce en el constitucionalismo provincial (Constituciones de Córdoba, Chubut, Chaco, Formosa, La Pampa, Neuquén, Misiones, Santa Cruz, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 10 contempla que “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece:

cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la ley.

El error judicial, que no deja de ser una especie de funcionamiento anormal o irregular del servicio de justicia, es un concepto técnico y limitado a **los actos que importan el ejercicio de la potestad de juzgar. En sentido estricto, solo alcanza**

a sentencias firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada cuyo defecto no pudo revertirse por medio del juego habitual de los remedios recursivos. Puede consistir en un error en la apreciación de los hechos o en el encuadre de estos en el derecho aplicable, en la falta de aplicación de la norma correspondiente, o en la apreciación inexacta de pruebas; puede surgir a partir de deficiencias procesales, pruebas falsas o fraguadas, o actos de corrupción o cohecho, aunque es indiferente la existencia o no de culpabilidad o dolo en el magistrado (TAWIL, 1993).

Además, el error judicial involucra una comparación entre la solución dada y lo que jurídicamente convenía al caso, a la luz de la realidad de los hechos y de la prueba, resultando de ella una manifiesta equivocación (TAWIL, 1993).

El llamado “error judicial” viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado, o lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 107, citando la sentencia del 22/05/96 de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo español).

No es error judicial una interpretación susceptible de ser enfrentada con otra también razonable, ni tampoco lo es si la resolución fue debidamente motivada y respondió a una determinada lógica y confronta con la pretensión de las partes.

Por el contrario, da lugar al error judicial una decisión que “abierta y manifiestamente se presenta como disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal y doctrinal, casi equivalente a lo que podría ser la arbitraria resolución del caso con una norma inexistente en el ordenamiento jurídico” (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 108, citando la sentencia del 19/06/98 de la Sala 2a. del Tribunal Supremo español).

Cuando el art. 10 del Pacto de San José dispone que toda persona tiene derecho a ser resarcida conforme a la ley “en caso de haber sido condenada, en sentencia firme, por error judicial” parece limitar la posibilidad de la reparación al supuesto de condenas firmes en materia penal. Sin embargo, al menos por vía de hipótesis, la Corte Suprema ha admitido la posibilidad de que el error también se configure en el ámbito civil.

4.2.1. El error judicial, los recursos para ponerle fin, la conducta del damnificado y la cosa juzgada

La conducta del damnificado, los recursos procesales disponibles para revertir el error y la cosa juzgada que se deriva del pronunciamiento errado son cuestiones vitales en el campo de la responsabilidad estatal por error judicial. Veamos:

1. **El damnificado no debe haber colaborado, con su acción u omisión a provocar el daño**, induciendo al juez a error actuando de mala fe, dolosamente o llevando a cabo una conducta procesal displicente o errática. No debe mediar relación causal alguna entre el error judicial y cualquier conducta dolosa o culposa por parte del damnificado, tanto para provocarlo como para mantenerlo. Esta exigencia en definitiva es compatible con el deber de probidad y buena fe que deben tener los litigantes (TAWIL, 1993). Además la participación del afectado en la causación o el mantenimiento del error es relevante en términos de la configuración del nexo de causalidad porque si el damnificado no se condujo de buena fe o actuó de modo negligente o displicente, ello podría operar como un hecho de la víctima con aptitud suficiente como para quebrar o debilitar el nexo causal.
2. Por otra parte el afectado debe **emplear los recursos procesales que tiene a su alcance para lograr revertir la decisión judicial que lo perjudica**. Ello se debe a dos motivos:
 - a. si no intenta recurrir, convalida la actuación judicial irregular que lo afectaría. En esta dirección en “BALDA” se ha dicho:

Alcanzada una sentencia el valor de cosa juzgada, por no haber el afectado ejercido su derecho de recurrir a las etapas superiores, queda excluido el conocimiento del presunto error por parte de otros tribunales, pues “si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme –por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión– pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error.

- b. si por medio de las instancias recursivas el afectado logra que los tribunales de alzada pongan fin a los efectos perjudiciales del acto jurisdiccional irregular, no habría lugar a una indemnización porque el daño no se ha consolidado. Esto parece razonable porque si la decisión judicial dañosa se revoca luego de recorrer la vía recursiva –que por lo común incluye la apelación ante la Cámara respectiva, el recurso extraordinario u ordinario ante el Superior Tribunal local y llegado el caso, el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia y aun el de queja por denegación del recurso extraordinario en caso de que el primero hubiese sido rechazado– significa que el propio sistema judicial logró brindar una respuesta y subsanar el defecto que portaba el acto jurisdiccional.

Sin embargo, este requisito no funciona con la linealidad que pudiera parecer. En algunos casos, aun cuando la decisión es revertida y el afectado tiene una intervención activa para lograrlo, el daño se produce de todos modos y la consecuencia de la actividad irregular es irreversible en términos de causación del daño.

Ello puede ocurrir por muchas razones: porque se agotaron las vías recursivas, porque la distancia temporal entre el primer pronunciamiento y el que lo corrige es prolongada y el perjuicio se consume igualmente en dicho lapso, porque los recursos disponibles están limitados a las cuestiones de derecho pero no permiten revisar los hechos, porque el afectado, al no ser parte en el proceso, no tiene forma de atacar la decisión errada, etc.

Por lo expuesto, este recaudo requiere cierta flexibilidad en su configuración y su pertinencia se debe corroborar y modular frente a las particularidades de cada caso. Si bien frente a decisivos que no han pasado en autoridad de cosa juzgada el juego recursivo puede llegar a evitar que se consuma el error judicial, siempre queda por determinar si de todos modos no ha tenido lugar un funcionamiento *anormal* del servicio de justicia.

No está de más insistir en que la simple revocación de una sentencia por otra no implica necesaria y automáticamente que la primera fue irregular y que califica para demandar por responsabilidad estatal. **La regla es justamente la inversa, puesto que la simple revocación no predica error ni irregularidad alguna.** Es necesario por eso demostrar que a pesar de que la sentencia primitiva haya sido revertida, esta portaba alguna irregularidad, por lo que el daño que se desprendió de esta es una consecuencia igualmente irregular que debe ser resarcida.

3. Cuando, a pesar de haberse intentado el recorrido recursivo, la irregularidad no es subsanada, ya sea porque esos recursos no estaban disponibles para el damnificado o porque eran recursos de un ámbito de conocimiento limitado, **la sentencia que contiene el error adquiere firmeza pasando en autoridad de cosa juzgada.**

En este supuesto será menester **hacer caer el valor de esta última en otro proceso posterior, en el que se declare la existencia del error**, pues la cosa juzgada es el principal obstáculo para que pueda configurarse la responsabilidad estatal. En esa dirección se inscribe lo señalado en “VIGNONI” y “ROSA” en cuanto a que solo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, impide, en tanto se mantenga, juzgar que

hay error. “Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley” (“VIGNONI”).

De todos modos, no hay que asociar automáticamente la declaración de nulidad de una sentencia firme con la existencia de error judicial ya que la primera no implica necesariamente lo segundo. Una sentencia puede haberse anulado en función de que, por ejemplo, el juez tomó en cuenta un informe incompleto o equivocado, por lo cual la decisión adoptada sobre la base de tal documento resulta nula. Pero si en el proceso no se declara expresamente el error judicial, no habría título para accionar en virtud de dicha circunstancia.

4.2.2. El camino para llegar a la reparación en caso de error judicial

El requisito básico para poder exigir un resarcimiento basado en el error judicial es que **este sea declarado en algún proceso posterior en el cual se revise el pronunciamiento tachado de irregular y se deje sin efecto la cosa juzgada que aquel contenía.**

La cosa juzgada, indispensable para consolidar la seguridad jurídica y con ella el estado de Derecho, necesita ceder en situaciones especialísimas en las que la sentencia que la portaba y el juicio en el que se emitió no era, en rigor de verdad, regular. Ante el fraude procesal, el dolo o el abuso del derecho, o en términos amplios, frente a sentencias intolerablemente injustas, la cosa juzgada deja de ser absoluta y puede ser controvertida en el marco de un proceso posterior.

Es que aun cuando la cosa juzgada traduce el interés del Estado y de la sociedad en dar un fin a los conflictos, y esta condición posee un valor en sí misma, está supeditada a la circunstancia de que el proceso haya sido regular y la actuación del juez, legítima. Por encima de la seguridad jurídica se halla el objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de *afianzar la justicia*.

El ámbito en el que se reconoce el error judicial es un nuevo proceso judicial cuyo objeto radica concretamente en lograr la revisión de la sentencia que lo portaba, en el cual un nuevo magistrado determina la naturaleza y la gravedad del yerro.

A los fines de lograr la declaración del error judicial corresponde distinguir los ámbitos en los cuales se dictó la sentencia equivocada:

a. En materia penal

El artículo 479 del Código Procesal Penal de la Nación y análogos en el orden local contempla la procedencia de un *recurso de revisión* contra sentencias

condenatorias firmes, con el fin de lograr la revocación de ellas y la anulación del proceso en las que se pronunciaron. Palacio lo define diciendo que es

el remedio procesal que, dirigido contra las sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, tiende, en un aspecto, a demostrar, mediante la alegación de circunstancias ajenas al proceso fenecido por ser sobrevinientes o desconocidas al tiempo de dictarse la sentencia final, que el hecho no existió o no fue cometido por el condenado o encuadra en una norma más favorable y, en otro aspecto, a lograr la aplicación retroactiva de una ley más benigna que la aplicada en el fallo (PALACIO, 2009, 199).

El art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación dice:

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando:

- 1°) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2°) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3°) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4°) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5°) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

Agrega el art. 480 que este recurso debe tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en la última parte del inciso 4 o en el 5 del artículo anterior, relativos, respectivamente, al encuadramiento del hecho en una norma penal más favorable o a la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna.

En caso de que, al acogerse el recurso, la sentencia **declara la inocencia** de un condenado, el art. 488 dispone que ella “**podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado** siempre que aquel no haya contribuido con su dolo o culpa **al error judicial**” (la negrita nos pertenece).

Palacio explica:

La reparación debe ser integral, y comprensiva por lo tanto del daño material y moral (CC, art. 1078), de modo que corresponde computar, particularmente,

la duración del eventual encarcelamiento y las consecuencias personales, familiares y sociales derivadas de la condena. No procede la reparación cuando el error judicial haya sido influido por la conducta dolosa o culposa del condenado (v.gr., falsa autoincriminación, obstrucción de la actividad judicial, etc.), lo cual reconoce fundamento en el principio general del derecho en cuya virtud no puede ser oído quien alega su propia torpeza (PALACIO, 2009, 216-217).

b. En materia civil:

1. Una sentencia firme que adolece de error judicial dictada en el ámbito penal puede ser revisada por medio de la **acción autónoma de revisión de la cosa juzgada írrita**.

El fundamento de esta acción autónoma de nulidad es evitar que el perjudicado quede gravado con una sentencia cuya rectitud ya no puede ser cuestionada por los medios procesales normales. Esta vía es procedente frente a la estafa procesal, la existencia de vicios que hacen que el fallo se torne intolerablemente injusto (si este constituyó un abuso del derecho) o cuando la sentencia incurre en notoria incuria. Todo ello impide predicar que haya existido un verdadero y auténtico proceso judicial. Algunos supuestos de hecho que se han encauzado por la vía de la revisión de la cosa juzgada írrita son:

- se regulan honorarios que no responden a ninguna actividad profesional;
- se dicta una sentencia de remate, en un juicio ejecutivo, sobre la base de un título que con posterioridad se comprueba que estaba adulterado;
- la sentencia se dicta con sustento en la prueba de testigos, y luego algunos de estos son declarados incurso en el delito de falso testimonio por esas declaraciones;
- la sentencia se dictó u obtuvo en virtud de prevaricato, cohecho o violencia u otra maquinación fraudulenta;
- hay connivencia dolosa de las partes dejando a terceros sin defensa.

Como se desprende de estos ejemplos, se trata de una **acción excepcional y extrema**, limitada a casos de serias irregularidades que comprometen el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la regularidad del proceso. Su fundamento no es cualquier error, sino uno inexcusable e inconciliable con una racional administración de justicia y que produce un defecto grave en lo intrínseco de la sentencia, descalificándola como pronunciamiento válido (GOZÁÑI, 2015).

Ahora bien, la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada írrita no debe ser confundida con la situación que contempla el **art. 1780 del**

CCyC. Esta norma consagra, para algunos supuestos especiales, una *acción de revisión de la decisión adoptada en sede civil frente al dictado de una sentencia penal posterior*.

Se trata del supuesto en que se sustancia el proceso civil y se dicta en él una sentencia que adquiere el carácter de cosa juzgada, y luego de ello se dicta la sentencia penal, cuya conclusión es contraria a la adoptada en la acción resarcitoria (CARAMELO, PICASSO y HERRERA, 2015). Si bien esta norma permite la revisión de la cosa juzgada civil en los supuestos de excepción que ella contempla, *esta revisión no es motivada por un error judicial*, sino por el mero dictado de una sentencia penal que resulta contraria a lo decidido antes, en el contexto de la acción resarcitoria. Aunque la sentencia civil es regular, lo decidido en el ámbito penal, en los supuestos que contempla el artículo que comentamos, puede impactar en el ámbito civil y de allí la procedencia de esta revisión.

El art. 1780 del CCyC dispone:

La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y esta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley.

2. Queda por determinar si en el mismo marco de la acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita, es posible estipular el resarcimiento al que eventualmente podría tenerse derecho. Es que aunque no hay duda de que la existencia del error judicial constituye un requisito sustancial de procedencia de la acción resarcitoria, en tanto no habrá daño si no hay antijuridicidad en la sentencia judicial firme, es más dudoso si esta previa declaración de nulidad puede funcionar como un recaudo procesal que condicione el inicio del pleito resarcitorio.

Ante la inexistencia de una norma específica que así lo disponga, creemos que nada impediría que ambas pretensiones (la anulatoria y la resarcitoria) se acumulen en un mismo proceso.

En efecto, la pretensión resarcitoria es accesoria puesto que está subordinada a la previa invalidación de la sentencia firme. Sin embargo, a la luz del art. 8° de la LRE y de la doctrina de la Corte Suprema en “**ALCÁNTARA DÍAZ COLODRERO**” **no vemos motivo para impedir que**

la pretensión resarcitoria se acumule a la anulatoria y sean tratadas simultáneamente. Solo la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ve impedida de tratar la cuestión de la ilegitimidad por error judicial en el marco de su competencia originaria, porque se trata de una cuestión de derecho público local (“EGUES”) pero esta limitación obviamente no pesa sobre los tribunales locales. De allí que la lógica de la unidad de acción y dualidad de pretensiones que contiene el art. 8° de la LRE, permitiría, a nuestro entender, acumularlas. Así como en el ámbito penal, de hacerse lugar a la revisión de la condena firme, el juez puede pronunciarse sobre el resarcimiento de los daños causados (conf. art. 488 CP Penal), no vemos impedimento para proyectar este mecanismo procesal al ámbito civil.

Por supuesto también podría suceder que se declare la nulidad de la cosa juzgada írrita sin que por ello se declare el error judicial y la responsabilidad del Estado. Esto se dio en un interesantísimo caso (“GRM c/ VCC s/nulidad de acto jurídico”), en el que el actor acumuló la pretensión de nulidad de sentencia firme y la de reclamación de filiación contra el demandado. Al acogerse la demanda, la Cámara interviniente anuló la sentencia firme que había rechazado la acción de reconocimiento de filiación por encontrar que aquella fue dictada con serias irregularidades; pero no se expidió sobre la filiación ni tampoco sobre una eventual responsabilidad estatal, lo que era obvio desde que el Estado no había sido demandado. ¿Esta sentencia abre la posibilidad de **demandar la responsabilidad del Estado por error judicial en una causa posterior?**

5. El desafuero como requisito para poder efectivizar la responsabilidad personal de los magistrados

Los jueces, en tanto funcionarios estatales, están alcanzados por la responsabilidad personal que regula el artículo 9° de la LRE, que se concreta en caso de que causen daños a terceros al desarrollar con dolo o culpa su deber constitucional de tramitar y decidir los litigios en los que intervienen.

Esta pauta, que sirve como premisa general, debe articularse con lo que expusimos más arriba acerca del carácter opinable de las cuestiones jurídicas y acerca de las decisiones judiciales, que aun siendo erradas, pueden ser revisadas a instancia de la parte interesada por los jueces de apelación. Si bien estas particularidades dificultan la configuración de una conducta culposa en la adopción de una decisión judicial determinada, queda siempre abierta la funesta posibilidad

de un comportamiento doloso del magistrado –v.gr, si aceptara un soborno para sobreseer a algún imputado o decidir una causa en un sentido determinado– y con ello, la eventualidad de una acción civil en su contra.

Siempre ha sido controvertida la posibilidad de que los jueces sean sometidos a juicio por los litigantes disconformes con sus sentencias. Todavía en muchos países occidentales, como Reino Unido y Estados Unidos, los jueces gozan de diversos niveles de inmunidad, ya que se razona que la “soberanía del poder judicial” es una garantía del Estado de Derecho que podría verse resentida si los jueces se vieran expuestos a demandas aventuradas de quienes solo disienten con sus sentencias.

Aunque la LRE nada contempla al respecto, a nivel jurisprudencial se ha entendido que **los jueces no pueden ser demandados sin haber sido previamente destituidos por medio del procedimiento de juicio político**, o bien, una vez que hayan cesado en sus funciones por cualquier otra causa (“IRURZUN” y “TORTORELLI”).

La Corte Suprema ha justificado esta parcial o temporaria **inmunidad** destacando que ella no radica en impedir que los jueces sean juzgados por sus eventuales conductas dañosas, sino que más bien **pretende asegurar el libre y regular ejercicio de la función judicial, la cual se frustraría si los jueces estuviesen permanentemente expuestos a las demandas de los litigantes insatisfechos con sus decisiones**. No es un requisito que consagra un privilegio en función de la persona del magistrado, sino un recaudo que protege a las instituciones a las cuales pertenecen así como el libre ejercicio de los poderes (“BOTTO”).

Evidentemente, esta exigencia procesal de la remoción previa constituye un serio limitante a la posibilidad de viabilizar la responsabilidad personal de los jueces.

Como adelantamos, el tema es discutible. Si bien es indispensable preservar la independencia judicial y aventar el peligro que implica para las instituciones republicanas que los jueces puedan ser demandados con ligereza, ellos no pueden colocarse por fuera del Estado de Derecho. Es necesario encontrar una fórmula que equilibre el derecho de las víctimas y de la sociedad en su conjunto para exigir a todos los magistrados que se hagan cargo de los daños que causan con su actuación irregular frente a la necesidad de que la administración de justicia opere regularmente, sin la presión de una demanda que por cualquier motivo pueda incoar cualquier litigante por el solo hecho de no estar de acuerdo con la decisión judicial.

Pero entre un extremo y el otro hay una amplia zona gris. Es evidente que no puede asimilarse la comisión de un delito a la realización de una falta en el ejercicio de las funciones judiciales. No es lo mismo que un magistrado sea acusado del delito de cohecho que demandarlo por los daños y perjuicios causados que sufrió un abogado porque el juez remitió a la cámara del fuero un testimonio de parte

de un escrito presentado ante su juzgado, por estimar que las manifestaciones vertidas por el letrado podían constituir delito de desacato (tal como ocurrió en el caso “**IRURZUN**”).

La posibilidad de someter a juicio civil a un magistrado por las fallas que pudiera haber cometido, en la medida en que aquel cuente, como cualquier otro litigante, con las garantías adecuadas para defenderse y para acreditar que no hubo error ni un deficiente servicio de justicia de su parte, no es un atropello a la independencia judicial sino más bien una inexorable consecuencia de la gran responsabilidad que asumen quienes ejercen la magistratura.

Varios ordenamientos locales, como las Constituciones de las provincias de Santa Fe (art. 93 inciso 7) y de Córdoba (art. 165 inc. d), prevén que no es necesaria la remoción previa para articular una demanda de daños contra los magistrados locales, decidiéndose incluso a nivel jurisprudencial que esta ausencia de inmunidad no afecta, en principio, la sustancia de la garantía de independencia judicial (“**MARINCOVICH**”).

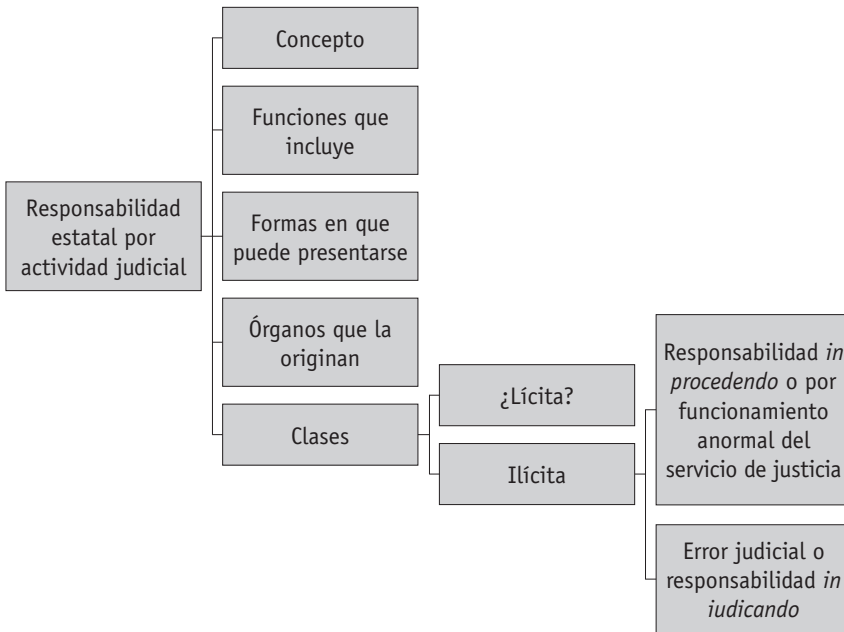
La garantía de independencia judicial debe amparar a los magistrados contra las demandas resarcitorias temerarias que pongan en cuestión *el sentido de las decisiones* que adoptan, dado el carácter netamente opinable de las cuestiones jurídicas.

Pero a nuestro entender no está en juego esa independencia cuando se le imputa al juez una negligencia en el ejercicio de las funciones a su cargo, v.gr. si firma un cheque para una persona distinta a su beneficiario o si para dictar una sentencia se exceden largamente los plazos estipulados legalmente o incluso si lo que se le atribuye al magistrado es un delito, como prevaricato o tráfico de influencias. En estos casos el juez debe afrontar la demanda sin ningún tipo de privilegio procesal como simple manifestación del régimen republicano de gobierno, que incluye el principio de responsabilidad de los gobernantes.

En el derecho comparado se registra un antecedente destacable. La Sala Civil del Tribunal Supremo de España condenó al presidente y a otros diez magistrados del Tribunal Constitucional a indemnizar a un abogado por haber rechazado, sin examinarlo, un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Tribunal Supremo que avaló la designación “a dedo” de los letrados del Tribunal Constitucional. El fallo, que le impuso a cada magistrado el pago de 500 euros, se fundó en la responsabilidad civil por la negligencia de los magistrados en la forma de desamparar al letrado y rechazó la defensa de los magistrados constitucionales, fundada en que los jueces del Constitucional eran “inviolables” en sus decisiones y estaban exentos de toda responsabilidad.

¿Decisiones de este tenor lesionan el sistema judicial o lo fortalecen?

Esquematizando



Bibliografía

- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BARRAZA, JAVIER I. y BARRAZA, LUIS G., “Responsabilidad del Estado por error judicial”, *La Ley* 2006-B, p. 182-188.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, ¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad?, *Revista de Derecho de Daños* N° 9, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 227-240.
- BOTASSI, CARLOS A., “Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del Poder Judicial. Condenas erróneas e irregularidades procesales”, *Régimen de la Administración Pública (RAP)* N° 326, 2005, p. 457-477.
- BOTASSI, CARLOS A., “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 95-122.
- CAPUTI, CLAUDIA, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (El Caso “Amiano”)”, *La Ley* 2000- C, p. 750 -765.

- Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho* —————
- CARAMELO, GUSTAVO; PICASSO, SEBASTIÁN Y HERRERA, MARISA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Responsabilidad Civil del Estado por Daños Derivados de Prisión Preventiva Seguida de Absolución”, *Jurisprudencia Argentina* 2016-III, p. 1112-1134.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- GALLI BASUALDO, MARTÍN, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- GOZAÍNI, OSVALDO, “La acción autónoma de revisión de la cosa juzgada en el Código Civil y Comercial”, *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, N° 4, p. 41-82. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/osvaldo-alfredo-gozaini-accion-autonoma-revision-cosa-juzgada-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl60023-2015-12/123456789-0abc-defg3200-61fcanirtcod>.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- MÁRQUEZ, JOSÉ F., “Responsabilidad del Estado por actividad legítima, extensión del resarcimiento y actividad judicial”, *Jurisprudencia Argentina* 2014, AR/DOC/5565/2014, p. 1-9. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- PALACIO, LINO E., *Los Recursos en el Proceso Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva”, *Misión jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales* N° 9, junio-diciembre de 2015, p. 101-111.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- SANMARTINO, PATRICIO M. E., “La responsabilidad de los poderes públicos en la ciudad de Buenos Aires. Aproximación a la regulación jurídica local de la responsabilidad por actuación lícita y por error judicial”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 503-519.
- TAWIL, GUIDO S., *La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “El “desafuero” previo a la acción de daños por error judicial”, *La Ley* 2013-E, p. 394-399.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Responsabilidad de los jueces y del Estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial”, *La Ley* 2009-C, 1002-1014.
- USLENGHI, ANDRÉS M., “La responsabilidad del Estado por su actividad judicial”, en ABERASTURY, PEDRO, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 177-213.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Multimedia

- Cicero, Nidia K, *Responsabilidad del Estado por actividad judicial*, 2018.
Recuperado de: <http://karinacicero.com/#> y de: <https://www.youtube.com/watch?v=MOLK5k92owA>

Jurisprudencia

- CSJN, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 319:1476).
- CSJN, “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ -E. N. - M° de Justicia- y otro s/ proceso de conocimiento” (Fallos: 326:4445).
- CSJN, “Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 329:3806).
- CSJN, “Ángel Estrada y CÍA. S.A. c/ RESOL. 71/96 - Sec. Energ. y Puertos (Expte. N°750-002119/96) s/ recurso extraordinario” (Fallos: 328:651).
- CSJN, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ E.N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimientos” (Fallos: 332:2159).
- CSJN, “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:1990).

- CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:759).
- CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/B.C.R.A. s/ resol. 178/93” (Fallos: 336:2184).
- CSJN, “Bossi y García S.A. (TF 5932-A) c/ D.G.A” (Fallos: 334:1264).
- CSJN, “Busso, María Teresa Gallegos Botto de c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 290:71).
- CSJN, “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” (Fallos: 318:845).
- CSJN, “Egües, Alberto José c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios (error judicial)” (Fallos 319:2527).
- CSJN, “Etcheverry, Luisa María y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Nación Argentina y otros” (Fallos: 308:2494).
- CSJN, “F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires” (Fallos: 182:5).
- CSJN, “Gerbaudo, José Luis c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 328:4175).
- CSJN, “Gonzalez Bellini, Guido Vicente C/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 332:552).
- CSJN, “Goye, Omar Y Otros s/Administración pública Querellante: Oficina de Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación” (Fallos: 340:2001).
- CSJN, “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 307:821).
- CSJN, “Irurzun, Ricardo Ernesto c/ Estado Nacional (Secretaría de Justicia) y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:365).
- CSJN, “Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05” (Fallos: 335:1126).
- CSJN, “Marincovich Jose Antonio C/ Vargas Abraham Luis S/Responsabilidad Civil Contra Magistrados” (Fallos: 336:954).
- CSJN, “Mezzadra Jorge Oscar C/ En M° Justicia Y DDHH S/Daños y Perjuicios” (Fallos: 334:1302).
- CSJN, “Pedezert, Ricardo c/ Estado Nacional y Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:3176).
- CSJN, “Rivero Haedo, Carlos M. y otros c/ Nación” (Fallos: 177:171).
- CSJN, “Rizikow Mauricio c/ EN M° de Justicia y DDHH s/daños y perjuicios” (Fallos 334:1302).
- CSJN, “Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 325:1855).
- CSJN, “Román, Hugo Jorge c/ Prefectura Naval Argentina” (Fallos: 312:989).
- CSJN, “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios” (Fallos: 322:2683).
- CSJN, “Tortorelli, Mario Nicolas c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y Perjuicios” (Fallos: 329:1881).

- CSJN, “Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina” (Fallos: 311:1007).
- CNCAF, Sala V, “Lusquiños Horacio R. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios” sentencia del 11/02/1999.
- CNCIV, Sala M, “GRM c/ VCC s/nulidad de acto jurídico”, sentencia del 24/09/2018.
- CIDH, “Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31/08/2012, Serie C No. 246.
- CIDH, “Caso Mémoli Vs. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22/08/2013. Serie C No. 265.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ -E. N. - M° de Justicia- y otro s/ proceso de conocimiento” (Fallos: 326:4445).
- CSJN, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ E.N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimientos” (Fallos: 332:2159).
- CSJN, “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 318:1990).
- CSJN, “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” (Fallos: 318:845).
- CSJN, “Egües, Alberto José c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios (error judicial)” (Fallos: 319:2527).
- CSJN, “Gerbaudo, José Luis c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 328:4175).
- CSJN, “Goye, Omar y Otros s/Administración pública Querellante: Oficina de Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación” (Fallos: 340:2001).
- CSJN, “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 307:821).
- CSJN, “Iruzun, Ricardo Ernesto c/ Estado Nacional (Secretaría de Justicia) y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:365).
- CSJN, “Marincovich José Antonio C/ Vargas Abraham Luis s/Responsabilidad Civil Contra Magistrados” (Fallos: 336:954).
- CSJN, “Román, Hugo Jorge c/ Prefectura Naval Argentina” (Fallos: 312:989).
- CSJN, “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios” (Fallos: 322:2683).
- CSJN, “Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de s/Daños y Perjuicios” (Fallos: 329:1881).



CAPÍTULO 16

La responsabilidad estatal ambiental

Leer este capítulo te llevará:
22 minutos aproximadamente

1. El deber de no dañar el ambiente

Además de causar daños a derechos e intereses individuales, los órganos estatales pueden **lesionar bienes jurídicos colectivos** por acción y por omisión, tanto actuando lícitamente como de forma irregular.

El daño ambiental constituye una nueva categoría de daños de relevancia colectiva, que convive con el daño corporal, moral o material que se causa a las personas y a sus bienes. El art. 14 del CCyC reconoce dos clases de derechos: a. derechos individuales y b. derechos de incidencia colectiva. A su vez, en el art. 240 regula los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, disponiendo que ese ejercicio

debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

En este contexto,

la sustentabilidad del bien colectivo, entonces, actúa como condición y límite al ejercicio de los derechos individuales. La norma civil procura ubicar al bien colectivo en una esfera distinta y superior de la que corresponde al dominio –sea público o privado– sobre los micro bienes que integran esa universalidad (RODRÍGUEZ SALAS, 2016, 21).

En este aspecto, el CCyC se ajusta a los lineamientos constitucionales. El **artículo 41 CN** alude al derecho de todos los habitantes de gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y al deber de **preservarlo** de modo de no comprometer a las generaciones futuras. También refiere a la obligación prioritaria **de recomponer el daño ambiental**.

Todos los habitantes tienen derecho a gozar de un ambiente sano y a disfrutar del patrimonio urbano. Se trata de **derechos colectivos e indivisibles** que tanto los Estados –nacional y locales– como el resto de los actores sociales están obligados a proteger, mejorar y recomponer en caso de que los lesionen.

El derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar es un **derecho colectivo, difuso, indivisible** que da lugar a una **legitimación activa muy amplia** para iniciar acciones judiciales para la protección y recomposición del ambiente, tal como lo exponen los precedentes “**MENDOZA**” (referido a la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo), “**DINO SALAS**” (vinculado con la tala y el desmonte de los bosques salteños) y “**KERSICH**” (en el que un grupo de vecinos reclamaban por la calidad del agua en diversos partidos de la provincia de Buenos Aires).

La Constitución Nacional (art. 41) y las locales (v.gr. arts. 27 Ciudad de Buenos Aires, 22 Entre Ríos, 22 Jujuy, arts. 49-57 Corrientes, art. 84 Río Negro, entre otras) y un denso conjunto de leyes derivadas de aquellas (en el orden federal podemos mencionar la ley general del ambiente 25675, la ley 24051 de residuos peligrosos, la ley 25612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicio, la ley 25916 de gestión de residuos domiciliarios, la ley 25670 de gestión y eliminación de PCB, la ley 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y análogas en el orden local, entre otras) imponen vastos deberes a los particulares y a los órganos estatales a fin de prevenir la agresión del ambiente y para su recomposición en caso de que haya sido deteriorado.

Una pieza clave de este sistema es la **ley general del ambiente 25675** (en lo sucesivo “**LGA**”) que reglamenta el art. 41 CN. La LGA establece los **presupuestos mínimos de protección ambiental** para todo el territorio de la Nación (art. 1º), los **principios de la política ambiental** (art. 4º y 5º), la **competencia judicial en la materia** (art. 7º), los **instrumentos de política y gestión** (art. 8º y sgtes.), el **daño ambiental y las responsabilidades consecuentes** (art. 27 y sgtes.).

Además, la LGA contempla la institucionalización de **procedimientos de consultas o audiencias públicas** como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente (cónf. arts. 19 a 21).

A partir de la incorporación de la cuestión ambiental en la CN y en las cartas constitucionales locales, los Estados han asumido deberes específicos.

Por una parte, el deber de ejercer el llamado **poder de policía ambiental**, que se orienta a defender la calidad de vida de la población, y que a diferencia de la clásica policía de salubridad (que apunta al cuidado de la salud previniendo enfermedades, cualquiera sea el factor desencadenante), su función se orienta a cuidar aspectos que van aún más allá de la ausencia de enfermedades, tales como

el uso adecuado del espacio, el disfrute del paisaje y la pureza de los recursos ambientales: aire, agua, suelo (BOTASSI, 1996).

Por otra parte, junto a este deber de control y verificación de actividades privadas potencialmente degradantes del ambiente, los Estados también asumen el compromiso directo de no dañar *per se* el medio ambiente al desenvolver sus cometidos específicos (por ejemplo, al proyectar, erigir o autorizar la construcción de obras públicas tales como represas, electroductos, explotaciones mineras o petrolíferas, etc.). Eventualmente, también están obligados a implementar medidas para sanear los ecosistemas que ya han sido deteriorados, tal como se dispuso en la célebre causa “MENDOZA” respecto del saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo.

En síntesis, el deber genérico de no dañar (*alterum non laedere*) se torna un mandato constitucional específico y concreto en materia del derecho colectivo a un ambiente sano. Los Estados son piezas claves de este sistema de protección ambiental. La primera prioridad es la prevención del daño futuro, y si este ya se consolidó, se debe actuar para recomponer la polución ambiental causada. Solo cuando los daños ambientales son irreversibles, puede tener lugar el resarcimiento.

Prevención, recomposición e indemnización sustitutiva son los tres pasos que, en este preciso orden, deben seguirse para tutelar el ambiente.

La Causa Mendoza

En julio de 2004 un grupo de vecinos de la Cuenca Matanza-Riachuelo (habitantes de “Villa Inflamable”, ubicada en Dock Sud, partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires) y profesionales (médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros) del Hospital Interzonal de Agudos “Pedro Fiorito” de la ciudad de Avellaneda, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, interpusieron una demanda judicial contra el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas, por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del río Matanza-Riachuelo y solicitaron también la recomposición del ambiente dañado. Más tarde la demanda se amplió e incluyó en el proceso a la Coordinadora Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) y a catorce municipios de la provincia de Buenos Aires que abarca la cuenca Matanza-Riachuelo.

A lo largo de tres años se realizaron cuatro audiencias públicas, en las que se expusieron los distintos argumentos, fundamentos y visiones de la problemática, se recabó información y se dio participación a los distintos sectores involucrados.

Finalmente, el 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico por medio del cual determinó la responsabilidad que les corresponde al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de prevención y recomposición del Daño Ambiental existente en la Cuenca. Asimismo, estableció un programa de políticas públicas de cumplimiento obligatorio, determinando quiénes son los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento, y el plazo en que estas deberían ser cumplimentadas, dejando a discreción de la Administración los medios para ello. Además previó la posibilidad de imponer multas ante el incumplimiento de los plazos establecidos, las que recayeron en cabeza del Presidente del ACuMaR. (Recuperado de <http://www.farn.org.ar>).

Para saber más acerca de este conflicto estructural ambiental, puede consultarse la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>.

2. El deber de prevenir el daño ambiental

En materia ambiental las soluciones tradicionales del instituto de la responsabilidad no siempre son eficaces, ya que mientras que estas han sido moldeadas sobre la base de proporcionar un efecto individual y personal, los daños ambientales revisten prioritariamente carácter colectivo, más allá de que sujetos individuales pueden llegar también a resultar afectados “de rebote”.

No hay que perder de vista que la finalidad del régimen de responsabilidad ambiental es la preservación de la naturaleza y no la obtención de un resarcimiento de una persona en relación con el patrimonio de otra puesto que los daños son comunitarios y afectan la calidad de vida de toda la sociedad. Ello implica dejar atrás al daño individual como centro del sistema de responsabilidad para pasar a otro que tiene en cuenta el daño que se causa a una multiplicidad de personas, incluso en diferentes lugares y aun en distintos momentos.

Los conflictos ambientales, a diferencia de los individuales, se caracterizan por ser multicausales. Todas estas particulares exigen adoptar un cambio de enfoque y técnicas adecuadas puesto que el agravio de los intereses colectivos difícilmente puedan solucionarse con los recursos clásicos de la responsabilidad (HUTCHINSON, 2009).

De allí que lo definitorio y distintivo en este campo es que la responsabilidad adquiere una faceta netamente **preventiva**, pues más que reparar el daño una vez provocado, se trata de evitar que se produzca:

El daño ambiental suele ser de difícil y costosa reparación, e incluso, volver las cosas al estado anterior al de su producción puede resultar imposible. (...) En esencia, lo que se persigue por aplicación del principio de prevención es la evitación de todo posible daño al ambiente, partiendo de la certeza de que la actividad en cuestión, conforme la experiencia, podría ocasionarlo (NASSI, 2015, 635).

La LGA considera que **la prevención del daño ambiental es un principio inherente a la política ambiental**. Dice su art. 4° al referirse al **principio de prevención** que “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” y consecuentemente, en su art. 22 obliga a “toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos” a “contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir”.

A fin de materializar su principio de prevención, la LGA obliga a llevar adelante **estudios de impacto ambiental (EIA)** con carácter previo a la realización de cualquier emprendimiento –público o privado– que pueda alterar los ecosistemas.

Esta **función preventiva** no es desconocida para el derecho de daños. Lejos de ello, el **CCyC la recepta en su art. 1710** y la hace convivir con su clásica función reparadora, que es a la que hemos venido haciendo referencia en esta obra en todas sus variantes vinculadas con la responsabilidad estatal. A fin de vehicularla, el CCyC contempla en sus **arts. 1711 a 1713**, la denominada “**acción preventiva del daño**”, que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no siendo necesaria la concurrencia de ningún factor de atribución.

Aunque la acción preventiva del CCyC no se limita a canalizar problemáticas ambientales ya que es articulable frente a cualquier situación en la que resulta inminente la producción de un daño –v.gr. un edificio que amenaza ruina–, indudablemente puede funcionar como un vehículo apto para ejercer la prevención en temáticas ambientales. En general, la acción de amparo o las medidas cautelares autónomas reguladas en los ordenamientos procesales o admitidas jurisprudencialmente a partir del precedente “CAMACHO ACOSTA”, suelen ser las vías procesales adecuadas para llevar adelante la pretensión de prevención de daños. El art. 32 de la LGA alude a las medidas precautorias como “medidas de urgencia” que pueden pedirse en cualquier estado del proceso.

De este mismo tenor es el **amparo ambiental que contempla el art. 30 in fine de la LGA**, que puede plantear “toda persona” con el objeto de lograr “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. Esta vía es un subtipo del amparo genéricamente regulado por el art. 43 de la CN, dado que su ámbito de aplicación es exclusivo para la defensa del ambiente y su objeto

está enderezado exclusivamente a procurar la cesación de las causas del daño (NASSI, 2015).

Acertadamente se ha dicho:

la prevención a la que se refiere la Ley General del Ambiente implicará no solo actuar antes, sino también sobre los elementos primogénitos que, con una mirada de proyección, pudieran provocar daño cierto al ambiente. Esto incluye el análisis e implementación, desde el Estado, de políticas de gestión, control y fiscalización tendientes a prevenir el daño ambiental (NASSI, 2015, 636).

En esa dirección se inscriben el deber de **contratar un seguro de responsabilidad por daño ambiental** (art. 22 LGA) y los **estudios de impacto ambiental** que deben llevarse adelante previo a la aprobación de cualquier emprendimiento de envergadura con potencialidad dañosa al medio ambiente (art. 12 LGA).

En el marco de esta evaluación la autoridad competente realiza una evaluación sistémica de la obra o actividad propuesta y luego dicta un acto administrativo en el que se aprueban o rechazan los estudios presentados por el interesado y se determina si el emprendimiento posee o no relevante efecto ambiental. De este modo, si la declaración de impacto ambiental aprueba la obra o actividad propuesta, el proponente quedará habilitado para realizarla y la Administración para controlarla (NASSI, 2015).

El EIA constituye un instrumento preventivo pues con ellos la autoridad de aplicación cuenta con información acerca de si la ejecución de un proyecto puede traer consecuencias negativas para el entorno. Además,

la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (“MARTÍNEZ”).

Por otra parte, todas las habilitaciones ambientales (licencias, permisos, autorizaciones o concesiones) por medio de las cuales el Estado autoriza una determinada actividad o emprendimiento, quedan a su vez sujetas al contralor permanente de las condiciones de su realización y a la posibilidad de revocación en caso de apartamiento o infracciones a normas ambientales administrativas.

2.1. El principio precautorio

La impronta preventiva del sistema de responsabilidad ambiental se complementa con el **deber de precaución** que la LGA recepta como principio en su art. 4°:

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.

Este principio plantea que la incertidumbre científica no debe ser una excusa para evitar la adopción de medidas que tiendan a evitar la posibilidad cierta de la ocurrencia de un daño ambiental grave, aunque su costo sea elevado, ni para convalidar la acción u omisión humanas potencialmente dañosas (ROSATTI, 2007).

El principio de precaución es más amplio que el de prevención, pues este último se dirige a un riesgo conocido que se busca precaver y en cambio el precautorio, a uno grave pero incierto. De este modo, es el principio de precaución

el que permite resolver la incertidumbre de los saberes científicos; es decir, trabajar sobre riesgos hipotéticos o potenciales mientras el principio de prevención es el que nos permite evitar un daño futuro y mensurable (NASSI, 2015, 640).

En esa dirección la CSJN ha puesto particular énfasis en la importancia y gravitación que reviste el principio precautorio en el precedente “SALAS, DINO” en el que estableció:

el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten (...) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

3. El deber de recomponer

En el marco del art. 41 CN, el art. 4° de la LGA contempla el **principio de responsabilidad por los daños ambientales** en los siguientes términos:

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.

En este orden de ideas, el art. 30 de la LGA **prevé que, ocurrido el daño ambiental, se abre una acción de recomposición del ambiente** y en último término, y solo en el caso de que la recomposición no fuere técnicamente factible, quedará habilitada la pretensión de **condena al pago de una indemnización sustitutiva que se destinará al “Fondo de Compensación Ambiental”**.

Cuando la prevención no se implementó o no funcionó adecuada o suficientemente y el daño ambiental quedó consolidado, se pone en marcha la **segunda faceta que presenta la responsabilidad ambiental que es la de la recomposición de los daños ambientales**, que como hemos dicho, se caracterizan por ser pluridindividuales, difusos y colectivos.

En su art. 27 la LGA define al **daño ambiental de incidencia colectiva** como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos, **tanto se derive de hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, por acción u omisión** y en su art. 28 contempla:

El que cause el daño ambiental **será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción**. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

Este régimen de la LGA conforma un **sistema especial de responsabilidad por daños al ambiente de carácter objetivo**, que como adelantamos, se aplica “sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan” (cónf. art. 4, LGA). Ello significa que las normas especiales de la LGA referidas al daño ambiental colectivo prevalecen pero se **complementan con las contenidas en el CCyC** (arts. 1716 y ss., y en particular art. 1757 referido a la responsabilidad por actividades riesgosas) **y en la LRE** (arts. 3°, 4° y 5°). Tanto la regulación del CCyC como la LRE operan como normas de remisión para las cuestiones no previstas específicamente.

Es necesario remarcar que para la LGA los daños ambientales pueden surgir tanto en el marco de **conductas lícitas como ilícitas**. Así, si enfocamos la cuestión desde la responsabilidad estatal, veremos que la construcción de una represa destinada a generar energía eléctrica posee indudables fines de bienestar general pero su construcción puede traer aparejados daños ambientales. En cambio, la fuente de la responsabilidad ambiental estatal será ilícita si una planta municipal de tratamiento de residuos cloacales de la que emanan en forma permanente olores nauseabundos contamina el ambiente y lesiona en forma directa a los vecinos que se ven permanentemente expuestos a estas emanaciones.

El criterio de la LGA, al reglamentar la obligación de recomponer, comprende la restitución de las cosas al estado anterior (cónf. art. 1740 CCyC), pero de no ser ello posible *in totum*, pueden adoptarse aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, al menos en forma progresiva, del daño ambiental común, como por ejemplo, la plantación de árboles en nuevas autopistas (HUTCHINSON, 2009) o en la traza de electroductos (“LITSA”). Solo cuando ninguna de las dos alternativas sea posible, se activa el deber de abonar la indemnización sustitutiva que el juez establezca en el Fondo de Compensación.

La **exención de responsabilidad** solo se produce si el demandado acredita que los daños sucedieron por caso fortuito o fuerza mayor (NASSI, 2015; GARRIDO CORDOBERA, 2012), culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no se deba responder y si además, no media la culpa concurrente del responsable (art. 29 LGA). Finalmente, en el art. 31 la LGA se refiere a supuestos de concausa y de responsabilidad de las personas jurídicas, y dispone que si dos o más sujetos han participado en la comisión del daño pero no puede establecerse en qué medida contribuyó cada uno, **todos responden solidariamente**, pudiendo repetir a favor de quien efectivamente responde, para lo cual el juez debe establecer el grado de responsabilidad de cada uno. Esta solución es lógica porque lo más frecuente es que el daño ambiental es multicausal y resultante de un proceso que tiene lugar a lo largo del tiempo.

4. El deber de reparar el daño individual derivado del daño ambiental

Ya hemos destacado que la nota distintiva de esta especie de responsabilidad es que el daño ambiental tiene incidencia colectiva pues afecta a la comunidad toda por encima de los individuos considerados aisladamente, aunque estos también puedan sufrir un daño particular. En efecto, más allá de que no resulte dañada la salud o el patrimonio de persona alguna, el daño ambiental queda verificado por la afectación producida en el entorno o equilibrio ecológico puesto que se trata de categorías jurídicas independientes (THEA, 2006).

El daño ambiental no es un daño común. A diferencia de los daños directos e indirectos, el daño ambiental es un daño “difuso, indiferenciado, impersonal, en ocasiones incierto, vinculado con problemáticas de causalidad plural” (NASSI, 2015, 719), de sensible interés social, en el que están en juego, además, derechos de incidencia colectiva (referidos justamente a bienes o valores colectivos).

Ocurre, sin embargo, que con el mismo rótulo de “daño ambiental” se alude al **daño individual subjetivo causado a las personas en su esfera patrimonial o extrapatrimonial** por el deterioro del ambiente (DEL RIO, 2019). Este último

es un daño indirecto derivado generalmente de alguna situación riesgosa para el ambiente, en tanto esta provoca un menoscabo a la salud, a la propiedad, o una afectación o detrimento de cualquier otro bien individual (DEL RIO, 2019).

En esa dirección, “MENDOZA” es un litigio estructural en el cual se ordenó a los Estados y municipios involucrados recomponer la cuenca (bien y daño colectivo), y paralelamente, por fuera de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se plantearon las acciones individuales para reclamar la reparación de los daños personales sufridos por los vecinos en consecuencia del daño al ambiente entendido como bien colectivo.

El daño subjetivo e individual derivado del daño ambiental, que por lo común se denomina daño *por rebote*, legitima a la persona que lo padece a pedir una indemnización pecuniaria destinada a su patrimonio personal (“CARRIZO”). Obviamente que el afectado también puede pedir la recomposición y por supuesto, accionar por la vía de amparo a fin de lograr la **cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo**.

De todos modos no está de más insistir en que la legislación ambiental procura la defensa, preservación y recomposición del ambiente como bien colectivo e indivisible y, por tal motivo, pone toda su atención en lograr la recomposición o la restauración del medio natural dañado para que pueda volver a su estado originario, antes de la producción del daño (DEL RIO, 2019).

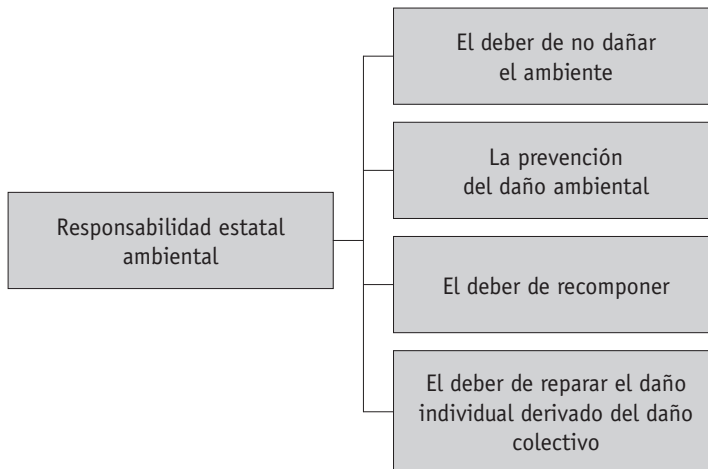
El precedente “FUNDACIÓN CIUDADANOS INDEPENDIENTES” ilustra y sintetiza todo lo que hemos estudiado acerca de las diversas facetas de la responsabilidad estatal ambiental. En esta acción ambiental meramente declarativa, los actores requirieron a la Corte Suprema de Justicia los tres contenidos típicos de las acciones ambientales: 1. el cese de la explotación minera en el emprendimiento Veladero-Pascua Lama, o en caso de decidirse su continuidad, la fijación de las condiciones en las que dicha explotación se debe realizar a fin de no generar daños al medio ambiente, la salud y la vida de la población que habita dicha zona geográfica; 2. la recomposición del ambiente dañado a cargo de las empresas demandadas solidariamente con la provincia de San Juan y el Estado Nacional; 3. el deber de las empresas de contratar un seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva.

El daño ambiental en el cine

En el film *Erin Brockovich* (Steven Soderbergh, EE. UU., 2000), Julia Roberts interpreta a una madre divorciada y con tres hijos, que trabaja en un estudio de abogados y que casi por casualidad, descubre que aguas procedentes de los vertidos de las instalaciones de una empresa llamada *Pacific Gas and Electric Company* producen enfermedades entre los vecinos colindantes a esa planta. Luego de investigar profusamente el caso, Erin lleva adelante una persistente tarea dedicada a convencer a los afectados de iniciar una acción colectiva a fin de lograr un resarcimiento por los daños sufridos y para que se detenga la actividad contaminante.

Dejando a un lado las diferencias atribuibles a las particularidades del sistema jurídico norteamericano que se retratan en la película, en ella se muestran muy bien las diversas facetas que congloba la responsabilidad ambiental: el deber de prevención –que no fue cumplido porque las agencias estatales contaban con información acerca de la contaminación que se estaba produciendo y no actuaron para evitar ni sancionar a las empresas–; el deber de recomposición del entorno natural afectado por la contaminación y el deber de reparar los daños colectivos e individuales sufridos a raíz de ella.

Esquemmatizando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BOTASSI, CARLOS A. “La nueva legislación ambiental bonaerense”, *Jurisprudencia Argentina* 1996-IV, p. 892-895.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 909-999.
- CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 29-47.
- CASSAGNE, JUAN C., “El daño ambiental colectivo”, La Ley 2004-E, p. 1426-1435.
- CASTELLANO, MARIA S., *La responsabilidad del Estado frente al daño ambiental. El rol de los jueces*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- DEL RÍO, MARÍA M., “Responsabilidad del Estado por daño ambiental”, en TAWIL, GUIDO S. (Dir.), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, págs. 935-950.
- ESSAIN, José, *Competencias ambientales*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- FARRANDO, ISMAEL (H) Y MARTÍNEZ, PATRICIA (DIRS.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- FONROUGE, JULIO C., “Derecho ambiental y responsabilidad del Estado”, La Ley, AR/DOC/581/2017, p. 1-12. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- GALDÓS, JORGE M., “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, La Ley 2016-B, p. 891-904.
- GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., “Cuestiones que plantea la responsabilidad por riesgo ambiental: Desafíos de la postmodernidad”, *Revista Jurídica de Daños*, N° 3, julio 2012, IJ Editores. Recuperado de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=db666b40e0a0b2f702d90877e2d731be>.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2011.

- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2000.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, “El daño ambiental colectivo”, *La Ley* 2009-F, p. 1265-1280.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, Buenos Aires, 1ª ed., La Ley, 2013.
- LAGO, DANIEL H., “Daño ambiental, prevención y recomposición: vías procesales y sus límites”, *Jurisprudencia Argentina AP/DOC/328/2018*, p. 1-10. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- LORENZETTI, LUIS R. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2014.
- NASSI, MARÍA C., “Ley general del ambiente”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 617-777.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, Buenos Aires, 1ª ed., La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RODRÍGUEZ SALAS, ALDO, *El derecho ambiental y la ley general del ambiente de Mendoza. Ley 5961*, Mendoza, Ediciones Universidad de Congreso, 2016.
- ROSATTI, HORACIO D., *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- SABSAY, DANIEL A., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza - Riachuelo”, *La Ley* 2006-D, p. 280-288.
- TAWIL, GUIDO S., “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, *La Ley* 2015-F, p. 482-488.
- THEA, FEDERICO G., “Responsabilidad de las provincias por daño ambiental transfronterizo”, *Lecciones y Ensayos*, N° 82, 2006, p. 227-259.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1ª ed., Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Multimedia

NONNA, SILVIA, Panorama general e introductorio sobre el derecho ambiental en Argentina. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-derecho-ambiental-S01.php>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contaminación del Riachuelo. Causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>.

Jurisprudencia

CSJN, “Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros” (Fallos: 320:1633).

CSJN, “Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa” (Fallos: 339:1331).

CSJN, “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otros y otro s/ amparo” (Fallos: 337:1361).

CSJN, “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de” (Fallos: 322:2862).

CSJN, “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica Llc Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo” (Fallos: 339:201).

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo” (Fallos: 331:1676).

CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional” (Fallos: 332:663).

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Carrizo, María Esther c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos y otros s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley”, sentencia del 06/04/2016.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo” (Fallos: 2/12/14).

CSJN, “Los Saladeristas Podestá” (Fallos: 170:273).

CSJN, “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica Llc Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo” (Fallos: 339:201).

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo” (Fallos: 331:1676).

CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional” (Fallos: 332:663).



BLOQUE TEMÁTICO 4

Otros sujetos responsables





Premisas

El primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado provino del establecimiento legal de la responsabilidad de sus funcionarios. Tanto en Inglaterra, Francia, Italia, España, Estados Unidos, como en nuestro país, los ordenamientos jurídicos consagraron en primer lugar la responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños y omisiones cometidos en el ejercicio de sus cargos. Solo mucho tiempo después, y tras un largo recorrido, fue admitido que el propio Estado tenía también el deber de responder. Así lo contemplaba nuestro Código Civil que en su famosísimo artículo 1112 que establecía: “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”.

Más allá de los debates doctrinarios que ya hemos repasado acerca de si esta disposición se refería o no simultáneamente al Estado, lo evidente es que aludía a los empleados y funcionarios públicos. Ello significa que desde los albores de la organización nacional rige una regla de orden republicano que obliga a los funcionarios a hacerse responsables personalmente por los daños que causan al desempeñar los cometidos que el Estado les ha asignado.

En este bloque vamos a estudiar de qué manera opera esta responsabilidad personal o más bien, en qué condiciones *desearíamos* que operase la responsabilidad de los funcionarios.

Ya desde estas palabras preliminares tenemos que resaltar nuestra convicción acerca de que el punto más débil del sistema de responsabilidad estatal es el que vamos a estudiar en el capítulo 17 de este bloque. Infelizmente la responsabilidad personal de los funcionarios por los daños que causan es en la práctica inexistente. Con el legítimo afán de hacer responsable al Estado para de este modo no dejar desprotegidas a las víctimas, se ha descuidado concretar la responsabilidad personal de los funcionarios y esto ha derivado en un saldo nefasto de negligencia, inoperancia y falta de profesionalismo de cierto sector del funcionariado público y principalmente, en la existencia de altísimos niveles de corrupción en casi todas las estructuras del Estado.

Para finalizar, en el último capítulo de este cuarto bloque nos dedicaremos a estudiar la responsabilidad de los concesionarios, licenciatarios, permisionarios y otros sujetos de derecho privado que desempeñan cometidos públicos. Y, en particular, investigaremos cuáles son las conexiones que existen entre la responsabilidad de estos sujetos privados y la del propio Estado frente a una eventual demanda por daños vinculados con la prestación.

CAPÍTULO 17

La responsabilidad de los funcionarios, empleados y agentes públicos

Leer este capítulo te llevará:
48 minutos aproximadamente

1. Noticias de una negligencia

Ya tenemos claro que la responsabilidad estatal no sustituye ni excluye la responsabilidad civil, administrativa y aun la penal, de los funcionarios y agentes que con negligencia o dolo cometen daños al ejercer sus tareas.

Visualicemos este doble orden de responsabilidades en la siguiente noticia periodística:

Demanda millonaria por una gasa

La justicia en lo Contencioso Administrativo condenó a un hospital público por los daños que sufrió una paciente a la que le dejaron una gasa dentro del cuerpo luego de una cirugía.

Los jueces consideraron que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe responder por el olvido quirúrgico incurrido en un hospital público durante una operación en la cual fue dejada una gasa dentro del cuerpo de una paciente, ya que la ausencia de normas claras y concisas sobre la materia es una omisión antijurídica.

Diario Judicial, 27/07/2018.

(Disponible en <https://www.diariojudicial.com/nota/81254>)

El Estado ha sido condenado. Como titular del hospital público claramente estaba obligado a responder en forma objetiva y directa por la pésima atención brindada a la persona operada.

Pero ¿cómo llegó a quedar la gasa en el cuerpo de la paciente? ¿Quién se la olvidó? ¿Los médicos cirujanos que practicaron la operación no son también responsables?

Aunque la jurisprudencia lo registra bastante poco, el ordenamiento jurídico vigente contempla que los funcionarios pueden ser condenados civil y penalmente por los daños que causan al desempeñar sus funciones estatales.

2. Un solo daño. Dos posibles responsables

La noticia con la que hemos iniciado este capítulo muestra claramente que frente a la víctima de un hecho dañoso atribuible de un modo objetivo y directo al Estado, son dos, y no solo uno, los sujetos que eventualmente pueden quedar obligados a reparar el daño. Y esto es así porque en última instancia, cualquier lesión causada por el irregular funcionamiento de un servicio estatal solo puede provenir de la acción u omisión de una persona humana que atribuye al Estado este hacer o no hacer. Evidentemente hay casos en los que el mal funcionamiento del servicio se debe a un conjunto de situaciones imposibles de imputar a nadie en particular. Pero cuando ello no ocurre y el daño fue causado directamente por un agente o funcionario concreto, ambos, Estado y funcionario, están obligados a responder frente al afectado.

Recordemos que la **teoría del órgano** permite imputar al Estado en forma directa las acciones u omisiones de las personas físicas que lo integran, sean lícitas o ilícitas, siempre que hayan sido realizadas en el **ejercicio de la función que tenían asignada o en el contexto razonable de aquellas**. Pero que el Estado asuma estos perjuicios en forma directa no significa **que sus agentes estén exentos de hacerlo en igual modo**.

Cualquiera sea el vínculo jurídico que ligue al agente con el Estado –relación de empleo público o contratación transitoria– o la jerarquía del cargo desempeñado –ministro, policía, enfermero, diputado, juez– o la razón por la cual se ejerce el cargo público –por haber sido elegido por voto popular, por haber sido nombrado luego de un procedimiento de selección, por simple contratación– **los funcionarios, agentes o empleados, cualquiera sea su denominación, están obligados a responder por los daños que causan al ejercer sus funciones de modo doloso o negligente**.

Y tanto es así que no solo los afectados pueden encauzar sus demandas contra los agentes y funcionarios, a fin de factibilizar esta responsabilidad individual y personal, sino que **el propio Estado también puede incoar en su contra acciones de regreso con el fin de descargar o compartir con aquellos el resarcimiento** que tenga que afrontar a título objetivo y directo frente a las víctimas.

Lo que ocurre es que a diferencia de la responsabilidad estatal, la de los funcionarios **es de carácter personal y subjetivo –es por el hecho propio (cónf. art. 1749 CCyC)– por lo que para que esta se verifique, el afectado deberá necesariamente identificar al sujeto que causó la lesión y, luego, probar que este actuó con dolo o culpa**.

En el orden nacional, hasta la sanción de la LRE la responsabilidad personal de los funcionarios y agentes surgía directamente del art. 1112 del Código Civil.

La norma derogada preveía: “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”.

Actualmente, y con una fórmula bastante parecida, el art. 9 de la LRE dispone:

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

Lamentablemente, lo que sucede en la realidad es que esta responsabilidad personal y subjetiva es la menos efectivizada. El panorama jurisprudencial vigente arroja que **es prácticamente total la impunidad civil de los funcionarios por los daños que causan en ejercicio o en ocasión de sus funciones**. Y como se ha dicho con sabiduría, no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos (GORDILLO, 2014).

Entre el Estado y los funcionarios no existe un litisconsorcio pasivo necesario, razón por la cual “el damnificado puede demandar al funcionario y al Estado o solo a uno de ellos” (CALDERÓN y MÁRQUEZ, 2010, 346). Además, como el Estado se presume solvente, las víctimas rara vez demandan a los funcionarios. Incluso cuando lo hacen, no es extraño que desistan contra ellos en el transcurso del proceso (en “FURLAN”, por ejemplo, la actora desistió de la acción contra el policía que maniobró el arma que mató a su esposo, por lo que el juicio solo siguió contra el Estado que fue el único condenado). A su vez no es nada frecuente que el Estado interponga acciones regresivas contra los funcionarios responsables.

Los jueces, por su parte, con el buen propósito de proteger a las víctimas, han ido ampliando paulatinamente los contornos de la falta de servicio y le han dado a la responsabilidad estatal carácter objetivo y directo, lo que ha recogido la reciente legislación (cónf. art. 1° LRE y semejantes en el orden local). Pero se ha producido el efecto no deseado de que ni las víctimas ni el Estado se interesan en concretar la responsabilidad de los funcionarios y ello ha generado una dinámica muy negativa y con un saldo final claramente disvalioso. No solo porque el Estado no recupera nada de lo pagado a las víctimas sino porque nunca se genera una cultura institucional preventiva de la causación de los daños que evite la concreción de prácticas de corrupción.

Salvo situaciones dramáticas como las tragedias de “Cromagnon” y de “Once”, o respecto a profesiones específicas, como los médicos y demás profesionales de la

salud, el grueso de los funcionarios involucrados directamente y a título culposo o doloso en la causación de daños suele quedar al margen de toda condena pecuniaria.

Es cierto que los damnificados merecen un resarcimiento y por ello prefieren litigar contra quién es ciento por ciento solvente, más allá de lo largo y dificultoso que pueda ser el camino para concretar el pago de la condena impuesta. Pero igualmente cierto es que el conjunto de la ciudadanía merece funcionarios probos y que asuman los daños que causan por su dolo o negligencia.

¿Qué circunstancias distorsionan el sistema? ¿Por qué razón la responsabilidad personal de los funcionarios es prácticamente *virtual*? **¿Por qué solo tiene lugar frente a tragedias de proporciones enormes? ¿Todo esto tendrá algo que ver con los delitos que se cometen diariamente en perjuicio de la Administración y desde ella? ¿Un sistema de seguros profesionales**, como los que toman los médicos frente al riesgo de demandas de mala praxis, podría **ayudar a superar este estado de cosas?**

Bianchi considera a este problema “de muy difícil o quizá imposible solución”, “una suerte de cuadratura del círculo” (BIANCHI, 1996, 4). Las dos razones que esgrime para considerar “poco menos que imposible” una solución son: (1) la dificultad de orden patrimonial por la desproporción entre la magnitud económica de los asuntos que maneja un funcionario y su patrimonio, y (2) la posible “parálisis” o lentitud que podría producirse en la actividad del Estado por el extremado cuidado que pondrían en cada caso los funcionarios para evitar incurrir en responsabilidad (BIANCHI, 1996).

Mairal, por su parte, destaca que los norteamericanos han puesto gran énfasis en el problema de la responsabilidad de los funcionarios y por ello han tendido hacia una disminución gradual de la responsabilidad de aquellos, a través por ejemplo de las doctrinas de la inmunidad absoluta o relativa de los funcionarios (MAIRAL, 2001). A través de la reforma de 1988 a la Tort Claims Act, este proceso de traslación de la responsabilidad personal del funcionario al Estado ha sido intensificado (BIANCHI, 1996).

Como vemos, el problema trasciende fronteras.

3. Faltas personales y faltas de servicio. Concurrencia e independencia

Una de las cuestiones que hemos analizado en el bloque 1 es la crucial influencia que la doctrina del Consejo de Estado francés tuvo en el desarrollo de la responsabilidad estatal.

Precisamente uno de los principales legados de esta jurisprudencia francesa son las nociones de **falta personal y de falta de servicio** que fueron elaboradas por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos a fin de dirimir qué tribunales

(si los administrativos o los judiciales) debían intervenir en las demandas resarcitorias interpuestas contra los funcionarios y quién de los dos –el Estado o los funcionarios– debía responder por tales daños.

Vale rememorar que originariamente, los particulares que pretendían demandar ante los tribunales ordinarios a los funcionarios a los que les atribuían un hecho dañoso, tenían la obligación preliminar de solicitar autorización al Consejo de Estado, puesto que se consideraba que si se los demandaba directamente sin contar con este permiso, se configuraba un atentado contra el principio de la división de poderes (MORAND- DEVILLER, 2017).

En este contexto, si el Consejo de Estado entendía que se configuraba una *faalta personal*, la conducta del funcionario podía ser juzgada por los tribunales ordinarios según las normas del derecho civil y ello desligaba al Estado de toda persecución por parte del afectado. Si en cambio, no se tenía por configurada la falta personal, le correspondía responder al Estado, pues entonces se entendía que mediaba una *faalta de servicio* y ello activaba la jurisdicción de los tribunales administrativos. “En esta etapa primigenia no había lugar para la coexistencia de ambas responsabilidades: o respondía el funcionario o respondía la Administración” (RUIZ AGUILAR, 2015, 6).

Posteriormente el sistema evolucionó y se aceptó la posibilidad de la coexistencia de la falta de servicio con una falta personal del funcionario (*arrêt* “ANGUET”, del 3 de febrero de 1911), por lo que el Estado también pasó a responder en estos supuestos de acumulación. Más tarde en “LEMMONIER” el Consejo de Estado depuró los conceptos y sostuvo que incluso en aquellos casos en los que la falta personal pudiera separarse, si el servicio había contribuido en parte en la producción del daño, se veía comprometida también la responsabilidad de la Administración (RUIZ AGUILAR, 2015). En efecto, en “LEMMONIER” se afirma:

si la falta personal ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servicio a la disposición del culpable por efecto del juego del servicio, si en una palabra, el servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de sus consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, el juez administrativo podrá y deberá decir: la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta.

Entonces, cuando la falta puede separarse del servicio, habrá falta personal por la cual el funcionario será responsable ante el tribunal judicial, pero cuando el servicio no pueda separarse de la falta, podrá haber coexistencia o acumulación de faltas. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido fundamental para delimitar ambos conceptos por lo que “una gran casuística hace que en este tema sea tan similar el Derecho administrativo francés al Derecho de precedentes del *common law*” (MAIRAL, 2001, 371).

En nuestro ordenamiento jurídico no está legislado el concepto de falta personal, pero sin embargo este suele emplearse en doctrina y en jurisprudencia, aunque en **sentidos diversos y sin un contenido unívoco**.

En un sentido más restringido, **la falta personal** es aquella *que carece de conexión con el servicio*, es decir que es plenamente “separada” de aquel *y que se origina en actos exclusivamente personales o que hacen a la vida privada del agente*. Sería, por ejemplo, el caso de un funcionario que, vistiendo el uniforme oficial y durante el horario de trabajo, se toma a golpes de puño con un compañero de trabajo por un préstamo de dinero no saldado. No hay posibilidad de encontrar en esta situación una falta de servicio, aun cuando el agresor estaba cumpliendo un horario y utilizando el uniforme reglamentario. La falla del empleado se separa de sus funciones (Tribunal de Conflictos francés, *arrêt* “PELLETIER”). El Estado no responde, solo lo haría el funcionario. Cuando se alude a la falta personal en el sentido al que nos venimos refiriendo, también se la suele llamar **falta “separable” o personalísima**.

Pero también se **habla de falta personal cuando la actuación dolosa o culposa del funcionario que causa daños carece de este carácter personalísimo, estrictamente privado o totalmente desconectado con el servicio**. Cuando la falta personal **no es plenamente separable**, lo más frecuente es que **aquella conviva con la falta de servicio**.

Aquí se pueden identificar dos supuestos:

- a) las faltas que son cometidas *en ejercicio propio de las funciones*. Por ejemplo, un profesor que abusa de un alumno en el marco del vínculo escolar comete un delito que está totalmente relacionado con las funciones que realizaba, tanto así que justamente fueron estas funciones docentes las que generaron el contexto para que pudiera concretarse el abuso. De modo que **la conducta ilícita del funcionario además de constituir una falta personal, también hace incurrir a la organización estatal en una falta de servicio**. El delito cometido por el funcionario activa la aplicación a su respecto del art. 9 de la LRE:

La actividad o inactividad de los funcionarios y 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

y, al mismo tiempo, genera la responsabilidad del Estado. Además, en caso de que solo uno de ellos afronte la indemnización, entre ambos responsables existirán acciones regresivas.

- b) las faltas que son cometidas *fuera del ejercicio de las funciones pero que no carecen de una desvinculación total con ellas*, por ejemplo, si fueron cometidas *en ocasión del servicio o con algún elemento provisto por el servicio*, que es peligroso en sí mismo, como las armas de fuego que portan las fuerzas de seguridad.

Sería el caso de un policía que estando fuera del horario en que prestaba funciones, al que se le resbala su arma reglamentaria, que se dispara y provoca la muerte de una persona. La falla se produjo fuera del servicio pero en ocasión de aquel y con un objeto riesgoso proporcionado por el propio servicio policial (“FURNIER”). En este supuesto **confluyen la falta personal o responsabilidad por el hecho propio del funcionario sobre la base del factor de atribución de culpa o negligencia y la responsabilidad estatal por ser el titular del arma que constituye un objeto riesgoso en sí mismo**. Hay una concurrencia de responsabilidades. Si el que paga la indemnización es el Estado, este tendrá una acción de regreso contra el funcionario.

Inversamente, si se ha identificado al funcionario interviniente en la causación del daño pero este no se produjo debido a un actuar negligente o doloso de aquel sino más bien a deficiencias que podríamos llamar *estructurales* del servicio, **no habrá falta personal sino solo una falta de servicio**. En este caso el Estado es el único responsable ya que el agente ha puesto su empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente pero por razones que lo exceden y que tienen que ver con la organización administrativa en sí misma el daño se comete igual.

Lo mismo ocurriría, obviamente, cuando el mal funcionamiento del servicio se debe a un conjunto de situaciones imposibles de imputar a alguien en particular. Cuando no hay funcionario identificado no puede haber falta personal; solo habrá falta de servicio.

Como vemos, en muchos casos la **línea divisoria entre lo que es una falta personal y una de servicio puede ser muy difusa**.

En esta dirección, **los daños causados por agentes con estado policial con las armas de fuego que deben portar por disposición reglamentaria** han dado lugar al universo más vidrioso de casos, puesto que aunque la tendencia jurisprudencial ha sido en favor de extender la responsabilidad estatal, hay supuestos extremos en los que podría llegar a entenderse que los agentes policiales abusan de su condición y emplean los medios provistos por el servicio para cometer delitos.

Por ejemplo,

- si en una fiesta de casamiento, un prefecto se emborracha y, en este estado, saca el arma reglamentaria y ejecuta disparos que lesionan a uno de los invitados;
- si en el contexto de una discusión de pareja, un gendarme, que había sido denunciado por su esposa por violencia doméstica, le dispara con el arma reglamentaria y la mata;
- si el hijo menor de un policía accede al arma reglamentaria de su padre y esta se dispara, dañando a terceros;

¿Quién debe responder? ¿Los funcionarios, el Estado o los dos? ¿Coexisten la falta personal y la falta de servicio? ¿Solo hay faltas personales?

La tendencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema es la de entender que en estos supuestos el Estado es tan responsable como el funcionario que delinque o se desempeña negligentemente. Para imponer al Estado el deber de responder se ha razonado que cuando la protección pública genera riesgos, lo más justo es que estos sean soportados por la comunidad que se beneficia con ella (“FURNIER”). De modo que si para cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados el Estado se vale de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad o ineptitud manifiesta, las consecuencias de la mala elección, fuese o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado. Bastaría entonces que la función desempeñada haya dado la *ocasión* para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad estatal, puesto que de no haberse suministrado al policía involucrado el arma reglamentaria de permanente portación o de no existir estado policial, el accidente no se habría producido (“IZAURREALDE”).

4. ¿Cuáles son los presupuestos de la responsabilidad de los funcionarios?

A diferencia del Estado cuya responsabilidad es objetiva y directa, los funcionarios solo responden en la medida en que hayan obrado de **modo irregular, incurriendo en culpa o dolo, en la ejecución o en la omisión de cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas** (art. 9° LRE).

El funcionario no responde por actividad lícita. El cumplimiento regular de las obligaciones legales o reglamentarias que tiene que desempeñar nunca puede originar su responsabilidad. Como ya hemos expuesto, si el funcionario causa un daño pero ajustando su proceder a lo que las normas le ordenan, no incurrirá en responsabilidad personal (PIZARRO, 2013), podrá haber una falta de servicio pero no una acción u omisión antijurídica del agente. Por ejemplo, si un funcionario denuncia la comisión de un posible hecho ilícito, cumple con el deber que le imponen las normas en tal sentido. Si a la postre el denunciado es sobreseído, este hecho no puede aparejarle responsabilidad al funcionario. Tampoco podría responsabilizárselo si el funcionario obra en cumplimiento de una norma que *a posteriori* es declarada inconstitucional.

Las obligaciones incumplidas con culpa o dolo se entienden en un sentido amplio, comprendiendo tanto a facultades **regladas o discrecionales, impuestas por la Constitución, por la ley, los reglamentos, actos administrativos, contratos, etc., en forma expresa o razonablemente implícita.** A su vez, los agentes que ejercen profesiones liberales (médicos, arquitectos, ingenieros, abogados, etc.) deben ajustar su conducta no solo a las normas

reglamentarias de la función sino también a los parámetros que rigen dicha actividad profesional específicamente (por ej., el *lex artis* en materia médica, constructiva, etc.).

Por otra parte la conducta irregular puede venir tanto de una **acción** (por ejemplo, en una operación quirúrgica, extraer la amígdala derecha en lugar de la izquierda) como de una **omisión** (no controlar el estado de una instalación eléctrica que luego provoca un incendio).

Y por ser una responsabilidad **subjetiva**, el actor deberá probar la irregularidad y ella permitirá presumir *iuris tantum* la culpa (CALDERÓN y MÁRQUEZ, 2010; PIZARRO, 2013). “La culpa surge *in re ipsa*. Por tanto, para eximirse de responsabilidad, el funcionario o agente público deberá destruir dicha presunción demostrando que la conducta adoptada no fue culposa” (PERRINO, 2015 (b), 113).

Para la evaluación de la presencia del factor de atribución de culpa o dolo se aplica un análisis ponderativo de las particulares circunstancias de cada caso. Para responsabilizar a un funcionario debe demostrarse que existió un error o que la decisión o conducta ilegítima adoptada, de acuerdo con los antecedentes con los que contaba el funcionario al momento de actuar, superaba lo opinable, ello en razón de la naturaleza del asunto en trato y del cuidado que, según la experiencia, es dable exigir a un funcionario o agente estatal en cada caso concreto o ante situaciones similares (BUSTELO, 2015).

Se trata del estándar del art. 1725 CCyC: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. La culpa surgirá **frente a conductas que no son esperables ni observables en un buen funcionario medio, en las circunstancias y con los recursos disponibles con los que le tocó actuar.**

Rigen los **eximentes de responsabilidad clásicos** (estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio regular de un derecho, art. 1718 CCyC) y **la obediencia debida** en razón del principio de jerarquía que caracterizan las organizaciones y relaciones administrativas. Obviamente esta eximente no funciona frente a una orden ostensiblemente ilegal o dictada por autoridades manifestamente incompetentes o sin observar las formas legales (CALDERÓN y MÁRQUEZ, 2010), pero sí puede tener andamiaje si la legalidad de la orden fuere dudosa u opinable o cuando el agente careciere de derecho a examinarla (PIZARRO, 2013).

Como dijimos más arriba, también podría ocurrir que el funcionario alegue y pruebe que su inconducta ha obedecido a defectos de la estructura, la organización o el modo de prestarse el servicio estatal y que por tales circunstancias, el hecho dañoso es imputable al propio Estado. Dicho de otro modo, puede acreditar que no hubo negligencia suya sino falta de servicio del Estado (PIZARRO, 2013), eximiéndose así de responsabilidad.

¿Falta de servicio, falta personal o ambas?

Visualicemos esta situación:

Un bebé fue dado a luz en un hospital público mientras tenía lugar un conflicto laboral muy severo, lo que produjo que no hubiera ginecólogo ni obstetra en el hospital. Debido al retardo en la atención del parto, el niño nació con parálisis cerebral y cuadriplejía. Más allá de la situación de huelga, la madre sostiene que el médico interviniente en la cesárea incurrió en omisiones graves porque permitió que las horas transcurrieran sin practicarla y no les informó ni a ella ni a su familia de la gravedad del cuadro para que pudieran evaluar otras alternativas.

El contexto que rodeó la causación del daño no puede ser soslayado. La falta personal que pudo haber cometido el médico no puede evaluarse aisladamente sino en el marco del conflicto gremial que afectó la atención del hospital. Las circunstancias particulares que atravesaba el nosocomio califican como una falta de servicio y tuvieron idoneidad también para producir el perjuicio, si no totalmente, al menos en parte.

5. Concurrencia de la responsabilidad de los funcionarios y la del Estado

Supongamos que en la mala praxis a la que se refiere la noticia con la que comenzamos este capítulo, los jueces distribuyen la indemnización entre los dos responsables de la siguiente manera: 60% a cargo del médico cirujano y 40% a cargo del Estado.

Estas obligaciones que tienen un único beneficiario pero dos obligados ¿son solidarias o concurrentes? ¿La paciente le debe reclamar una parte a cada uno de los responsables o puede exigirle el total de la indemnización a cualquiera de los codemandados?

Aunque la LRE nada estipula al respecto, jurisprudencialmente se ha entendido que la responsabilidad del funcionario es **concurrente** con la del Estado (“**TOR-TORELLI**”) porque cuando ambos participan en la comisión de un daño no se configura una obligación única con sujetos múltiples (es decir, una verdadera solidaridad), sino que nacen varias deudas, **con fundamento y causas diversas, aunque todas originadas en un hecho o situación común.**

Las obligaciones concurrentes, también llamadas *indistintas, conexas, o in solidum* que regulan los arts. 850 a 852 CCyC, aunque comparten algunas

características con las obligaciones solidarias, se distinguen de aquellas por la diversidad de causas que son la fuente del deber de responder para cada obligado. En este mismo sentido, el art. 1751 del CCyC dispone, al referirse a la pluralidad de responsables, que si varias personas participan en la producción del daño que tienen causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

Como ya hemos tratado en el capítulo 8 del bloque 2, al que nos remitimos, uno de los efectos más relevantes de las obligaciones concurrentes es que **la sentencia condenatoria puede ser ejecutada por el todo contra cualquiera de los obligados**. Basta con que uno solo de los deudores pague la deuda para que opere la cancelación de todos los demás, más allá de las acciones de regreso que pudieran entablarse entre ellos con posterioridad y de que lo debido por cada uno pueda no ser igual en la extensión (LORENZETTI, 2015).

6. ¿Sobre la base de qué parámetros se juzgan las acciones de regreso del Estado contra los funcionarios?

El art. 851 inc. h) del CCyC dispone: “la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia”.

Lorenzetti explica que la forma de contribución entre los codeudores es una importante diferencia entre las obligaciones concurrentes y las obligaciones solidarias. En las solidarias, el codeudor que efectúa el pago les puede exigir a los demás codeudores el reintegro de lo que haya abonado en exceso, de acuerdo con el grado de culpabilidad y/o eficiencia causal que a cada uno le corresponda en el hecho, pero, y aquí la diferencia con las obligaciones concurrentes, *el reintegro nunca podrá ser total* porque, como la solidaridad implica “coautoría”, por ende, todos los deudores solidarios, aunque sea en menor grado, habrán participado de algún modo en la causación del daño (LORENZETTI, 2015). En cambio **en las obligaciones concurrentes**, puede suceder que “la deuda la deba soportar íntegramente quien pagó, o solo parcialmente, o que incluso pueda procurar el reintegro completo de lo abonado” (LORENZETTI, 2015, 322).

Volvamos al caso de la mala praxis médica. El médico que se olvidó la gasa y el hospital son responsables frente a la víctima. **Las obligaciones son concurrentes**, pues hay unidad de acreedor –la paciente–, pluralidad de deudores –el Estado y el médico cirujano–, identidad de objeto –pago de la indemnización– y diversidad de causas fuentes –culpa del cirujano y falta de servicio estatal–. Una vez abonada la indemnización por uno de los obligados, ese pago se distribuirá entre los dos obligados **de acuerdo con la causalidad aportada por cada uno** (cónf. art. 851 inc. h CCyC).

Lo más habitual es que la propia sentencia condenatoria establezca las proporciones en que cada obligado deberá responder, tal como hemos ejemplificado en el capítulo 8 del bloque 2, al referirnos a la sentencia dictada en el caso “DESCH” en el marco de la tragedia de Cromañon.

Si, en cambio, la sentencia de daños y perjuicios no dispone nada al respecto, es en el marco de las acciones regresivas que se interpongan en las que se debe analizar cuál ha sido la causalidad aportada por cada parte para generar el daño, tal como lo contempla el art. 851 inc. h) CCyC.

Así, por ejemplo, Silvestre Aimo, Rúa y Wierzba dicen:

el daño producido por el olvido de una gasa en el cuerpo del paciente o por ablación de un órgano o miembro equivocado, en principio, podrían constituir supuestos de perjuicios por “puro acto médico”. Por el contrario, la atención deficiente prestada por quien no es especialista en razón de hallarse el especialista en guardia pasiva, o el deficiente contralor del paciente por carencia o mal funcionamiento de equipos, bien podrían dar lugar a daños en los que el profesional demandada no resultará ser el único responsable pues las instituciones involucradas habrán –al menos– contribuido a la producción del resultado dañoso (RÚA, SILVESTRE AIMO y WIERZBA, 1998, 6).

En el primer caso, si el Estado, la clínica o la obra social pagaron, podrán repetir el 100% de lo abonado contra el médico que actuó con culpa al olvidarse la gasa. Pero en el otro supuesto, ese porcentaje puede ser menor. Los citados autores sostienen que el Estado no podría pretender repetir el 100% de lo pagado aun cuando el médico interviniente en la mala praxis también haya sido condenado, ya que fue el hospital o el servicio médico en su conjunto el que, al funcionar irregularmente, contribuyó junto con el médico a la producción del daño. Incluso sostienen que el Estado podría carecer de derecho a repetición si el deficiente funcionamiento del servicio fue el determinante en la producción del daño (RÚA, SILVESTRE AIMO y WIERZBA, 1998).

7. Aspectos procesales de la responsabilidad de los funcionarios

Cuando el autor material de un daño atribuible a una acción u omisión estatal está identificado debidamente, **los afectados pueden demandar indistintamente al funcionario, al Estado o a ambos en forma conjunta. Entre el Estado y el funcionario no existe un litisconsorcio pasivo necesario (“TORTORELLI).**

Si el funcionario no es demandado por el afectado, el Estado tiene la facultad procesal de **traerlo al juicio bajo la figura de la citación de terceros** (art. 94 CPCCN y sus similares en el orden local). Esta citación tiene por objeto evitar que el funcionario oponga la excepción de negligente defensa en una hipotética acción de regreso que el Estado intente contra aquel, lo que es relevante ya que hay defensas que son personales de los funcionarios y que el Estado no las podría invocar, tal como el estado de necesidad, la obediencia debida, la legítima defensa.

En esa dirección, en la ley 7234 de la provincia de Santa Fe se dispone **el deber de citar a juicio al agente implicado** en las causas que se sigan contra la provincia, sus entes autárquicos institucionales, municipalidades o comunas, por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos ilícitos imputables y se establece que si tales entes provinciales hubieran pagado el resarcimiento al que fueran condenados, estarían obligados a requerir del o de los agentes directamente responsables el reembolso de lo pagado dentro del plazo que se les fije o en su defecto se dispondrá el reembolso mediante retención de haberes, con las modalidades que se establezcan, en atención a las circunstancias de cada caso.

Si el Estado y el funcionario participan como codemandados, **en la sentencia dictada en el marco del juicio de daños y perjuicios se pueden establecer los criterios de distribución de responsabilidad y de contribución interna entre el Estado y el funcionario**. Así, por ejemplo, en “TORTORELLI”, la Corte Suprema atribuyó la responsabilidad por la deficiente prestación del servicio de justicia que sufrió el actor de este modo: 40% a cargo de la provincia de Buenos Aires y del juez interviniente, 40% a cargo del Estado Nacional y 20% a cargo del abogado que pidió la declaración de quiebra del Sr. Tortorelli sobre la base de informes incorrectos.

Si en la misma sentencia condenatoria, se fijan los porcentajes de distribución, algunos autores consideran que una vez concretado el pago por uno de los obligados, se puede ejercer la acción de regreso en el mismo proceso de daños, en la etapa de ejecución de sentencia (RÚA, SILVESTRE AIMO y WIERZBA, 1998).

Pero si la víctima no demandó al funcionario y si el Estado tampoco concretó su citación en el juicio de daños, será recién **en la acción regresiva posterior en la que podrá dilucidarse lo relativo al deber de contribución del funcionario en el pago de la indemnización que erogó el Estado**. Y obviamente esta participación solo procede si el funcionario es encontrado responsable, ya sea en todo o en parte, en la causación del daño.

Si no fuera posible discriminar en cuanto a la influencia causal de una u otra culpa, ni en cuanto a su gravedad, la Corte Suprema en “PALOIKA” ha señalado que la distribución del daño debe hacerse entre los responsables **por partes iguales**, por aplicación de lo que se conoce como *principio de causalidad paritaria*.

8. Agotamiento de la vía administrativa y plazo de prescripción

El agotamiento de la vía administrativa es un presupuesto de admisibilidad cuando se pretende demandar al Estado Nacional o los Estados locales. **No se extiende a las acciones contra sus funcionarios que no están sujetas a ningún requisito de admisibilidad, salvo el de mediación prejudicial obligatoria regido por la ley 26589**, que no se extiende a las causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte.

Además, como desarrollaremos en detalle en el bloque 6, frente a la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional el principio general es que *no rige el requisito del agotamiento de la vía administrativa a través del reclamo administrativo previo*, por lo que si eventualmente la víctima de un daño optara por demandar solo al funcionario y este citara como tercero al Estado, tampoco sería necesario agotar la vía administrativa respecto de este último.

Sin embargo, corresponde hacer algunas salvedades:

- si la acción resarcitoria se intenta contra **jueces y legisladores**, por vía jurisprudencial se ha entendido que ellos deben ser previamente **desafortados** (“**IRURZUN**”).
- Si el factor de atribución en el que se sustenta la demanda de daños es el **error judicial**, es necesario contar con una sentencia que haya declarado previamente la existencia del error, tanto para poder demandar al Estado como al magistrado que dictó la sentencia errada. Este último, a su vez, ya debe haber sido privado de sus fueros para poder ser llevado a juicio (“**EGUES**”).
- Para emprender la **acción de regreso** contra los funcionarios o agentes causantes del daño, el Estado debe haber efectuado previamente el pago de la condena en todo o en parte. Sin el pago, no hay lugar a las acciones de retorno.

En cuanto al plazo de prescripción de las acciones contra los funcionarios públicos y de la **acción de regreso** del Estado, el art. 9 *in fine* LRE lo establece en **tres años**. Se trata del mismo plazo trienal que el art. 2561 del CCyC establece para accionar por daños entre particulares.

Por regla general, este plazo trienal corre a partir de que se causó el daño, pero si se tratara de una demanda en la que previamente debiera cumplirse con el requisito del desafuero (jueces y legisladores), el término comenzaría solo una vez que tales funcionarios hubieran sido apartados de sus cargos.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción de repetición del Estado, este corre desde la sentencia firme que estableció la indemnización (cónf. art. 9 *in fine* LRE).

Trataremos las diversas variantes que puede presentar el comienzo del plazo de prescripción, así como las razones que la interrumpen o suspenden, en el capítulo 20 del bloque 5, al que nos remitimos.

9. Responsabilidad penal, política y administrativa de los funcionarios

Además de la responsabilidad civil que los agentes públicos asumen directamente frente a las víctimas por los daños derivados del ejercicio u omisión irregular de sus funciones –que es justamente la que hemos venido tratando hasta aquí– este accionar ilegítimo puede disparar otro orden de responsabilidades, de acuerdo con el bien jurídico que haya sido lesionado con tales inconductas. Y esto es así porque en el ejercicio de sus respectivos cargos los funcionarios y empleados públicos tienen responsabilidades civiles, penales y administrativas (“**KRAWIECKI**”).

9.1. Responsabilidad penal

Cuando la actuación irregular de un funcionario da lugar a la comisión de un delito previsto y penado en el Código Penal o en leyes especiales, el funcionario también está sujeto a las sanciones que prevé el Código Penal. Los daños causados por las fuerzas de seguridad con el arma reglamentaria, por los médicos por mala praxis o los actos de corrupción cometidos desde el Estado son ejemplos clásicos de responsabilidad penal, puesto que la conducta irregular desempeñada por los agentes estatales importa la comisión de delitos tales como lesiones graves o leves, homicidio culposo o doloso, abandono de personas, peculado, lavado de dinero, etc.

Cuando median prácticas de corrupción es la propia Administración la que resulta víctima de delitos penales cometidos por sus mismos funcionarios. En esa dirección, **el art. 36 CN** tiene particular relevancia puesto que contempla que quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento atenta contra el sistema democrático y queda inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

Además, el título XI del Código Penal contiene un catálogo de delitos que afectan a la Administración Pública. A estos deben agregarse otras disposiciones que están dispersas en el mismo Código y en sus leyes especiales, que complementan el espectro de protección penal de la Administración.

Villada explica que en el título XI del Código Penal se pueden distinguir cuatro grupos de ilicitudes: (VILLADA, 2015):

- a. Conductas que atacan la función pública misma, ya sea ejecutiva, legislativa o judicial y tanto en la esfera de carácter nacional, provincial o municipal (a veces sobre la persona del funcionario o empleado) que sean provenientes de particulares o agentes públicos (que generalmente se prevén como circunstancia agravante).
- b. Los delitos que se cometen desde la administración pública, contra el administrado u otros sectores de la administración (formas de abusos funcionales o ilicitudes semejantes), que afectan severamente el prestigio de la administración y repugnan al estado de derecho.
- c. Los delitos de carácter patrimonial o con fin de lucro que se cometen valiéndose de la función pública o de una posición predominante; y los que se cometen en detrimento de esta en beneficio propio o de terceros.
- d. Los que son propios del ámbito judicial.

Entre otros, son delitos que configuran un ataque al patrimonio público los siguientes: corrupción, cohecho, tráfico de influencias, admisión y presentación de dádivas, violación a los deberes del funcionario público, abuso de autoridad, malversación de fondos, peculado, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y enriquecimiento ilícito. Entre las penas previstas para estos delitos se encuentra la prisión, multas, inhabilitación para ejercer cargos públicos y el decomiso de bienes ligados a los delitos.

9.2. Responsabilidad política

La responsabilidad **política o constitucional** alcanza a los jueces y a los funcionarios mencionados en el art. 53 de la Constitución Nacional y a las normas correlativas de las constituciones provinciales.

Emerge del art. 1° de la Constitución Nacional que al adoptar la forma republicana de gobierno, este incorpora el principio de responsabilidad de los gobernantes que es característico de este sistema (SAGÜES, 2008). Abarca tres causales: *mal desempeño, delitos en el ejercicio de la función y crímenes comunes*.

Esta responsabilidad se encauza **a través del juicio político o del jurado de enjuiciamiento** (arts. 114/115 CN), que son procedimientos constitucionales destinados a investigar si el funcionario ha incurrido en algunas de las infracciones antedichas. Al finalizar el procedimiento, si se comprueban los cargos, el funcionario es removido.

Un caso muy recordado de responsabilidad política generado a raíz de hechos en los que perdieron la vida cientos de personas tuvo lugar luego de la tragedia

de Cromañon. El entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires fue destituido en un juicio político que se le siguió por mal desempeño a raíz de esta tragedia.

9.3. Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa es consecuencia de la **relación jerárquica inherente a toda organización estatal y deriva del incumplimiento del catálogo de obligaciones y deberes que supone el ejercicio de la función pública.**

Cuando los agentes desenvuelven deficientemente sus obligaciones incumplen en forma directa o indirecta los deberes que rigen las relaciones de empleo público y ello, con independencia de que estos hechos antijurídicos causen o no un daño a terceros, puede llegar a comprometer su responsabilidad a nivel administrativo.

En el orden federal las obligaciones y deberes que pesan sobre los agentes, empleados y funcionarios están contemplados particularmente en la ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25164. Cabe aclarar que este régimen no se aplica a todas las modalidades contractuales a través de las cuales los particulares se vinculan laboralmente con el Estado, sino solo al empleo público de planta permanente y transitoria, excluyendo de su ámbito de aplicación, al menos a los fines disciplinarios, a los agentes que revistan como “contratados” bajo el régimen del art. 9° de la ley 25164.

La responsabilidad administrativa posee dos facetas, la patrimonial y la disciplinaria.

Es necesario aclarar que la acción que contempla la ley 24156 es una vía diferente a **la acción de regreso a la que alude el art. 9° de la LRE, ya que esta última solo se activa en caso que el Estado haya sido condenado a satisfacer una indemnización motivada por la actuación ilegítima de un agente.** Debe existir una condena judicial dictada en estos términos porque ella es el presupuesto que habilita la acción de regreso.

En cambio, la acción prevista por la ley 24156 abarca todo tipo de situaciones en las que el Estado se haya visto perjudicado en sus intereses económicos por la actuación negligente o dolosa de sus funcionarios, haya o no afectado a terceros y con independencia de la existencia de una condena judicial a la que aquel deba hacer frente. Por lo que se ve, su contenido es mucho más amplio que el de la acción de regreso de la LRE, aunque ambas presuponen y apuntan a concretar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos.

Mientras que la acción de regreso, repetición o reembolso del art. 9° de la LRE prescribe en un plazo de tres años, término que se cuenta desde la sentencia firme que condenó al Estado a pagar el resarcimiento, la regulada en el art. 131 de la Ley 24156 prescribe “en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido este si es posterior (...)”.

Más allá de la existencia de estas diversas vías para concretar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, **en la realidad de los hechos la Administración rara vez ha ejercido las acciones tendientes a responsabilizar patrimonialmente a sus funcionarios, ni a través de las acciones de regreso ni por medio del mecanismo contemplado por la ley 24156.**

Esta anomalía, que también se verifica en sistemas jurídicos extranjeros, (DOMENECH PASCUAL, 2008), es un dato sintomático de la existencia de una notoria falencia en el sistema de responsabilidad estatal.

Y dado que desde hace muchos años la legislación contempla y habilita la realización de estas acciones de recupero, no es posible atribuirle a aquella el actual estado de cosas. Esta situación parece obedecer, más bien, a prácticas enquistadas en los entes administrativos que aunque en algunos casos puedan llegar a explicarse –aunque no justificarse–, por ejemplo, frente a un reclamo de escaso monto económico, o ante la presunta insolvencia de los funcionarios responsables, o cuando por las particulares circunstancias del caso sería excesivo cargar sobre un funcionario una falla que no ha sido exclusivamente atribuible a su mal desempeño, en la práctica desvirtúan un principio democrático elemental que es el que obliga a los funcionarios a dar cuenta de sus acciones y hacerse responsables frente a la ciudadanía por los daños que causan.

El sistema presenta, en este aspecto, un evidente espacio de mejora. El régimen de extinción de dominio previsto por el DNU 62/2019 apuntaría a revertir esta problemática, al menos en su faceta más grave que es la vinculada con la realización de actos de corrupción en perjuicio de la Administración Pública. Habrá que ver si lo logra.

Salud pública, profesionales de la salud y responsabilidad estatal

No es casual que este capítulo haya comenzado con el análisis de una información vinculada con una mala praxis médica cometida en un hospital público. Los profesionales de la medicina (médicos, anestelistas, extraccionistas, etc.) son frecuentemente objeto de condenas por haber incurrido en culpa profesional al haber brindado una atención deficiente. Vale la pena entonces detenerse brevemente a examinar las características de esta especie de responsabilidad de los funcionarios estatales.

De entrada hay que retener que el médico que presta servicios en un hospital estatal es un agente o funcionario público (un órgano) y, por ende, no solo imputa su conducta dañosa al Estado sino que además queda sujeto

a la responsabilidad personal por sus acciones y omisiones culposas o dolosas en el marco de lo dispuesto en el art. 9° de la LRE.

Dentro de un hospital, los facultativos ocupan distintos puestos con diversas atribuciones. Así, hay médicos de planta, jefes de servicio, residentes, concurrentes y el director del hospital. Esta escala jerárquica será un punto relevante para la merituación de la responsabilidad de cada uno de ellos.

A diferencia de otros agentes estatales, el médico posee una **responsabilidad profesional** especial, que implica que aquel, atento su saber profesional, obra con total independencia y sin ningún vínculo de subordinación, más allá de la existencia de una contratación o de una relación de empleo público con estabilidad.

Por todo ello, la responsabilidad de los médicos difiere de la de cualquier otro agente estatal, en la medida en que es un profesional que tiene a su cargo asuntos muy delicados como son la salud, la integridad física y la vida misma de las personas. La vulnerabilidad del enfermo y la posesión del saber del médico explican que el juzgamiento de la responsabilidad de los profesionales de la salud (médicos, enfermeros, técnicos de laboratorio, etc.) se sujete a estándares calificados, como el que establece el art. 1725 del CCyC, y se evalúe de conformidad a las concretas circunstancias del caso en cuanto a las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724 CCyC), y no de un modo genérico o únicamente acorde a lo que establece la bibliografía médica respecto a los protocolos de actuación frente a determinadas patologías. El deber de informar adecuadamente sobre la práctica que va a realizarse al paciente y la necesidad de evacuar su consentimiento informado (regulado por la ley 26742) también son cuestiones relevantes desde que la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico puede determinar la condena del profesional (KRAUT y MAURINO, 2000).

Salvo en situaciones especiales como es la medicina estética, los médicos asumen *obligaciones de medios y no de resultado* por lo que, por ejemplo, no hay daño resarcible por la falta de cura del paciente ya que a lo que se obliga el médico es a poner todo su saber al servicio de la recuperación y cura del paciente. La responsabilidad médica, como la de todos los funcionarios, es imputable a título de *culpa o dolo*, por lo que se requiere la prueba del incumplimiento de los deberes que atañen al ejercicio de la profesión en el particular contexto del caso ya que nunca se presume el dolo ni la negligencia.

Otro aspecto que no puede perderse de vista cuando se alude a la responsabilidad del médico perteneciente a un hospital público es que el servicio médico que se brinda en hospitales es gratuito y por ende, suele ser masificado y, desafortunadamente, bastante impersonal. Pero de ello no se sigue que la

gratuidad o no del servicio médico incida en la responsabilidad, pues ello implicaría establecer una discriminación entre los pacientes de uno y otro sistema. La gratuidad e, incluso, la intervención inicial que los efectores públicos de salud suelen tener frente a los accidentes que ocurren en la vía pública o, en general, frente a urgencias de cualquier tipo, son relevantes en tanto frente a la atención de un hospital público no se puede hablar de una responsabilidad contractual, como se da típicamente entre un paciente y su médico particular o con relación a una empresa de medicina prepaga u obra social.

Finalmente, una arista especial que asumen las acciones indemnizatorias derivadas de la negligencia médica se da en materia probatoria. En primer término, por la importancia que tienen **la historia clínica del paciente** como documento para registrar la atención proporcionada y **las pericias médicas** para dictaminar si aquella fue la adecuada. Pero además, por el recurrente empleo de **las cargas probatorias dinámicas**, que tienden a facilitar la indispensable acreditación de la alegada negligencia del médico, lo que no suele ser algo sencillo para los pacientes. El expediente del **juicio penal previo**, cuando se instruyó un juicio criminal antes, es otro elemento de prueba imprescindible en este tipo de litigios de daños.

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, La Ley 2015-E, p. 605-621.
- AIZENBERG, MARISA Y ROITMAN, ARIEL J., “La acción de regreso en la responsabilidad médica”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2011-V, cita *on line*: AR/DOC/1065/2011, p. 1-6. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, 1ª ed., La Ley, 2011.
- BIELSA, RAFAEL, “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios”, La Ley 1941-24, p. 82-88.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, La Plata, 1ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B.; LONG, MARCEAU Y WEIL, PROSPER, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- BULLRICH, RODOLFO, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Jesús Méndez, 1920.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CALDERÓN, MAXIMILIANO R. & MÁRQUEZ, JOSÉ F., “Responsabilidad Civil del funcionario público”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni, 2010-3, p. 327-358.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- DIANA, NICOLÁS, “La determinación del perjuicio fiscal en el ámbito de la acción de recupero contra funcionarios públicos”, en ÁVILA, SANTIAGO (Coord.), *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26944*, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 419-434.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “¿Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2/2008. Barcelona, Indret, 2008, p. 1-20. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GALLI BASUALDO, MARTÍN, “La falta de servicio y la falta personal”, *El Derecho Administrativo*, 2008, p. 653-679.

- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, Buenos Aires, 1ª ed., La Ley, 2013.
- KRAUT, ALFREDO J. Y MAURINO, GUSTAVO, *Visión jurisprudencial de la praxis médica*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000.
- LORENZETTI, RICARDO L. (DIR.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo V, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2015.
- MAIRAL, HÉCTOR A., “Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 367-371.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- NIETO, ALEJANDRO, “Responsabilidad personal y responsabilidad institucional de la Administración Pública”, en *Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 151-172.
- OTHEGUY, OSVALDO, “Responsabilidad del Estado y del Agente público: falta de servicio y falta personal” en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 279-300.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015(a).
- PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios sobre la regulación de responsabilidad de los agentes públicos y funcionarios públicos en la ley 26.944”, *Revista de Derecho Administrativo (ReDA)*, 97-2015 (b), p. 101-119.
- PIZARRO, RAMÓN D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G. *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RÚA, ISABEL, SILVESTRE AIMO, NORMA & WIERZBA, SANDRA, “Obligaciones concurrentes o indistintas (con especial referencia a las acciones de regreso)”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998, 0003/000593, p. 1-13. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- RUIZ AGUILAR, JORGE, “El concepto de falta personal en la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, N° 21/2015, p. 1-37.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Sobre la responsabilidad de los jueces”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, p. 877-882.

- SAID, JOSÉ, “Reglamento de investigaciones administrativas para la Administración Pública Nacional”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 817-973.
- SALVATELLI, ANA, *La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego, bajo situación de estado policial*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012.
- SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., “Ley N° 24.156 - Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional” en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 205-495.
- VILLADA, JORGE L. (DIR.), *Código Procesal Penal de la Nación Comentado, Comparado y Concordado*, 1ª ed., Córdoba, Advocatus, 2016.
- VILLADA, JORGE L., “Normas del Código Penal aplicables a la Administración Pública” en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 529-639.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN “Furnier Patricia María c/Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).
- CSJN, “Iruzun, Ricardo Ernesto c/ Estado Nacional (Secretaría de Justicia) y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:365).
- CSJN, “Izaurre, Roque Rafael c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios” (Fallos: 322:2002).
- CSJN, “Krawiecki, Jorge C.” (Fallos: 310:738).
- CSJN, “Paloika, David Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1615).
- CSJN, “Tortorelli, Mario Nicolas c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y Perjuicios” (Fallos: 329:1881).
- CNCAF, Sala IV, “Desch, Patricia Liliana c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2017.

CNCIVIL, Sala H, “Gobierno de la ciudad de Buenos Aires c/ Garfagnini, Rodolfo y otro”, sentencia del 05/11/2010.

CIDH, Caso Furlan y Familiares V. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, Párr. 215, sentencia del 31/08/2012. Tribunal de Conflictos, “Pelletier”, sentencia del 30/07/1873.

Consejo de Estado, “Lemmonier”, sentencia del 26/07/1918.

Consejo de Estado, “Anguet”, sentencia del 03/02/1911.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Furnier Patricia María c/Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1006).

CSJN, “Izaurrealde, Roque Rafael c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios” (Fallos: 322:2002).

CSJN, “Paloika, David Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (Fallos: 317:1615).

CSJN, “Krawiecki, Jorge C.” (Fallos: 310:738).

CNCAE, Sala IV, “Desch, Patricia Liliana c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/17.

CAPÍTULO 18

La responsabilidad de los concesionarios, contratistas y prestadores de servicios públicos

Leer este capítulo te llevará:
23 minutos aproximadamente

Medio centenar de muertos en un accidente ferroviario en Argentina

El tren de cercanías Sarmiento marchaba con cientos de viajeros apiñados de pie. Salió a las siete y media de la estación de Moreno para recorrer 14 paradas hasta Buenos Aires. Sobre la estación cuarta, en la de Castelar, cambió de conductor. El nuevo maquinista, de 28 años, iba a emprender su primer trayecto de la mañana. Y el tren siguió frenando y arrancando en cada una de las paradas, según las fuentes oficiales. Transportaba alrededor de 1.500 usuarios, menos de los 2.000 que pueden registrarse en hora punta. Pero muchos de ellos se agolpaban en los primeros vagones. A mil metros de su destino final, en la estación de Once, redujo la velocidad de 47 a 39 kilómetros por hora. Entró a 26 kilómetros por hora en el andén, según el ministro de Transporte de la Argentina, Juan Pablo Schiavi. Era la velocidad normal de ingreso en la estación. A 40 metros del final ya había reducido hasta los 20 por hora. Pero ya no volvió a frenar. Con esa potencia impactó contra el muro de contención y el segundo vagón se incrustó más de cinco metros en el primero. Eran las 8.32. Murieron al menos 50 personas y casi 700 resultaron heridas. El tren N° 3772, identificado con la chapa n° 16, era operado por la concesionaria TBA.

“Medio centenar de muertos en un accidente ferroviario en Argentina”, Buenos Aires, El País, 22-01-2012. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2012/02/22/actualidad/1329921646_764629.html.

1. Los servicios públicos: concepto y caracterización

En términos generales **los servicios públicos son actividades prestacionales que satisfacen necesidades elementales de la sociedad** tales como la provisión de energía eléctrica, gas, agua potable, saneamiento, transporte en casi todas sus variantes, telecomunicaciones, etc.

Debido a razones de economías de escala, estas actividades suelen prestarse en condiciones monopólicas o con una oferta restringida a muy pocos operadores, por lo que ellas **se encuentran sometidas a un régimen regulatorio de derecho público particularmente intenso** (CICERO, 2013).

Los servicios públicos **pueden ser operados por personas jurídicas de derecho público**, que usualmente funcionan bajo la forma de empresas o sociedades, de propiedad total o parcial del Estado, nacional, provincial o municipal (por ejemplo, AySA, Aerolíneas Argentinas, EPEC), **o pueden estar a cargo de sujetos de derecho privado que son seleccionados en procedimientos licitatorios complejos** a través de los cuales se les confiere un título jurídico específico (concesión, licencia, permiso) que los habilita a efectuar la prestación en un área geográfica y por un tiempo determinado (EDESUR, GASNOR, las líneas de colectivo urbanas e interurbanas, METROVÍAS, etc.).

Si pensamos en que estas actividades son en muchos casos intrínsecamente riesgosas (tal como la distribución de electricidad, gas o agua, el transporte de pasajeros por trenes o aviones, etc.), en que poseen una cobertura territorial muy amplia y en que requieren de una infraestructura sumamente compleja para desarrollarse, es sencillo apreciar por qué **la prestación de los servicios públicos genera frecuentemente daños y lesiones a las personas**.

Además, el espectro de posibles víctimas es también enorme ya que los daños atribuibles a los prestadores de servicios públicos pueden alcanzar no solo a sus **propios usuarios, en virtud de la relación contractual** que los vincula, sino también **a terceros que se ven expuestos de alguna forma al servicio** o a su prestación deficiente, en el marco de una **responsabilidad extracontractual**. Así, por ejemplo, si un transformador eléctrico explota en la vía pública, el concesionario eventualmente deberá responder frente a los usuarios que se ven privados de la energía a raíz del desperfecto pero también frente a un peatón que resulta lastimado por la explosión, al atravesar casualmente la vereda donde el equipo estaba colocado. En la Tragedia de Once, los pasajeros que estaban viajando en el tren fueron los más afectados pero también pudieron serlo quienes se encontraban casualmente en el andén cuando colisionó la formación.

Son numerosísimos los precedentes en los que los jueces han condenado a las empresas de servicios públicos, estatales o privadas, por daños causados a usuarios y terceros (“LEDESMA”, “BIANCHI”, “FERREYRA c/VICOV”).

Si bien se trata de una responsabilidad consolidada que funciona conforme a los parámetros tradicionales de la responsabilidad civil (daño, nexo causal, factor de atribución, antijuridicidad) hay ciertos aspectos especiales que merecen comentarios particulares.

2. Relaciones de consumo y responsabilidades consecuentes

Los prestadores de servicios públicos, públicos o privados, establecen con los usuarios y con los terceros expuestos a la prestación, una **relación de consumo en los términos de los arts. 1º de la ley 24240 de defensa del consumidor (LDC) y 1092 del CCyC**.

Esta definición conlleva una protección muy generosa para los posibles afectados ya que, en primer lugar, los sitúa en el contorno del art. 42 CN y, en segundo término, les extiende el régimen tuitivo del consumidor que delinea la LDC y el CCyC para los contratos de consumo (arts. 1092 y ss. CCyC), que es un sistema que presenta ventajas por sobre el de la responsabilidad civil en general.

Dadas las notas de derecho público que tipifican el vínculo existente entre los prestadores y el Estado, que se derraman también hacia las relaciones entre los prestadores y los usuarios (por ejemplo porque el precio del servicio no es fijado libremente por el concesionario, o porque este tampoco tiene libertad para negar la prestación a quien se la pida), puede que la definición expuesta resulte un tanto estrecha ya que no da cuenta de las diversas aristas de índole reglamentaria que se esconden en esta relación (MURATORIO, 2008). En cualquier caso, esta caracterización es la que tiene mayor arraigo en la jurisprudencia (“**BIANCHI**”, “**FERREYRA**”, “**LEDESMA**”) y alcanza a todos los prestadores de servicios públicos, tanto sean privados como públicos.

3. Marcos jurídicos de protección de los usuarios de servicios públicos

Además de la LDC, los usuarios de los servicios públicos, nacionales y locales se encuentran amparados por un bloque normativo en el que coexisten disposiciones de carácter constitucional y convencional, legal y reglamentario (CICERO, 1996).

A nivel nacional –y analógicamente en los órdenes locales– los derechos de los usuarios de los servicios públicos se encuentran tutelados por:

1. **normas constitucionales y convencionales:** el art. 42 CN consagra los derechos de los usuarios y consumidores en el marco de la relación de consumo, para lo cual tutela el derecho a la salud, seguridad e intereses económicos de aquellos y les garantiza el derecho a la libertad de elección, a recibir un trato equitativo y digno e información adecuada y veraz, a la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados. A tales fines, la norma constitucional garantiza el derecho a peticionar a las autoridades para que arbitren medios de protección; el derecho a crear y asociarse a organizaciones de defensa de consumidores y el derecho a que estas organizaciones participen en los órganos de control de los servicios públicos.

La cláusula también impone a las autoridades el deber de adoptar las medidas que propendan a la defensa de la competencia, al control de los monopolios naturales y legales y al resguardo de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y concluye diciendo que la legislación deberá establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, los que, a su vez, tendrán que prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

La tutela constitucional de los intereses económicos de los usuarios cobra particular relevancia en materia **tarifaria**. De ella se sigue que cualquier procedimiento de revisión de tarifas deba contemplar la debida participación de los usuarios (“CEPIS”), aunque esto sea conforme a las diferentes modalidades que pudiera contemplar cada marco regulatorio en particular (v.gr. audiencia pública, documento en consulta, etc.).

El sistema de tutela de los usuarios se fortalece a **nivel convencional** ya que diversos pactos internacionales reconocen el derecho humano esencial a gozar de un mínimo de calidad de vida (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Universal de los Derechos Humanos; etc.), para lo cual es indispensable poder acceder al goce de los servicios públicos esenciales. En particular, las Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor ordenan a los Estados tutelar: a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; b) la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; d) la posibilidad de compensación efectiva al consumidor, lo que presupone el derecho a acceder a un umbral mínimo prestacional.

Las constituciones locales apuntalan el régimen de la CN ya que suelen contar con cláusulas específicas en materia de tutela de usuarios y consumidores (cónf. art. 46 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; art. 38 Constitución

de la provincia de Buenos Aires; art. 30 Constitución de Entre Ríos; art. 47 Constitución de Chaco; art. 48 Constitución de Corrientes, entre otras).

2. **La ley de defensa del consumidor (LDC) 24240** norma que, a partir de la reforma introducida por la 26361 ya no **se aplica** de forma supletoria a los servicios públicos –tal como disponía la LDC en su redacción originaria– sino **de manera directa y con la misma jerarquía que las disposiciones legales específicas del servicio de que se trate** (marco regulatorio eléctrico, gasífero, de transporte, etc.).

Aunque el capítulo VI de la LDC se dedica especialmente a tutelar a los **usuarios de servicios públicos domiciliarios** –que son aquellos que además de ser prestados en condiciones de generalidad, continuidad, uniformidad y regularidad, llegan a los domicilios por medio de conexiones particulares que requieren de instalaciones o artefactos específicos– tales como la distribución de energía eléctrica y gas natural, agua potable y desagües cloacales, telecomunicaciones) –**el régimen tuitivo de la LDC abarca a todos los servicios públicos por igual, no solo a los domiciliarios** (por lo que, por ejemplo, alcanza al transporte de pasajeros en todas sus variantes –automotor, por tren, por subterráneo–, al correo oficial, etc.). Es irrelevante, además, que el título jurídico en virtud del cual el operador gestiona el servicio sea una concesión, pues bien puede tratarse de un permiso o de una licencia y de todos modos, resultar alcanzado por el mismo régimen consumeril.

Además, toda la LDC y no meramente las normas particulares de su capítulo VI es aplicable a la relación de consumo que se traba entre los prestadores y los usuarios. De esta forma, todos los prestadores deben ajustarse y dar cumplimiento al deber de información (art. 4°), al deber de cumplir las condiciones pactadas (art. 19), al de brindar un trato equitativo y digno y a proporcionar el servicio en condiciones de seguridad tal como lo dispone, además y por su parte, el Título III del CCyC (Contratos de consumo).

Entre los derechos de los usuarios especialmente tutelados por la LDC se encuentran el principio de reciprocidad de trato (art. 26), la obligación del prestador de registrar y responder los reclamos de los usuarios, de brindar atención personalizada (art. 27) e información sobre las condiciones de seguridad de instalaciones y artefactos (art. 28) y las deudas existentes (art. 30 bis).

La LDC también contempla las situaciones de interrupción de la prestación del servicio e instituye una presunción *iuris tantum* para imputar a las empresas la responsabilidad por los cortes así como también los plazos para reclamar el reintegro del importe del servicio no prestado (art. 30). Respecto a los instrumentos de medición del consumo, dispone la facultad de la autoridad competente para verificar su correcto funcionamiento así como la posibilidad de control individual por parte de los usuarios (art. 29). En cuanto a la facturación, el art. 31 de la LDC estipula que cuando las prestadoras reclamaren el pago de facturas ya abonadas por el usuario, deberán devolverle las sumas que hubieren

percibido incorrectamente, más los intereses y punitivos que cobran por mora en el pago de facturas, agregando que deberán indemnizar a los usuarios con un crédito equivalente al veinticinco (25%) del importe cobrado o reclamado indebidamente. Además, instituye la presunción de error en la facturación en aquellos casos que superen un 75% del consumo habitual, indicando distintas bases de cómputo según se trate o no de consumos estacionales.

En materia de responsabilidad por daños, la existencia del contrato de consumo introduce pautas de interpretación que favorecen a los usuarios.

Ello ocurre porque la LDC instituye sobre los proveedores el deber de seguridad, de brindar trato digno y no discriminatorio y de abstenerse de desplegar prácticas abusivas.

Al actuar dentro de una relación de consumo, los concesionarios y prestadores asumen frente a los usuarios **obligaciones de resultado y pesa sobre ellos un deber general de prevención, de seguridad y de responsabilidad por daños derivados de defectos o riesgos del servicio y de las cosas empleadas para la prestación.**

Además la LDC prevé un sistema autónomo de responsabilidad por daños diferente al establecido en el CCyC, que es más beneficioso para el consumidor y que prevalece y desplaza las normas generales del CCyC (cónf. art. 1709).

¿Cuáles son las ventajas que presenta el régimen de responsabilidad **consumeril**? Por ejemplo, la LDC contempla el principio *in dubio pro* consumidor, cargas probatorias dinámicas, garantías legales obligatorias para cosas muebles no consumibles (como podría ser un aparato proporcionado por una prestadora de gas), un régimen particular de vicios redhibitorios y la posibilidad de reclamar **daños directos y daños punitivos**, además de contar con el beneficio procesal de la gratuidad.

En este orden de ideas, jurisprudencialmente se ha reconocido el derecho a la integralidad de la reparación de los daños que pudieran derivarse de fallas o interrupciones en la prestación (“ÁNGEL ESTRADA”) así como también de las lesiones o daños generales derivados de la ineficiente gestión del servicio o de la omisión o incumplimiento del deber de seguridad, que, con carácter objetivo, recae en los prestadores de servicios públicos (“BIANCHI”).

3. Los marcos regulatorios legales y reglamentarios de cada uno de los servicios públicos domiciliarios. Cada servicio público cuenta con un marco normativo general, integrado por leyes, reglamentos y contratos, que sistematizan con un intenso nivel de detalle y desagregación, la actividad sometida al régimen del servicio público y los derechos y obligaciones de prestadores y usuarios (v.gr. la ley 24065 –marco regulatorio eléctrico–; la ley 24076 –marco regulatorio del gas– y sus normas reglamentarias y complementarias).

En estos documentos se encuentra contenido **el sistema tarifario** y sus procedimientos de aprobación y modificación, así como las normas vinculadas con cuestiones ambientales, de seguridad del servicio y los planes de expansión.

A través de los marcos regulatorios los concesionarios asumen con carácter general el deber de resarcir los daños derivados de la prestación deficiente, pero, en algunos casos, cuentan con sistemas de responsabilidad limitada (v.gr. el marco regulatorio eléctrico frente a daños derivados de cortes e interrupciones del servicio de distribución, el transporte aerocomercial, etc.) cuya constitucionalidad exige un examen particularizado caso por caso. Así por ejemplo en “ÁNGEL ESTRADA” la Corte Suprema entendió que las indemnizaciones tarifadas que el marco regulatorio eléctrico prevé para los supuestos de interrupciones de la provisión de energía eléctrica no es la única indemnización a la que el usuario tiene derecho, por lo que pueden alegarse y acreditarse la pertinencia de otros daños.

De todo lo expuesto hasta aquí podemos sacar dos conclusiones. Por un lado, **los usuarios cuentan con una protección constitucional preferente. De ello se sigue que el bloque normativo que los ampara opera en simultaneidad, conforme a criterios de armonización e integración y no de oposición y conflicto (cónf. art. 2° CCyC)** (FRUSTAGLI y HERNÁNDEZ, 2008). Las diversas fuentes normativas (constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales) confluyen en la protección de los usuarios tanto en relación con el acceso al servicio en condiciones de igualdad como en referencia al deber de seguridad en la prestación.

Por otra parte, los prestadores de servicios públicos, en tanto proveedores, deben responder frente a los usuarios en el marco de la relación de consumo que se establece entre ellos **en los términos de la LDC y conforme a su sistema especial de responsabilidad y paralelamente** también están obligados a cumplir los marcos regulatorios y las pautas contractuales que los vinculan con el concedente y de los que también se desprenden obligaciones frente a los usuarios.

Lo relevante de la aplicación a la relación prestador-usuario del régimen consumeril es que este último posee disposiciones más ventajosas para los usuarios, tales como, en materia de legitimación activa amplia –art. 1° y 52 LDC y 1092 CCyC–, legitimación pasiva extensa –art. 2°, 13 y 40 LDC–, garantías legales obligatorias para cosas muebles no consumibles –art. 11 a 17 LDC–, régimen redhibitorio *sui generis* –art. 18 LDC–, posibilidad de reclamar daños punitivos y directos –arts. 52 bis y 40 bis LDC–, posibilidad de accionar colectivamente –arts. 52 y 54 LDC–, ventajas de carácter procesal y principio de cargas probatorias dinámicas –art. 53 LDC– (CHAMATRÓPULOS, 2015).

4. La responsabilidad por daños de los prestadores estatales de servicios públicos

AySA, EPEC, la gran mayoría de las empresas que brindan el servicio de recolección de residuos a nivel municipal y local y muchas otras empresas prestadoras

de servicios públicos son de propiedad estatal. Cabe por ello preguntarse si a estos operadores **los alcanza el régimen de responsabilidad de la LDC y, en su caso, si este convive o reemplaza al de la LRE.**

Como ya dijimos, tanto los prestadores privados como los públicos encuadran en la definición de **proveedor** que introduce el art. 2° de la LDC, ya que este considera tal a

la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

Similarmente, el vínculo usuario-prestador está captado por el art. 1093 del CCyC que define al **contrato de consumo** como el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios **pública o privada.**

La protección del usuario (a su seguridad, bienes e intereses económicos) deriva directamente del art. 42 CN y este ampara a todos los usuarios sin distinción. Sobre los prestadores públicos y privados recae la misma obligación de seguridad y un idéntico deber de prevención del daño, preceptos estos que aunque poseen un claro sustento constitucional no poseen un correlato igual de preciso en el régimen de responsabilidad estatal pero sí en el de la LDC.

De modo que se impone concluir que la relación usuario-prestador, ya sea de carácter privado o público, está alcanzada por los términos del régimen consumeril. Sería directamente lesivo de la garantía de igualdad prevista en el art. 16 CN, y hasta absurdo que, por ejemplo, un distribuidor de energía eléctrica privado responda frente a sus usuarios con la amplitud que contempla la LDC y un prestador del mismo servicio pero organizado como sociedad estatal pretenda hacerlo solo sobre la base de la LRE. Todos los prestadores de servicios públicos entablan con sus usuarios relaciones de consumo que se rigen tanto por los marcos regulatorios específicos de derecho público como por la LDC. Ambos microsistemas se articulan y concilian a fin de engrosar la protección del consumidor, que es un sujeto de tutela constitucional preferente.

5. Responsabilidad de los concesionarios, contratistas y prestadores de servicios públicos en el régimen de la LRE

La única pauta que posee la LRE que se relaciona directamente con la prestación de servicios públicos es su **art. 6°**. Ella se limita a eximir al Estado de toda responsabilidad, incluso subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos “cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Si aplicamos linealmente esta pauta al ejemplo con el que comenzamos este capítulo –el de la tragedia de Once– daría la impresión de que **el Estado no debe responder, pero que sí debe hacerlo la concesionaria TBA en caso de que el daño causado resultara atribuible a la función prestacional que el Estado le había asignado.**

Ahora bien, ¿esta eximición es total?, ¿el Estado no debe responder nunca por los daños causados por sus concesionarios? Y si fuera cierto que solo responden los concesionarios ¿en qué términos lo hacen?, ¿conforme a qué normativa?, ¿con qué alcances?

6. ¿Responde el Estado por los daños causados por concesionarios de servicios públicos?

El art. 6° de la LRE exime al Estado de toda responsabilidad, incluso subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos “cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

En una primera lectura, esta cláusula daría a pensar que el Estado no responderá en ningún caso en que los daños sufridos por los usuarios provengan de una acción u omisión imputable a la deficiente gestión del servicio o actividad encomendada.

Sin embargo, esta cláusula **no puede ser entendida en términos tan categóricos.**

Aunque algunos autores han sospechado que esta previsión esconde la aviesa intención de generar impunidad en el Estado por los daños causados por los prestadores de servicios públicos (ABERASTURY, 2014; GELLI, 2014), nosotros creemos que más allá de su redacción poco feliz, en verdad la disposición analizada apunta a **enfatar la responsabilidad directa e insoslayable que les cabe a los prestadores de servicios públicos por los daños causados a sus usuarios y terceros vinculados a la prestación.**

La **lógica propia del contrato de concesión** de servicios públicos –que se extiende también a otras formas prestacionales como serían la licencia, la autorización o los permisos– explica que los daños que se deriven de la prestación concesionada no puedan atribuirse en forma directa al Estado, puesto que **los concesionarios no son órganos de aquel y actúan a su propia cuenta y riesgo.**

En efecto, entre el Estado (concedente) y el particular (concesionario) media un contrato administrativo (contrato de concesión) que es el fruto de una selección que el primero efectúa en el marco de un procedimiento administrativo especial. De allí que los riesgos propios de este contrato (en este caso, los daños que sufran los usuarios por la prestación deficiente o por la ausencia del servicio) son aspectos particularmente evaluados en el sinalagma contractual y hacen al conjunto de obligaciones y derechos que las partes contraen, como así también a la respectiva ecuación económico financiera. Si el concesionario actúa a su cuenta y riesgo, **se impone que sea él y no el Estado concedente el que deba asumir la responsabilidad derivada de los hechos y actos que concreten el ejercicio de la concesión** (SARMIENTO GARCÍA, 2015; PÉREZ HUALDE, 1997).

Desde este lugar, al ser el concesionario un particular que a cambio de una contraprestación dineraria convenida lleva a cabo las obligaciones estipuladas en el contrato y obtiene los beneficios que se desprenden de aquel, es razonable considerar que sea él quien en primer lugar y, en forma directa, asuma los daños que sus propios hechos u omisiones ocasionan en forma directa a los usuarios y que, consecuentemente, el Estado se desobligue por los daños así causados.

Esta, que a nuestro entender es **la única lectura correcta del art. 6° de la LRE** y de normas semejantes que se han dictado en el orden local, **no debe llevar a pensar que el Estado no pueda llegar a responder, en virtud de algún otro factor de atribución, por los daños derivados de la deficiente prestación de los servicios públicos.**

En efecto, de la responsabilidad objetiva, directa, de resultados y fundada en el deber de seguridad que pesa sobre los prestadores (“LEDESMA”, “FERREYRA c/VI-COV”, “BIANCHI”) **no se sigue que el Estado no responda en ningún supuesto.**

7. ¿Cuándo y cómo puede responder el Estado por los daños derivados de la prestación de servicios públicos por concesionarios?

En primer lugar no puede descartarse, al menos por vía de hipótesis, que la responsabilidad nazca si los perjuicios causados por el prestador resultan de **acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas que el concedente le ha impuesto** (BUSTELO, 2015; PERRINO, 2015). No existiría aquí ajenidad del Estado en la causación del daño sino más bien, una hipótesis de obligaciones concurrentes frente a la víctima.

En segundo término, el Estado también podría incurrir en una **responsabilidad por omisión en el control que debe ejercer del concesionario**, en su carácter de concedente y como titular de la potestad regulatoria y sancionatoria.

La mayor parte de los servicios públicos domiciliarios cuentan con **organismos específicos de contralor** (ENARGAS, ENRE, CNC, ENTE DE AGUAS Y SANEAMIENTO, COMISIÓN NACIONAL DE TRANSPORTE AUTOMOTOR, etc.). Y más allá de los alcances más o menos amplios que posean las potestades que las leyes les conceden en materia regulatoria del mercado concernido, todos los entes y agencias reguladoras poseen entre sus objetivos prioritarios el de tutelar los derechos de los usuarios.

El deber de fiscalización y monitoreo de las condiciones en las que se presta el contrato de concesión y del cumplimiento de las obligaciones asumidas es indelegable e inherente al concedente. Si estas funciones no son ejercidas debidamente podría llegar a configurarse una **falta de servicio por omisión**, al no haberse adoptado las medidas tendientes a evitar el daño.

En esa dirección, en el bloque anterior, al referirnos a la responsabilidad estatal por omisión, hemos recordado los precedentes referidos a la responsabilidad por falta de cumplimiento de las funciones de contralor de organismos técnicos específicos (Banco Central de la República Argentina, Superintendencia de Riesgos del Trabajo, Superintendencia de Seguros, etc.), lo que también podría darse respecto de los entes y agencias reguladoras debido a la falta de verificación de la operatoria de los prestadores de servicios públicos.

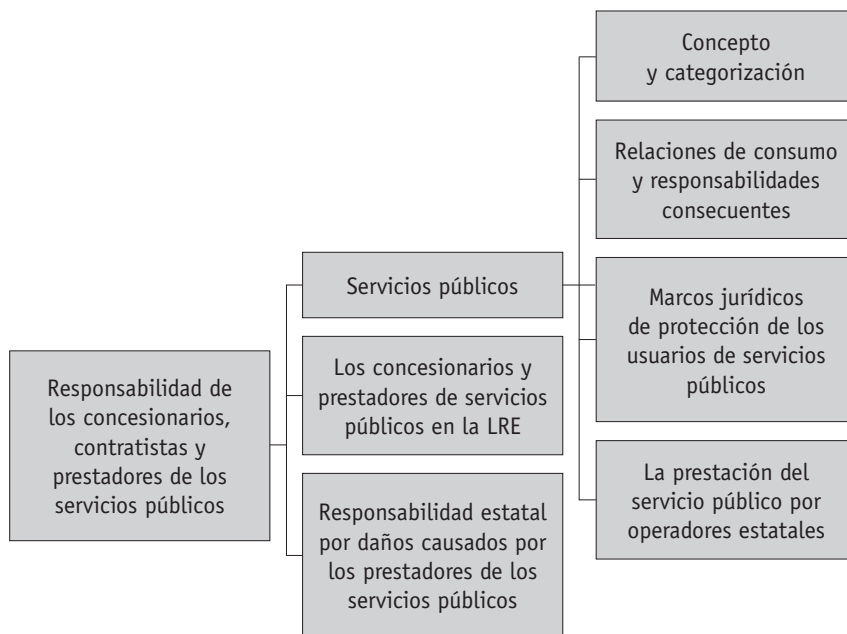
Aunque también hemos considerado lo dificultoso que puede resultar trazar un nexo causal directo entre la supuesta omisión estatal en la función de contralor y el daño experimentado por la víctima a raíz del accionar directo de un tercero, no puede apriorísticamente excluirse la posibilidad de que el Estado incurra en una falta de servicio por omisión conforme al art. 3° de la LRE si no adoptó las medidas necesarias para supervisar el modo en que los prestadores cumplen las obligaciones asumidas en el contrato.

En ese supuesto, el Estado podría llegar a responder junto con el prestador privado frente a la víctima por la producción del daño, pero obviamente que cada uno será condenado por un factor de atribución diferente y en proporción a la incidencia que haya tenido en la producción de este daño. Y eventualmente puede resultar más intensa la responsabilidad del prestador que la del concedente.

También habría responsabilidad estatal si pudiera establecerse una relación causal directa entre los daños sufridos y **conductas delictivas de funcionarios estatales**, tal como aconteció en la tragedia de Once, en la que en la causa penal se probó la comisión del delito de defraudación en perjuicio del Estado de la que se beneficiaron algunos funcionarios.

Finalmente, y por vía de hipótesis, tampoco podría descartarse la responsabilidad subsidiaria del Estado frente a la eventual **quiebra del concesionario**, que además de constituirse por regla general en una causal de rescisión del contrato de concesión y de rescate de la actividad, produce la reversión de los bienes y el servicio al Estado, por lo que este deberá asumir los pasivos si la masa concursal no llegara a cubrirla.

Esquematisando



Bibliografía

- ÁBALOS, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, *La Ley* 2015-E, p. 605-621.
- ABERASTURY, PEDRO, “La nueva ley de responsabilidad del Estado”, *Revista Anales de Legislación Argentina*, N° 25, 2014, p. 18-33.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”, *La Ley*, 1996, AR/DOC/9193/2001, p. 1-31. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.) Y CABRAL, PABLO O. (COORD.), *Derecho Administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, 1ª ed., La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- BUSTELO, ERNESTO, “Responsabilidad del Estado”, en CÍCERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.

- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- CICERO, NIDIA K., *Servicios Públicos. Control y Protección*, Buenos Aires, Ciudad Argentina y Facultad de Derecho UBA, 1996.
- CICERO, NIDIA K., “La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos”, *Jurisprudencia Argentina*, 2009-I, p. 1198-1214.
- CICERO, NIDIA K., *Servicios Públicos y Federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- CHAMATRÓPULOS, ALEJANDRO, “La responsabilidad del Estado y el Derecho del consumidor”, *Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad del Estado II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, I-2015, p. 143-188.
- FRUSTAGLI, SANDRA A. Y HERNÁNDEZ, CARLOS A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en CICERO, NIDIA K., (COORD.), *Régimen de Defensa del consumidor. Análisis de su reforma, Número especial*, *Jurisprudencia Argentina*, 2008-II, p. 1212-1224.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 4a edición ampliada y actualizada*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *La Ley* 2014-E, p. 659-668.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomos 2 y 7, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo 1, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- MURATORIO, JORGE “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto sobre los servicios públicos de competencia nacional”, en CICERO, NIDIA K., (COORD.), *Régimen de Defensa del consumidor. Análisis de su reforma, Número especial*, *Jurisprudencia Argentina*, 2008-II, p. 1272-1285.
- PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, en CASSAGNE, JUAN C. (DIR.), *Summa de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 4089-4100.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La responsabilidad del Estado y del concesionario en el contrato administrativo de concesión de servicios público”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP), Ediciones Especiales Contratos Administrativos*, 1999, p. 1-10. Recuperado de <http://www.revistarap.com.ar>
- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Omisión del Estado y servicios públicos”, en *Cuestiones de la Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008, p. 1007-1014.

- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de los servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- PICASSO, SEBASTIÁN Y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. (DIRS.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- SALVATELLI, ANA, “Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en ruta, derivada de los artículos 3º y 6º de la Ley N° 26944”, en IVANEGA, MIRIAM Y RIVERO ORTEGA, Ricardo (COORDS.) *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley n° 26944*, Buenos Aires, RAP, 2015, p. 209-226.
- SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., “Concesión de Servicios Públicos”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 615-815.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Multimedia

- CICERO, NIDIA K., Responsabilidades del Estado - Concesiones Públicas, 2019.
Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=MOLK5k92owA> y de <http://karinacicero.com/#>

Jurisprudencia

- CSJN, “Ángel Estrada y CIA. S.A. c/ RESOL. 71/96 - SEC. ENER. Y PUERTOS (EXPTE. N°750-002119/96) s/Recurso Extraordinario” (Fallos: 328:651).

- CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4944).
- CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/Amparo Colectivo” (Fallos: 339:1077).
- CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4944).
- CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:646).
- CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios” (Fallos: 331:819).



BLOQUE TEMÁTICO 5

Aspectos procesales de la responsabilidad del Estado





Premisas

Hay un guardián ante la Ley. A ese guardián llega un hombre de la campaña que pide ser admitido a la Ley. El guardián le responde que ese día no puede permitirle la entrada. El hombre reflexiona y pregunta si luego podrá entrar. “Es posible”, dice el guardián, “pero no ahora”.

Franz Kafka, *Ante la ley*

Así como el campesino de Kafka debe esperar a que un guardián le abra las puertas para poder acceder a la Ley, las víctimas de daños cometidos por el Estado también tienen que destrabar varios cerrojos –metafóricamente hablando– antes de poder hacerse de una indemnización reparadora. En algunos casos la primera puerta es la de la instancia administrativa que debe agotarse, en otros esta etapa se puede sortear, pero siempre habrá que ajustarse a fatales plazos de prescripción y transitar un proceso judicial en el que tendrá que probarse la concurrencia de los presupuestos del deber estatal de resarcir y el monto de los perjuicios reclamados.

Pero incluso luego de atravesado este camino y una vez lograda una sentencia de condena, todavía queda por delante efectivizar la indemnización, lo que en no pocas ocasiones puede implicar transitar un sendero largo y espinoso.



CAPÍTULO 19

Condiciones de admisibilidad de la demanda de responsabilidad estatal

Leer este capítulo te llevará:
21 minutos aproximadamente

1. Pasado y presente de la demandabilidad estatal

Las distintas etapas evolutivas de la responsabilidad extracontractual estatal que identificamos en el capítulo 2 del bloque 1 ayudan a visualizar **la conexión directa que existe entre el reconocimiento de la existencia del deber estatal de responder y las posibilidades concretas de llevar al Estado a juicio.**

Como ya hemos visto, antes de la sanción de la ley 3952, para poder demandar al Estado en su esfera extracontractual era menester contar con una *venia legislativa*. Este sistema provocaba muchas dificultades prácticas tanto para el Congreso Nacional –que tenía que pronunciarse sancionando una ley específica cada vez que un damnificado quisiera demandar– como para los propios interesados. Aunque la ley 3952 mantuvo el recaudo de la autorización legislativa previa a demandar a la Nación cuando esta había actuado como *poder público*, la suprimió y la reemplazó por el planteo de un **reclamo administrativo previo** cuando la demanda consistía en una *acción civil*, en la que el Estado actuaba como persona privada. Si bien este sistema dual fue un primer paso hacia la demandabilidad plena del Estado, recién con la entrada en vigencia de la ley 11634, que eliminó totalmente la *venia legislativa* y generalizó la exigencia del reclamo administrativo previo para demandar al Estado cualquiera fuera el objeto del pleito; la demandabilidad estatal se generalizó tanto en la esfera contractual como la extracontractual.

Muchos años después, al sancionarse la LNPA, se reguló el **reclamo administrativo previo** en sus arts. 30, 31 y 32 como el típico requisito o privilegio **preprocesal de las demandas en las que se persiga obtener del Estado el reconocimiento o el otorgamiento de algún derecho, como son, precisamente, las demandas de daños y perjuicios.**

Sin embargo, a través del **inciso e) de su art. 32, la LNPA** introdujo una salvedad fundamental a este recaudo procesal, pues, justamente, **eximió a todas las demandas de daños y perjuicios de la presentación de este reclamo administrativo previo.**

Aunque a partir de la reforma introducida por la ley 25344 al inciso b) del art. 32 de la LNPA esta eximición **solo aplica a las demandas de daños y perjuicios de fuente extracontractual –no así a las de origen contractual–**, la regla sigue siendo la del libre acceso a la instancia judicial, excepto para el espectro de casos que requieren la impugnación de actos administrativos de alcance particular o general que sí se encuentran sujetos a la obligatoriedad del agotamiento previo de la instancia.

En virtud de ello, cuando **los daños reclamados se derivan del dictado de un acto o reglamento cuya regularidad debe hacerse caer como condición para que pueda nacer el deber de resarcir, el afectado debe atravesar y concluir la vía administrativa** y recién luego de agotada esta, a través del planteo de los recursos o reclamos correspondientes, se puede acceder a la instancia judicial.

¿Cuáles son las condiciones de acceso al proceso contencioso administrativo?

No está de más recordar que el régimen legal vigente en el orden federal –que los órdenes locales copian, con alguna mínima salvedad– establece dos condiciones típicas para poder someter al Estado Nacional a juicio:

1. transitar y agotar la instancia administrativa, lo que puede realizarse a través de dos vías: **la impugnativa** (arts. 23 y 24 LNPA) y **la reclamativa** (arts. 30 a 32 LNPA).
2. articular la demanda judicial dentro de un **plazo de caducidad** (arts. 25 y 31 LNPA).

Estos requisitos se engloban en lo que se denomina genéricamente como **“procedimiento de habilitación de instancia”** que tiene por objeto impedir que se demande al Estado Nacional sin antes haberle dado la oportunidad de que en su propia sede tome una decisión sobre lo que constituirá el objeto del litigio. Aunque la falta de pronunciamiento de la Administración sobre el recurso o el reclamo no afecta al interesado ya que este de todas maneras está autorizado a articular su pretensión judicial ante el silencio del órgano requerido (cónf. art. 10 LNPA), el régimen vigente no permite demandar sin que se le haya otorgado a la Administración la posibilidad de resolver previamente la petición ya que el agotamiento previo, cuando es un recaudo legal, constituye un **presupuesto procesal de admisibilidad de la acción contenciosa administrativa. No es renunciable por la Administración y debe ser controlada de oficio por los jueces (“GORORDO”)**, ya sea en una primera etapa del proceso, antes de correr traslado de la demanda contencioso

administrativa o de decidir la excepción de falta de habilitación de la acción que pudiera plantear el órgano demandado o bien más tarde, al momento de dictar sentencia, resolviendo lo atinente a la falta de cumplimiento de este recaudo procesal como defensa de fondo.

La **vía impugnativa** se debe recorrer cuando a través de la acción judicial se pretende obtener la nulificación o modificación de un acto administrativo de alcance particular o de un reglamento (en este último caso, sea directamente o indirectamente a través de un acto particular de aplicación).

La segunda ruta es la **reparatoria o reclamativa**, en la que el accionante no pretende que se prive de efectos a un acto o reglamento –dado que por lo general no se ha dictado acto alguno susceptible de ser impugnado– sino que petitiona que **se le reconozca un derecho o se lo resarza por las consecuencias dañosas de una determinada conducta administrativa**, que puede consistir en un hecho o en una omisión pero no en un acto o reglamento cuya nulidad debe declararse en forma previa. Esta vía se concreta en la presentación de un **reclamo administrativo previo, que solo está exceptuado en los tres supuestos a los que alude el art. 32 LNPA**:

- a. cuando mediara una norma expresa que así lo establezca;
- b. cuando se tratara de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente y
- c. **cuando se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.**

Una vez agotada la vía administrativa, ya sea por medio de los recursos o de los reclamos, **la demanda judicial debe ser articulada dentro de un plazo de caducidad de noventa días (arts. 25 y 31 LNPA)**, pues de lo contrario se entiende que el acto impugnado, así como aquellos que denegaron los recursos o reclamos previos, devino firme y, por ende, es inatacable.

En cambio, cuando **no es obligatorio agotar la vía administrativa**, la acción de daños y perjuicios solo se sujeta al plazo de prescripción, que en materia extracontractual es de tres años (art. 7° LRE, que coincide con lo previsto en el art. 2561, 2do. párrafo CCyC).

Todas estas condiciones deben interpretarse conforme al principio pro actione (“LOF CASIANO”), al de la innecesariedad de agotar la vía administrativa cuando ello equivalga a un **ritualismo inútil** (“CÓRDOBA”) y al principio constitucional y convencional de la **tutela judicial efectiva** (“FURLAN”). Por todo ello, **en caso de duda acerca de si se encuentra o no habilitada la instancia judicial, debe considerarse cumplido el recaudo y no rechazarse la acción** (“SACOAR”).

2. Agotamiento de la instancia administrativa y plazo de caducidad

Para comenzar hay que retener que **la LRE no contiene ninguna directiva específica con respecto a la acción de responsabilidad**. La única pauta de tenor procesal en su texto es el art. 8° que contempla la posibilidad de acumular o dividir las pretensiones resarcitorias y anulatorias que ya examinaremos más adelante. Pero, fuera de ello, no hay previsiones específicas al respecto.

Sin embargo, como el derecho opera siempre como un sistema, no podemos perder de vista las reglas generales que disponen el modo y las condiciones conforme a las cuales el Estado puede ser demandado, ya que estas son también aplicables al juicio de daños y perjuicios en particular.

Por razones metodológicas conviene comenzar por distinguir los campos en los que se funda la responsabilidad, puesto que **los requisitos de admisibilidad cambian según la demanda de daños tenga fuente contractual o extracontractual**.

El segundo elemento a considerar es **la existencia o ausencia de un acto o reglamento administrativo como generador del daño**, puesto que en estos supuestos habrá que agotar la vía administrativa por medio de la interposición de recursos o reclamos impropios, lo que, en cambio, no resulta necesario cuando la lesión se origina en una conducta material, una mera omisión o una simple abstención administrativa.

Veamos:

2.1. Responsabilidad extracontractual

Las acciones resarcitorias fundadas en la responsabilidad estatal extracontractual derivadas de conductas u omisiones de tipo material no requieren del agotamiento de la vía administrativa, ni por la vía impugnativa ni por la reclamatoria.

Si el daño deriva de una vía de hecho, dichas acciones quedan captadas por los **arts. 9 y 25 inciso d) de la LNPA**, que en tales casos no imponen el agotamiento de la vía administrativa. Y si surgen de cualquier otro hecho o conducta material, tampoco hay vía administrativa que agotar puesto que el **art. 32 inc. b. LNPA** las exime del planteo de un reclamo administrativo previo.

En cambio, si la responsabilidad extracontractual se origina en **un acto administrativo o un reglamento que deba anularse como condición para que puedan reconocerse los daños** –tal como lo contempla el art. 8° LRE– sí es necesario agotar la vía administrativa por medio de la interposición de un recurso jerárquico o de un reclamo impropio. En esta vía impugnativa se aplican los plazos generales que rigen para la interposición de recursos en el RLNPA (10 días para el recurso de reconsideración y 15 días para el jerárquico).

Además, una vez notificado el acto que resuelve el recurso o el reclamo impropio y agota la vía administrativa, comienza a correr el **plazo de caducidad** de noventa días para articular la demanda resarcitoria, salvo que se configure el silencio previsto en el art. 10 LNPA, en cuyo caso no rige el plazo de caducidad.

Todo esto surge de los **arts. 24 a) y b), 25 y 26 LNPA** que obligan a agotar la vía administrativa cuando se pretenda lograr la nulidad de actos y reglamentos y que contemplan un plazo general de caducidad para demandar al Estado de noventa días, salvo frente al silencio administrativo.

Hay, no obstante, **un par de excepciones** a esta regla:

1. Cuando la demanda se funda en la **responsabilidad lícita** del Estado: en estos casos, aun cuando el daño haya sido consecuencia del dictado de un acto administrativo o de un reglamento –por ejemplo, si un acto administrativo revoca otro anterior por razones de oportunidad, mérito o conveniencia–, la reparación pretendida no requiere la declaración de nulidad de tales actos, pues justamente su legalidad no es cuestionada por el afectado, a quien solo le interesa ser compensado debidamente (“MACKENTOR”).
2. Ya sea que la acción resarcitoria se funde en la regularidad o en la irregularidad del accionar estatal, cuando el origen del daño se ubique en una **ley o un reglamento de necesidad y urgencia, no hay que agotar la vía** puesto que ambos poseen naturaleza legislativa y, por ende, cualquier cuestionamiento que se hiciera respecto a la legalidad de ellos en sede administrativa equivaldría a un ritualismo inútil, ya que la Administración carece de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de tales actos de alcance general (“FERNÁNDEZ”, “LUACES”).

2.2. Responsabilidad contractual

Como ya sabemos, la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional estatal está regulada por las normas específicas de cada contrato por lo que la LRE solo rige de manera supletoria (cónf. art. 10 LRE).

En relación con los requisitos de agotamiento de la vía administrativa para la articulación de estas demandas, la LNPA en su actual redacción dispone que es necesario **agotar la vía administrativa a través de la interposición del reclamo administrativo previo** (cónf. art. 32 inciso b) de la LNPA, *a contrario sensu*). Una vez resuelto este, la acción judicial se debe plantear en el **plazo de caducidad de noventa días**. Este reclamo puede interponerse en cualquier momento, siempre dentro del plazo de prescripción.

Es oportuno recordar que en virtud de la última reforma introducida al art. 31 LNPA, la vía reclamativa también quedó sometida al plazo de caducidad de noventa días previsto en el art. 25 de la LNPA, que hasta entonces solo se había

aplicado a la vía impugnativa. En efecto, aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema había entendido que el referido plazo no regía en relación con las pretensiones reclamatorias sino solo a las impugnatorias deducidas en los términos de los artículos 23 y 24 LNPA (“MACKENTOR”, “SERRA”), la ley 25344, al modificar el artículo 31 LNPA, dispuso que **el plazo de caducidad del art. 25 LNPA se aplica también frente al rechazo expreso del reclamo administrativo previo**, no así frente al silencio. Si este se produce, entonces la acción resarcitoria no se sujeta a plazo de caducidad alguno (“BIOSYSTEMS”), aplicándose únicamente el de prescripción.

Aunque compartimos muchas de las críticas que se han formulado al nuevo régimen del reclamo administrativo previo introducido por la ley 25344, no parece excesivo que el contratista, antes de demandar los daños sufridos por el incumplimiento del convenio que le atribuye al Estado, dirija preliminarmente su pretensión a la autoridad administrativa con la que trabó su relación obligacional, sobre todo porque el reclamo previo carece de toda exigencia sacramental y el procedimiento administrativo está regido por el principio del informalismo a favor del administrado.

En esa dirección no hay que olvidar que el art. 7° *in fine* de la LNPA determina que *los contratos administrativos se rigen por sus respectivas leyes especiales*, sin perjuicio de la aplicación analógica de las disposiciones del título III de dicho cuerpo normativo, lo cual da la pauta de la especialidad de la materia contractual y en consonancia con ello, muchos contratos administrativos contemplan mecanismos reclamatorios semejantes, tal como el que contiene la ley de obras públicas 13064 para el reclamo de gastos improductivos, que antes de judicializarse deben pedirse en sede administrativa (VEGA y CRIVELLI, 2015).

3. ¿Antes de demandar hay que llevar al Estado a mediación?

La ley 26589 instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, con el propósito de promover la comunicación directa entre las partes para lograr la solución extrajudicial de la controversia.

El procedimiento de mediación es entonces un requisito de admisibilidad de la demanda resarcitoria puesto que el juez puede rechazarla *in limine* si no se acredita la realización de la mediación mediante el acta expedida y firmada por el mediador interviniente que acredita su celebración.

Sin embargo, conforme lo establece el artículo 5° de dicha norma, **el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no es aplicable a las causas en las que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte,**

salvo en caso en que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que menciona el artículo 1641 CCyC (que se refieren a los supuestos prohibidos de transacción).

Ahora, si se trata de demandar individualmente **a los funcionarios o agentes causantes del daño**, esta acción sí está sujeta al requisito de la mediación previa.

Resumiendo:

Tipo de responsabilidad	Situación	Origen del daño	Agotamiento de la vía administrativa	Plazo de caducidad de 90 días	Mediación previa
Contractual	El Ente Nacional Regulador del Gas no abonó los servicios de consultoría que le brindó PWG en el marco del procedimiento de revisión tarifaria 2015/2016. La consultora va a demandar por cobro de pesos.	Incumplimiento de lo pactado en el contrato en cuanto a precio, condiciones, plazos, etc.	✓ Mediante reclamo administrativo previo.	✓	X
Extra Contractual	Un peatón tropieza con la tapa de una alcantarilla que está levantada, cae y se lesiona gravemente su codo, brazo y muñeca. Durante seis meses no puede trabajar como concertista de violín	Actuaciones u omisiones materiales	X	X	X
Contractual	A un empleado le dejan de abonar el adicional por ex combatiente de Malvinas, sin acto previo, sumario ni notificación alguna.	Vías de hecho	X	X	X
Extra Contractual	Un acto administrativo revoca un permiso para construir un edificio de veinte pisos, lo que paraliza la obra que ya estaba edificada hasta el piso quinto.	Acto o reglamento administrativo	✓ Mediante recurso o reclamo impropio	✓	X

4. La prohibición de reconocer daños en sede administrativa

Hemos visto que en un puñado de casos la LNPA obliga a agotar la vía administrativa por medio del planteo de recursos o de reclamos como condición para poder reclamar daños y perjuicios al Estado.

También sabemos que aun sin ser obligatorio, peticionar el reconocimiento de un derecho por la vía administrativa puede ser una opción válida para cierto tipo de pretensiones –por ejemplo, aquellas cuyo contenido económico sea escaso– sobre todo porque el procedimiento administrativo es netamente informal. No es necesario contar con patrocinio letrado para acceder a él y la Administración –al menos en teoría– debe resolver las peticiones en plazos breves (cónf. art. 1° LNPA).

¿Pero qué sentido tendría atravesar la vía administrativa **si la Administración está legalmente impedida de reconocer daños y acordar indemnizaciones?** Peor aún, ¿por qué se obliga a los requirentes a agotar la vía administrativa si los órganos estatales no les pueden reconocer ningún concepto resarcitorio en su propia sede?

Aunque pudiera parecer paradójico, un decreto sancionado en 1944, que nunca ha sido derogado, no les permite a los órganos administrativos nacionales reconocer daños e indemnizarlos.

En efecto, el decreto 28211/44 dispone:

El Poder Ejecutivo no admitirá por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que estos realizan las funciones o tareas encomendadas; debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiera al monto de la compensación a que hubiera lugar.

Consecuentemente, si un damnificado atraviesa la vía administrativa, voluntaria u obligadamente y el órgano competente revisa el acto administrativo o reglamento que lo perjudicó –por ejemplo, haciendo lugar a un recurso de reconsideración–, de todos modos no podría acordar una indemnización consecuente.

La Procuración del Tesoro de la Nación en varias intervenciones (Dictámenes, 123:19; 181: 14; 207:1; 207:112) intentó suavizar el rigor del sistema instaurado por este decreto poniendo de relieve que la norma se explica, teleológicamente, porque de ordinario en todo reclamo indemnizatorio dirigido contra el Estado

resulta dudosa la responsabilidad de este, porque los recursos planteados por el supuesto damnificado suelen ser defectuosos o, en sentido más general, porque establecer el monto de la indemnización resulta problemático y el Estado termina actuando como juez y parte. De allí que este órgano solo avaló acordar indemnizaciones en sede administrativa en casos en los que la responsabilidad del Estado era indudable, y sobre la base de *pautas objetivas* que garantizaran una correcta determinación.

Pero más allá de que el máximo organismo asesor del PEN haya flexibilizado este paradigma, mientras que esta norma continúe vigente, existen más motivos para evitar el tránsito por la vía administrativa que para intentarlo.

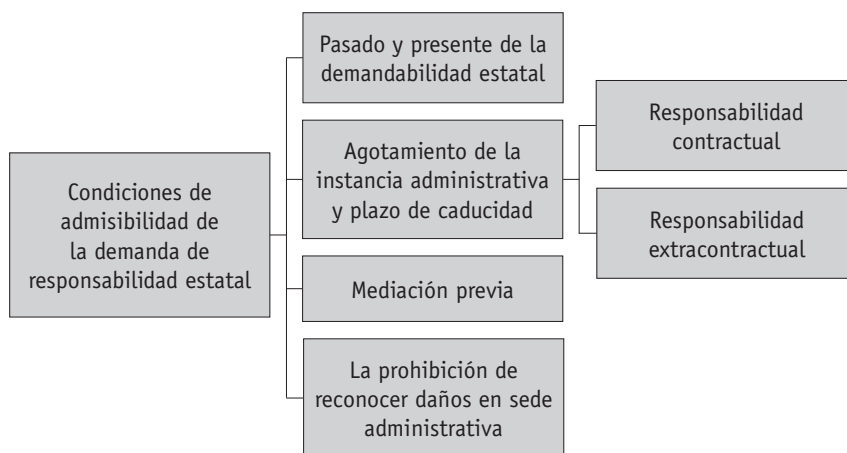
Y esto es, sin dudas, una oportunidad perdida porque si la instancia administrativa sirviera verdaderamente para revisar la legalidad del accionar administrativo, para disuadir la judicialización de las pretensiones y para satisfacer la tutela administrativa efectiva; si en ella los ciudadanos fueran considerados colaboradores reales de la Administración para lograr alcanzar la verdad material, el agotamiento de la instancia no sería un privilegio procesal irritante sino un momento propicio para componer situaciones y para evitar judicializar controversias.

Todo esto da cuenta de la existencia de un claro espacio de mejora del régimen de responsabilidad estatal a nivel federal. Si este obliga a transitar la vía administrativa pero al mismo tiempo le impide a la Administración dar respuesta a estos asuntos, está muy lejos de poder alcanzarse en tal ámbito la verdad material y la tutela administrativa efectiva (“LOSICER”). El agotamiento de la instancia administrativa se transforma en un mecanismo de sobreprotección para el Estado con el único o principal objeto de atrasar o disuadir a que sea demandado.

En tiempos de Administración 3.0., trámites administrativos a distancia y un derecho administrativo concebido al servicio del ciudadano, no se justifica el mantenimiento de la prohibición del decreto 28211/44. La Administración podría, a través de procedimientos administrativos prácticos, simples, digitales y económicos, reconocer los daños que causa con montos de daños tabulados, quedando por supuesto siempre abierta la posibilidad del control judicial posterior.

Explorar las posibilidades que brinda la instancia administrativa para evitar la interposición de demandas y explorar las posibilidades de negociación y conciliación implicaría un cambio copernicano en el modo de afrontar la litigación de la responsabilidad estatal y de garantizar el derecho a una reparación justa. Las víctimas no solo atravesarían la vía administrativa con el único fin de asegurar que el Estado no les oponga en el juicio de daños la excepción de la falta de agotamiento sino también porque aquella resultaría efectivamente un medio eficaz para tutelar los derechos lesionados y resolver el conflicto.

Esquematisando



Bibliografía

- AGUILAR VALDEZ, OSCAR Y STUPENENGO, JUAN A., "Impugnación judicial de actos administrativos, comentario a los artículos 23 a 27 de la Ley 19549", en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 367-445.
- AGUILAR VALDEZ, OSCAR; CANOSA, ARMANDO; HALPERIN, DAVID; JUAN LIMA, FERNANDO Y POZO GOWLAND, HÉCTOR (DIRS.), *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BUSTELO, ERNESTO, "Ley de Responsabilidad del Estado 26944", en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CANOSA, ARMANDO, "Comentario a los artículos 30 y 31 de la Ley 19549", en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 455-464.
- CASSAGNE, JUAN C., *La ley nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.
- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- DE LA RIVA, IGNACIO, "La innecesidad del reclamo administrativo previo en la acción de daños y perjuicios contra el Estado argentino" en CASSAGNE, JUAN C. (DIR.), *Derecho procesal administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Hammurabi-Depalma, 2004, p. 1203-1225.

- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- GAMERO CASADO, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 4, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2010.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- MAIRAL, HÉCTOR, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARCER, ERNESTO, “Las condiciones especiales de admisibilidad de las acciones resarcitorias por la responsabilidad del Estado. El régimen federal y el de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 369-388.
- MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- ROCATAGLIATA, MARCELA, “El reclamo administrativo previo” en TAWIL, GUIDO S., (DIR.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 471-486.
- TAWIL, GUIDO S., (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- TAWIL, GUIDO S., (DIR.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- VEGA, SUSANA Y CRIVELLI, JULIO C. “Obras públicas nacionales. Comentario a la Ley 13064” en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 413-613.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

CSJN, “Biosystems SA c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud - Hospital posadas) s/ contrato administrativo” (B. 674. XLVII), sentencia del 11/02/2014.

CSJN, “Gorordo, Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)” (Fallos: 322:73).

CSJN, “Lof Casiano c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo (Fallos: 331:1660).

CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. 169/05 (Exp. 105666/86 Sum. fin. 708)” (Fallos: 335:1126).

CSJN, “Mackentor SA. c/ OSN s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:1017).

CSJN, “SACOAR y C. c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso - administrativa” (Fallos: 311:2082).

CSJN, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 316:2454).

CNCAF, en pleno, “Córdoba, Salvador y Otros c/ E. N. -Dirección General de Fabricaciones Militares- s/ empleo público”, sentencia del 18/05/2011.

CNCAF, Sala IV, “Fernández Horacio Ezequiel c/ PEN -M° EO y SP. Dto. 290/95 s/ empleo público”, sentencia del 9/02/2000.

CNCAF, Sala IV, “Luaces, Roberto Jorge c/P.E.N. (M° E.O. y S.P.) -Dto. 290/95 y otro s/empleo público”, sentencia del 4/05/2000.

Corte IDH, “Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 31/08/2012.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Biosystems SA c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud - Hospital posadas) s/ contrato administrativo” (B. 674. XLVII), sentencia del 11/02/2014.

CSJN, “Gorordo, Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)” (Fallos: 322:73).

CSJN, “Mackentor SA. c/ OSN. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 312:1017).

CSJN, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 316:2454).

CAPÍTULO 20

Prescripción de la acción de responsabilidad estatal

Leer este capítulo te llevará:
25 minutos aproximadamente

1. Concepto y caracterización

Hasta aquí, todo el desarrollo que hemos hecho en esta obra estuvo dedicado a analizar la conducta del Estado como dañador y los requisitos que deben verificarse para que él pueda ser demandado y eventualmente condenado por haber causado un daño.

Lo que estudiaremos en este capítulo se vincula, en cambio, con **la víctima del daño provocado por el Estado y con la actitud que es jurídicamente exigible de ella cuando la lesión aparece. ¿Cuándo está obligada a demandar? ¿Puede hacerlo indefinidamente? ¿Debe esperar? ¿En qué momento puede reclamarle a su victimario el resarcimiento del daño que sufre?**

Todas estas preguntas nos remiten a un **instituto general del derecho** como es **la prescripción**.

La mayor parte de los derechos, no solo los resarcitorios, están sujetos a la posibilidad de perderse si no se ejercen en término, y es la prescripción la figura jurídica que regula el modo en que aquello acontece.

La prescripción liberatoria, que es a la que nos vamos a referir en este capítulo, es una institución que provoca que, por el transcurso del tiempo que indica la ley, el titular de un derecho quede privado de la facultad de exigirlo. Es una figura que pretende generar incentivos para que, quien se considera con derecho a realizar un determinado reclamo, lo introduzca con prontitud.

La prescripción encuentra fundamento en la necesidad de dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas que están signadas por su permanente dinamismo, por lo que, en este sentido, el instituto contribuye al orden y la paz social. Es que si los derechos pudieran quedar en suspenso demasiado tiempo, se generaría una perturbación constante y una fuente inagotable de problemas. De allí que la prescripción liberatoria sea de orden público y que, por ende, los plazos que fija la ley no puedan ser ampliados ni reducidos por acuerdos entre las partes (cónf. art. 2533 CCyC).

En este orden de ideas, el principio general es que las acciones y los derechos prescriben, siendo la excepción la imprescriptibilidad.

Ocurre, sin embargo, que a pesar de las características antedichas, **los jueces no pueden declarar de oficio la prescripción** (art. 2552 CCyC), **esta puede ser renunciada** (art. 2535); además **es de interpretación restrictiva, por lo que siempre se debe preferir una lectura que mantenga vivos los derechos** (*in dubio pro actione*).

Como veremos en detalle, la LRE contempla **un plazo de prescripción general de tres años**, tanto para demandar al Estado y a sus funcionarios en los supuestos de responsabilidad extracontractual (art. 7°) como para que el Estado intente la acción de repetición contra sus funcionarios y agentes causantes del daño (art. 9°).

Más allá de que **este plazo trienal coincide con el previsto en el art. 2561 del CCyC para las acciones de responsabilidad civil**, las jurisdicciones locales podrían, por vía de hipótesis, apartarse de dicho plazo. Ello se debe a que, como hemos visto, la responsabilidad del Estado no se rige por las normas del CCyC (art. 1764/1766). Además, el art. 2560 del CCyC reza: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Aunque es un asunto muy discutido en doctrina, nosotros creemos que el carácter local que posee la responsabilidad del Estado absorbe también lo referido a la fijación de los plazos de prescripción de las acciones respectivas, sin perjuicio de que consideramos conveniente, por razones de seguridad jurídica, que todas las jurisdicciones coincidan en la regulación de un único plazo de prescripción de las acciones de daños contra el Estado, tal como hemos explicamos en el capítulo 4 del bloque 1 al que nos remitimos.

2. Prescripción y responsabilidad extracontractual

De acuerdo con el artículo 7° de la LRE, el plazo para demandar al Estado nacional, cuando está en juego su responsabilidad extracontractual, tanto lícita como ilícita, es de **tres años**.

Hasta la sanción de la LRE y del CCyC la Corte Suprema había venido aplicando sistemáticamente a estas acciones el plazo de dos años que contemplaba el art. 4037 CC, tanto en el campo de la actividad lícita como ilícita (“CIPOLLINI”).

En relación con el **inicio del cómputo de este plazo**, la LRE contempla dos situaciones: 1) que el término corra a partir de la verificación del daño y 2) que lo haga “desde que la acción de daños esté expedita”.

Veamos:

1. El principio general es que el punto de arranque del curso de la prescripción se ubica en el momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerlo valer. Cuando, por ejemplo, una persona se lesiona al caer en la boca de una alcantarilla mal colocada, la caída es el hecho que inmediatamente le causa el daño. La prescripción es inseparable de la acción, nace con ella y empieza a correr a partir del momento en que el derecho puede ser ejercitado. En consecuencia, no corre mientras no existe una posibilidad real de ejercerla (“LARRABEITI YAÑEZ”). Se trata del caso que se da con mayor frecuencia: los daños nacen directamente de la acción u omisión que origina la responsabilidad y son percibidos inmediatamente por el damnificado. En este mismo sentido, el artículo 2554 CCyC, dispone que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible.

1.1. No obstante, esta regla admite modulaciones, pues excepcionalmente **los daños pueden presentarse en un momento diferente**, ya sea porque aparecen después o bien porque no pueden ser apropiadamente apreciados sino hasta el cese de una conducta ilícita continuada (“CONSTRUCTORA BARCALA SA”).

Esta excepción presenta a su vez dos **variantes**: una, la de **los daños que aparecen luego de la comisión del hecho ilícito**. Es el caso, por ejemplo, de una persona que contrae el virus del sida a través de una transfusión realizada en un hospital público y se entera que es portadora de la enfermedad cinco años más tarde a raíz de un análisis de sangre de rutina. El plazo de prescripción de la acción fundada en la falta de servicio solo puede nacer a partir de que tomó conocimiento de su enfermedad y del modo en que la contrajo.

La razón de que en algunos casos la prescripción inicie en la fecha del conocimiento es porque el tiempo transcurrido entre el hecho ilícito y dicho conocimiento no fue útil para accionar (LÓPEZ HERRERA, 2015). En cualquier caso, una vez conocido el hecho –aunque este conocimiento fuera posterior a la comisión del ilícito– comienza a correr el curso de la prescripción, aun cuando los perjuicios pudieren mantenerse en el tiempo.

El segundo caso se presenta cuando los **hechos reputados ilícitos no han cesado sino que continúan en el tiempo**, como sería el caso de un secuestro a una persona que nunca fue rescatada de este. Mientras que la víctima no aparece, el hecho ilícito continúa y, por ende, la prescripción no puede comenzar a correr. Esta excepción encuentra su razón de ser en que mientras se desarrolle el hecho dañoso, el damnificado no cuenta con un tiempo útil para accionar, porque hasta que aquel no cesa no es posible dimensionar la gravedad del daño. Por ejemplo, en los casos de desaparición forzada de personas, la Corte ha entendido que mientras no se dé con su paradero, la prescripción de la respectiva acción se halla suspendida, teniéndose por acaecido el hecho ilícito al momento que finalizara totalmente la conducta (“GARCÍA”).

En definitiva, no hay que confundir la permanencia del hecho ilícito con la permanencia de las consecuencias dañosas derivadas del hecho ilícito. Solo en el

primer caso el plazo de prescripción no puede comenzar a correr, sí en cambio, en el segundo supuesto.

Campo pasado por agua

Para entender un poco mejor los conceptos anteriores consideremos el siguiente relato:

El Sr. Gómez es propietario de varias hectáreas de campo ubicadas en el partido de Rojas en provincia de Buenos Aires que se dedica a la siembra de soja y trigo. En el mes de enero de 2015, a raíz de fuertes lluvias en la zona y de la falta de construcción de obras hidráulicas preventivas por parte del Estado provincial, los ríos aledaños se desbordaron provocando que el campo se inundara totalmente. El Sr. Gómez, quien se anotició de la inundación inmediatamente, pensó que debido al caudal de agua existente en el terreno, la tierra no podría absorberla en un lapso menor de un año. Al año siguiente, el campo seguía careciendo de las cualidades mínimas para sembrar soja y trigo aun luego de haber absorbido toda el agua. Recién en diciembre de 2018 la tierra volvió a estar en condiciones para la siembra.

En el mes de febrero de 2019, el Sr. Gómez se entrevistó con un abogado a fin de consultar si podía demandar a la provincia de Buenos Aires por los daños sufridos pero este le manifestó que la acción ya estaba prescripta.

¿Esta es la conclusión correcta? ¿Cuándo comenzó a correr el plazo de prescripción?

Como antes se explicó, **la regla general establece que el curso de la prescripción comienza a partir del hecho dañoso**, que en este caso aconteció en enero del 2016, con la inundación del campo. Una vez identificado ello, debemos analizar si se verifica alguna situación que justifique que tal plazo tenga un diferente punto de partida.

Desde ya advertimos que del relato no surge la existencia de alguna causal que amerite apartarse del criterio básico que indica que el plazo de prescripción corre a partir del acaecimiento del hecho que provoca el daño.

En efecto, es cierto que se trata de daños continuados, pues **las consecuencias dañosas de la inundación se prolongaron en el tiempo**, a punto tal que los daños que el señor Gómez sufrió siguieron generándose de un modo ininterrumpido hasta fines del 2018, cuando finalmente la tierra estuvo apta para ser resembrada. **Sin embargo, dicha circunstancia no alcanza para apartarse de la regla general, ya que nada impedía al Sr. Gómez articular su demanda e incluir en ella todas las consecuencias lesivas que razonablemente podían preverse de la inundación.** Estas

lesiones bien podían ser reclamadas bajo la categoría de daño futuro, pérdida de chance y/o lucro cesante, según correspondiera

En otras palabras, **la circunstancia de que se verifiquen daños continuados, progresivos o en proceso de evolución no significa que el plazo de prescripción se halle suspendido hasta que estos desaparezcan.** Si ello fuera así, se desnaturalizaría la finalidad de la prescripción como modo de extinción de las obligaciones, tornándola inoperante, porque de seguirse el razonamiento propuesto cualquier supuesto sería susceptible de encuadramiento como “ilicitud permanente” (“SEIJAS”).

2. La segunda hipótesis que trae la LRE se relaciona con los casos que ya hemos analizado, en los que **los daños tienen origen en un acto administrativo, reglamento o ley que la víctima reputa como ilegítimos o inconstitucionales.**

Conforme al art. 8° LRE, la acción resarcitoria puede intentarse llevando en sí misma también la pretensión anulatoria, o, en cambio, articularse la anulatoria primero y una vez que esta ha sido acogida, iniciar la acción resarcitoria. Lo que la ley impide es intentar dicha acción en forma previa y autónoma, pues parte de la premisa de que los actos cuestionados gozan de presunción de legitimidad y de constitucionalidad, por lo que es menester previamente hacer caer la validez de ellos para poder pretender luego la obtención de un resarcimiento.

De haber optado la parte actora por incoar **una sola acción, con las dos pretensiones**, el plazo de prescripción de tres años corre a partir de la causación del daño; no obstante, hay que estar alerta respecto de la existencia **del plazo de caducidad de 90 días que estipula el art. 25 de la LNPA cuando se impugna la validez de actos administrativos o reglamentos, plazo que a su vez corre a partir de que adquiera firmeza el acto administrativo definitivo con el que se agotó la vía administrativa.**

Ahora bien, **si el acto cuya nulidad o inconstitucionalidad se pretende fuera una ley o un reglamento de necesidad y urgencia, no hay aquí ningún plazo de caducidad** que atender. Como el Poder Ejecutivo carece de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de leyes (y el reglamento de necesidad y urgencia se equipara a ellas a estos fines), como ya hemos explicado en el capítulo 19 de este bloque 5, no es menester en estos casos agotar la vía administrativa, quedando la acción expedita. Sin embargo, insistimos en que en el régimen de la LRE, la procedencia de la reparación está condicionada a la previa declaración de inconstitucionalidad de tales normas.

En caso de que se optara por la segunda alternativa **—la de las acciones separadas y sucesivas— la prescripción de esta segunda acción comenzará a correr a partir de que la sentencia que hubiera declarado la nulidad o inconstitucionalidad del acto adquiera firmeza** (cónf. art. 8 LRE). Se ha explicado que

la norma optó por la firmeza de la sentencia y no por la fecha del efectivo pago (como, por ejemplo, lo ha hecho el art. 8° de la ley de responsabilidad estatal de Entre Ríos reseñada en el capítulo 3 del bloque 1), de modo que podría ocurrir que el Estado promueva la acción de repetición sin haber abonado aún la indemnización ordenada en la sentencia firme, en cuyo caso el funcionario o agente público podría alegar que el perjuicio fiscal no se ha efectivizado (MOSSET ITURRASPE, 2018).

3. Prescripción y crímenes de lesa humanidad

El CCyC contempla en su art. 2561, última parte, “**las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles**”. Dado que nada de ello contempla la LRE, se abre un panorama incierto en cuanto a su virtual aplicación al Estado y a sus funcionarios.

Como hemos visto, **la LRE fija un único plazo trienal de prescripción de estas acciones resarcitorias, sin ningún tipo de referencia a las derivadas de crímenes de lesa humanidad.**

Es de aceptación universal que los delitos de lesa humanidad y su **represión penal** por los Estados son imprescriptibles y en este sentido, vale recordar que la Argentina adhirió, a través de la ley 24585, a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, a la que a su vez se le asignó rango constitucional mediante la ley 25778.

Sin embargo, existen posturas contrapuestas en doctrina y en la jurisprudencia en cuanto a que esta imprescriptibilidad penal conduzca automáticamente a la imprescriptibilidad de las acciones civiles que pudieran derivar de la comisión de tales delitos aberrantes.

En esa dirección, la Corte Suprema en las causas “**LARRABEITI YAÑEZ**” y “**VILLAMIL**” e “**INGEGNIEROS**” (aunque en este último caso en relación con una demanda contra una empresa privada) entendió que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no conlleva la de la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial respectivo, porque la acción patrimonial constituye una materia disponible y renunciable, mientras que imprescriptibilidad de la acción penal se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, ya que median en este último caso razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. Además, en “**VILLAMIL**”, el Superior Tribunal, por mayoría, entendió que el art. 2561 del CCyC no resulta aplicable a las acciones cuyo plazo de prescripción hubiera comenzado a correr antes de la entrada en vigencia del CCyC, ello en función de lo que dispone el artículo 2537 del mismo cuerpo legal (“Los plazos de prescripción en curso al momento

de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior”). El mismo parecer sostuvo en la causa “INGEGNIEROS” al declarar prescripta la acción indemnizatoria promovida por la hija de un trabajador que fue secuestrado en las instalaciones de la empresa Techint durante el gobierno militar de 1976/1983.

Sobre el asunto también se ha pronunciado recientemente la Corte IDH. En el caso “ÓRDENES GUERRA VS. CHILE” en el que el Estado se había allanado a la demanda de la Comisión, la Corte IDH sostuvo que las acciones civiles de reparación calificadas como provenientes de crímenes de lesa humanidad “no deberían ser objeto de prescripción” (párrafo 89). También afirmó que la prescripción invocada por el Estado no podía ser un impedimento para que los tribunales domésticos se pronuncien sobre si resulta suficiente o adecuada la reparación que ya había sido otorgada por el Estado demandado (párrafo 90) ya que pesa sobre el Estado la obligación internacional de investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos (párrafo 95).

Sin entrar a analizar si la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad **constituye o no un principio del derecho internacional**, lo indudable es que a partir de la sanción del CCyC **este principio ha pasado a ser una norma de derecho interno**.

Ocurre, sin embargo, que como este cuerpo normativo de derecho privado es inaplicable a la responsabilidad del Estado y sus funcionarios (cónf. arts. 1763/1765) persiste la incertidumbre acerca de si la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria resulta extrapolable respecto de aquellos.

De entrada, cabe tener presente que al incorporarse la cláusula comentada en el CCyC, la Comisión Bicameral interviniente invocó que ella propendía a facilitar “una revisión más profunda del papel de particulares y empresas durante el terrorismo de Estado”, lo que daría cuenta de que, en principio, no fue concebida para ser aplicada al Estado y a sus funcionarios sino a las personas físicas y jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, **parece absurdo y contrario a principios básicos de igualdad** que los particulares puedan verse alcanzados indefinidamente por una acción civil mientras que el propio Estado, persona ética por excelencia, y sus funcionarios, en caso de haber perpetrado crímenes igualmente siniestros en nombre de aquel, se eximan de las consecuencias de tales demandas en un plazo de tres años.

Además, tampoco podría descartarse, al menos por vía de hipótesis, que entre el particular y algún funcionario estatal pudiera surgir una obligación solidaria de sujeto plural, en caso en que ambos hubieran participado en forma conjunta, en la perpetración del delito de lesa humanidad. Y si el funcionario participó, por aplicación de la teoría del órgano, las consecuencias de su delito alcanzarían a su vez al propio Estado.

La tensión entre los loables fundamentos de orden, seguridad jurídica y paz social que cobija la institución de la prescripción liberatoria y una hermenéutica centrada en el derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones

asumidas por el Estado Argentino ante la comunidad internacional de reprimir y resarcir las consecuencias de estos delitos aberrantes y la ubicación del ser humano como el centro y razón de todo el ordenamiento jurídico (“AQUINO”; “RODRÍGUEZ PEREYRA”) convocan, a nuestro entender, a interpretar la norma analizada desde una perspectiva de derechos humanos.

El contrapunto entre el voto mayoritario y las disidencias de los ministros Maqueda y Rosatti en “VILLAMIL” e “INGEGNIEROS” dan cuenta de lo espinoso del tema. La mayoría y la minoría discrepan, incluso, respecto a los alcances que le asignan a lo afirmado por la CIDH en el precedente “ÓRDENES GUERRA VS. CHILE” en el sentido de que las acciones civiles de reparación calificadas como provenientes de crímenes de lesa humanidad “no deberían ser objeto de prescripción”, ver el considerando 7º del voto mayoritario y el considerando 9º del voto de la minoría.

De todos modos, creemos que aun cuando siguiendo la línea jurisprudencial trazada a partir de “LARRABEITI YAÑEZ”, “VILLAMIL” e “INGEGNIEROS” se afirmara que este principio carece de andamiaje en el derecho internacional de los derechos humanos que lo volviera por ello de aplicación directa al Estado y sus funcionarios, de todos modos, al haber sido receptada la imprescriptibilidad por el derecho interno en el art. 2561 del CCyC, **se tornaría una pauta aplicable a aquellos por vía de aplicación analógica o subsidiaria.**

4. Prescripción y responsabilidad contractual

Hasta la entrada en vigencia del CCyC, se aplicó para regir la prescripción de la responsabilidad contractual del Estado el plazo de diez años previsto en el art. 4023 del CC (“METALMECÁNICA”). Como hemos visto, el CCyC unificó las esferas contractual y extracontractual de responsabilidad, fijando un término único de prescripción de tres años para el reclamo de indemnización de daños (art. 2561), plazo que coincide con el que contempla la LRE para la responsabilidad extracontractual.

Nos remitimos a lo expuesto en capítulos anteriores en cuanto a que **la responsabilidad contractual se rige por lo que disponen las normas particulares de cada contrato**, por lo que el plazo de prescripción trienal de la LRE solo podrá aplicarse a la materia contractual por vía supletoria y ante la ausencia de disposiciones específicas.

Así, por ejemplo, la ley 27328 que regula los contratos de participación pública y privada establece un régimen específico para estos y remite supletoriamente al Código Civil y Comercial de la Nación, desplazando, por ende, la supletoriedad de la LRE y su plazo de prescripción trienal. Sin embargo, al aplicarse el del CCyC, la prescripción de todos modos queda fijada a los tres años.

5. Prescripción y responsabilidad local

Un comentario particular merece la problemática de la prescripción de los reclamos de responsabilidad de los estados locales y de la Ciudad de Buenos Aires. En nuestro criterio, el carácter local de la responsabilidad del Estado, sumado a que el CCyC ha reconocido la atribución de las provincias de regular en materia de prescripción (cónf. art. 2532 en materia de tributos y art. 2560 en relación con el plazo genérico de cinco años) justificaría que aquellas puedan regular el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad.

En tal sentido, las provincias han fijado plazos de prescripción en temas de derecho público administrativo. Por ejemplo, en materia de expropiaciones o empleo público. Incluso el mismo CCyC ha reconocido que cuentan con atribuciones para regular la prescripción liberatoria en materia de tributos locales, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia resolvió lo contrario en la familia de fallos encabezados por el precedente “FILCROSA”.

El problema que se presenta en lo inmediato es que mientras que las provincias no regulen la cuestión, resulta dudoso determinar cuál sería el plazo aplicable. Creemos que tratándose de un caso administrativo no previsto –pues las normas que existen en los ordenamientos locales (como podría ser el plazo de la acción de expropiación o los plazos de prescripción de los impuestos) no rigen la responsabilidad extracontractual–, sería posible recurrir al CCyC por vía analógica, máxime si consideramos que se trata de la norma de fondo aplicable en todo el país (cónf. art. 75 inc. 12).

En este terreno creemos que es conveniente, en aras de preservar y de fortalecer la seguridad jurídica, unificar un único plazo de modo que existan términos comunes en todo el país. Mendoza, Chubut, Santiago del Estero, Catamarca, Entre Ríos y Santa Cruz y la propia LRE han establecido el mismo plazo trienal que el CCyC, criterio que celebramos porque aporta certeza y coherencia a todo el sistema.

6. Interrupción y suspensión de la prescripción por el inicio de actuaciones administrativas

En el capítulo anterior hemos visto que en algunos casos es necesario agotar la vía administrativa como condición para poder demandar por daños.

Cuando esto ocurre, ¿qué efectos produce sobre el término de la prescripción el tránsito por la vía administrativa?

Al respecto el art. 1º inc. e) **apart. 7** de la LNPA dispone que la interposición de recursos administrativos **interrumpirá** el curso de los plazos aunque aquellos

hubieran sido mal calificados, adolezcan de defectos insustanciales o se dedujeran ante órgano incompetente por error excusable. Por su parte, el **art. 1° inc. e) apart. 9** de la LNPA establece:

Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad.

Por su parte, para el CCyC, el efecto de la **interrupción** de la prescripción es tener por no sucedido el lapso que la precede e **iniciar un plazo nuevo** (art. 2544). En cambio, en la **suspensión**, se detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura **pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó**.

Surge evidente entonces que la LNPA no reconoce el significado que el CCyC le atribuye a los términos “suspensión” e “interrupción” ya que mientras que **para el CCyC, un término interrumpido solo puede reiniciarse –es decir, volver a contarse desde cero– en el procedimiento administrativo el reinicio se predica respecto de un término suspendido**.

A fin de armonizar estos textos, la Procuración del Tesoro ha asimilado los conceptos y efectos de la interrupción y suspensión de los plazos en el procedimiento administrativo. En efecto, en Dictámenes 248:364, el órgano Asesor sostuvo:

En Derecho Administrativo, los términos suspensión e interrupción son sinónimos, pues producido el hecho que altera la secuela de la prescripción, **el plazo renace**. Por ello no resulta aplicable al procedimiento administrativo el art. 3986 del Código Civil – respecto a la interrupción de la prescripción– por tratarse de una disposición de carácter general y de aplicación subsidiaria a las demás ramas del derecho, y en razón de que existe en el Derecho Administrativo una previsión legal específica al respecto, como es la del art. 1° inc. e) apart. 9°, último párrafo, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

En definitiva, a los fines de la interposición de la demanda judicial, debe entenderse que una vez concluido el hecho que cortó el curso de la prescripción (por ejemplo, la interposición y tramitación de un recurso o un reclamo administrativo), **los plazos de prescripción respectivos comienzan a contarse nuevamente**.

7. Renuncia de la prescripción

Tal como adelantamos, la prescripción de la acción de daños y perjuicios es **materia disponible**, por lo que, una vez cumplida, **puede ser renunciada**. Esta renuncia puede manifestarse **de forma expresa así como también de manera**

tácita (cuando de la conducta o declaraciones del deudor se desprenda inequívocamente su intención de no aprovechar los beneficios de la inacción del acreedor).

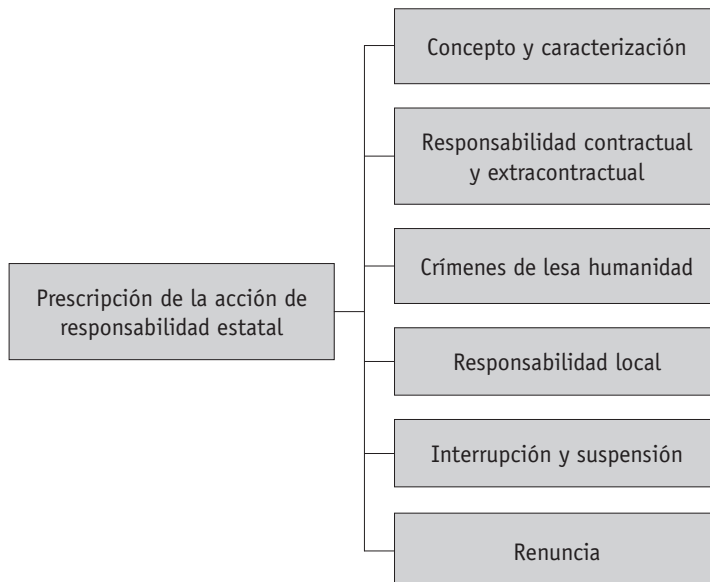
Así lo entendió la Corte en “**FAIFMAN**”, caso en que el Estado Argentino, **luego de reconocer** en el ámbito de un procedimiento internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos **su responsabilidad** por las violaciones de los derechos humanos derivadas del incumplimiento de la función de prevención e investigación de los hechos que derivaron en el atentado contra la sede de la AMIA, **opuso la defensa de prescripción** frente a la acción intentada por los familiares de una de la víctimas con el fin de obtener la reparación de los daños.

En aquella oportunidad, el máximo tribunal expresó que “cuando el deudor reconoce la existencia del derecho y la correlativa obligación de indemnizar, ello implica una clara renuncia a la prescripción ya ganada”.

En el caso, el plazo de prescripción había expirado en 1996 (dos años después del momento del atentado) pero el Estado Argentino en 2005 se había comprometido ante la comunidad internacional, entre otras medidas, a promover la sanción de una ley de reparación para todas las víctimas del atentado, sin distinguir entre aquellas que habían iniciado en plazo la acción correspondiente y quiénes no. Por ello la Corte entendió:

la prescripción resulta incoherente con las expectativas de reparación que la propia demandada generó con sus actos anteriores y, por ende, contraria al principio de buena fe que debe regir, muy especialmente, el obrar estatal.

Esquematizando



Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 2-2014. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200006
- AGUILAR VALDEZ, OSCAR; CANOSA, ARMANDO; HALPERIN, DAVID; JUAN LIMA, FERNANDO Y POZO GOWLAND, HÉCTOR (DIRS.), *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- BOTASSI, CARLOS A., “Lesía humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción”, *La Ley* 2013-C, p. 643-652.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- GAMERO CASADO, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- GONZÁLEZ NAVARRO, AUGUSTO, “Responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos”, en *Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 579-591.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., “La prescripción de la acción de daños en el nuevo Código Civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2015-IV, 336-345.
- MAIRAL, HÉCTOR, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARCEER, ERNESTO, “Las condiciones especiales de admisibilidad de las acciones resarcitorias por la responsabilidad del Estado. El régimen federal y el de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 369-388.
- MARCEER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- MONTI, LAURA Y JUAN LIMA, FERNANDO “La prescripción de la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del Estado (con especial referencia a los ámbitos federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)”, en *Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 353-368.

- MONTILLA ZAVALÍA, FÉLIX A., “La acción de responsabilidad civil derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado”, *El Derecho* 267, p. 737.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “De nuevo sobre la prescripción de los daños sobrevinientes y de los continuados”, *La Ley* 1988-D, p. 102-104.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE Y PIEDECASAS, MIGUEL, *Responsabilidad por Daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, Tomo X, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- REIJMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- STILMAN, GABRIEL, “El conocimiento generalizado de la posibilidad de obtener justicia como inicio del plazo de prescripción liberatoria en la acción civil por delitos de lesa humanidad - cuando no se la considere imprescriptible”, *El dial*, 2016, DC20A5. Recuperado de <https://www.eldial.com>
- TAWIL, GUIDO S., (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- TAWIL, GUIDO S., (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- VEGA, SUSANA Y CRIVELLI, JULIO C., “Obras públicas nacionales. Comentario a los artículos 34 de la Ley 13064” en CICERO, NIDIA K. (Dir.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 413-613.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753).
- CSJN, “Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ sumario” (Fallos: 300:143).
- CSJN, “Constructora Barcala S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ ordinario” (Fallos: 320:1352).
- CSJN, “Faifman, Ruth Myriam y otros c/ EN s/daños y perjuicios” (Fallos: 338:161).
- CSJN, “Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda” (Fallos: 326:3899).
- CSJN, “García, Raúl c/ Río Negro Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 333:802).
- CSJN, “Ingenieros, María Gimena c/ TECHINT Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente-ley especial”, sentencia de 09/05/2019.
- CSJN, “Larrabeiti Yañez Anatole Alejandro c/ Estado Nacional S/Proceso De Conocimiento” (Fallos: 330:4592).
- CSJN, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación” (Fallos: 296:672).
- CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333).
- CSJN, “Seijas, Osvaldo c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, (Fallos 308:2208).
- CSJN, “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios” (Fallos: 340:345).
- Corte IDH. “Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 29/11/2018. Serie C No. 372.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Faifman, Ruth Myriam y otros c/ EN s/daños y perjuicios” (Fallos: 338:161).
- CSJN, “Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda” (Fallos: 326:3899).
- CSJN, “García, Raúl c/ Río Negro Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 333:802).
- CSJN, “Ingenieros, María Gimena c/ TECHINT Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente-ley especial”, sentencia de 09/05/2019.

CSJN, “Larrabeiti Yañez Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/Proceso De Conocimiento” (Fallos: 330:4592).

CSJN, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación” (Fallos: 296:672).

CSJN, “Seijas, Osvaldo c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (Fallos 308:2208).

CSJN, “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios” (Fallos: 340:345).



CAPÍTULO 21

La demanda de responsabilidad estatal y su prueba

Leer este capítulo te llevará:
32 minutos aproximadamente

1. Demandar y defenderse en un caso de responsabilidad estatal

Todos los conceptos y las categorías jurídicas que hemos venido analizando acerca de la responsabilidad estatal se ponen en acción y dejan de ser abstracciones teóricas cuando se emplean en contextos reales para solucionar problemas prácticos que sufren las personas debido a una acción u omisión estatal que les genera daños.

El conocimiento teórico y puramente intelectual acerca de lo que es la responsabilidad estatal es la base necesaria para acceder al **conocimiento práctico** de ella (GORDILLO y NIETO, 2003), el que se adquiere a partir de tener que enfrentar, en los distintos roles que permite la abogacía (abogado de la parte actora o demandada, dictaminante en los órganos de la Administración, funcionario del Ministerio Público, magistrado o funcionario del Poder Judicial, etc.) casos jurídicos que la involucran.

Agustín Gordillo fue profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de la cual es actualmente profesor emérito. En el prólogo a su *Tratado de Derecho Administrativo*, el profesor Jorge Sáenz, también ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, destaca:

Gordillo se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que solo ese proceso asegura el progreso de la ciencia.

Más adelante, Sáenz resalta la condición preponderante del Dr. Gordillo: el haber accedido a “la categoría mayor de profesor, que es la de maestro”. Los alumnos de Gordillo, continúa diciendo su prologuista,

adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no solo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Jorge A. Sáenz, Prólogo al *Tratado de Derecho Administrativo* del Dr. Agustín Gordillo, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/prologo_saenz.pdf

Partiendo de una situación inicial en la que una persona física o jurídica ha sido afectada por el accionar del Estado, los abogados deben saber “usar” algunas de las categorías teóricas que hemos ido abordando y algunos de los mecanismos que contempla el ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad estatal para fundar su caso o su defensa y darle así a su respectivo cliente el resultado que pretende.

Como todo saber práctico, solo se puede adquirir cuando se pone en acción. Sin embargo hay una serie de cuestiones que pueden ser advertidas a modo de recomendaciones antes de tomar la decisión concreta y singular de judicializar un caso vinculado con la responsabilidad estatal o de encarar su defensa.

En este sentido, el abogado debe saber que se trata de un caso jurídico que presenta un **conjunto de particularidades que no pueden ser desatendidas**, cualquiera sea el rol que le toque actuar en el proceso judicial.

En primer término, en los juicios de responsabilidad estatal se debaten **cuestiones de hecho**. Aunque todos los reclamos resarcitorios deben asentarse en normas positivas específicas y quizás se pueda llegar a discutir en ellos algunos tópicos puramente de derecho, lo más frecuente es que en estos pleitos el debate se centre en cuestiones fácticas relativas a cómo se dieron en la realidad los hechos que produjeron el daño. Es necesario por ello que el abogado tenga un acceso lo más directo posible con la plataforma fáctica del caso para que luego pueda presentarla con claridad y concisión al juez que va a resolver su demanda.

Conocer los hechos requiere generar conversaciones previas con el cliente pero también pedir opiniones de consultores técnicos específicos que puedan

dar cuenta de las consecuencias lesivas de los hechos productores de la lesión sufrida (médicos, ingenieros, contadores, ambientalistas, etc.). Concurrir a los lugares donde se produjeron los daños o que continúan siendo afectados por el accionar estatal también es un buen modo de tomar contacto directo con el problema, ya que ello no solo ayuda a corroborar la versión del cliente sino a imaginar estrategias de actuación y planteos defensivos.

En segundo lugar, no se puede soslayar que en estos juicios se debaten cuestiones **eminentemente de derecho público**, que, además, se regulan a nivel **local**. Hay sin duda cuestiones comunes a todas las jurisdicciones pero también hay muchas variables específicas que requieren abordajes singulares. Por dar un ejemplo, la regulación de las funciones de la policía de la Ciudad de Buenos Aires no es análoga a la del Servicio Penitenciario Federal ni a la de la policía misionera.

Por otra parte, directa o indirectamente, un caso jurídico de responsabilidad estatal involucra cuestiones **constitucionales**, por lo que desde el primer momento hay que tomar ciertos recaudos vinculados con ello, como, por ejemplo, hacer la reserva de recurrir a la vía del recurso extraordinario o articular la cuestión convencional y las normas de derechos humanos que resulten pertinentes.

Además, dado que se trata de una materia poco legislada, es crucial el conocimiento de la **jurisprudencia aplicable** a fin de mostrar las semejanzas del caso propio con otros que hayan sido decididos antes. Hay una presunción de que el juez conoce el ordenamiento jurídico y los precedentes de los tribunales superiores, pero no es menos cierto que el abogado que le acerca al juez esta jurisprudencia colabora con la tarea de búsqueda. La función judicial es netamente conservadora y se mueve sobre la base de las decisiones anteriores por lo que es una estrategia inteligente mostrar que lo que se pide ya ha sido acordado en otros contextos semejantes o, si de innovar se trata, saber que “para que haya jueces innovadores hace falta primero abogados con buenos proyectos de innovación” (GORDILLO y NIETO, 2003, 82).

Cuando el presupuesto del deber de responder es **la falta de servicio**, la falla debe estar claramente identificada y argumentada. No sirven las alegaciones genéricas (“MOSCA”) sino que es menester identificar normas concretas que establecen deberes y funciones puntuales que han sido incumplidas. **La omisión estatal** requiere la identificación de los mandatos de actuación expresa o genérica que no han sido satisfechos. **La nulidad de actos administrativos** exige la identificación de los elementos del acto que se encuentran viciados y la **inconstitucionalidad de las leyes**, un examen de razonabilidad y proporcionalidad del régimen legal impugnado frente a los principios de orden constitucional implicados. **El sacrificio especial** demanda convencer acerca de que el daño sufrido es único y singular y que por eso sería injusto que no sea resarcido. Todos los presupuestos del deber de responder, cuando se hacen valer frente al Estado, sujeto ético por excelencia, exigen una labor argumentativa calificada.

Desde la perspectiva del demandado lo crucial será poder persuadir de que los hechos no ocurrieron como fueron descritos por el reclamante, o si se dieron de ese modo, que no le son atribuibles a su parte sino a otro sujeto por quien no debe responder, o que obedecieron a un factor externo que no pudo preverse ni evitarse. El abogado del Estado debe procurarse el acceso a información valiosa proveniente de las distintas dependencias administrativas que tienen competencia en la materia controvertida y puede sacar provecho de esta circunstancia para diseñar una buena defensa. Como hemos dicho tantas veces a lo largo de esta obra, la responsabilidad estatal es objetiva, pero ello no implica que proceda automáticamente. La tarea del abogado del Estado demandado consiste precisamente en convencer de que no hubo irregularidades que les pudieran ser imputadas a sus órganos, y si las hubiera, de que los daños reclamados no son tales o no son de la entidad pretendida.

Los rubros indemnizatorios pedidos deben estar claramente consignados y **la prueba** tendiente a acreditar cada uno de ellos debe quedar bien planteada. Con generalidades y ambigüedad o apelando únicamente a la sana crítica y el razonable criterio ponderativo de los jueces no se ganan los casos de responsabilidad estatal. Hay un deber de prueba calificado tanto con referencia a la adecuada traba del nexo causal como a cada uno de los conceptos indemnizatorios requeridos (“SERRADILLA”; “EL JACARANDÁ”; “MALMA TRADING”).

En definitiva, cada parte tendrá que tratar de construir una estrategia argumentativa que logre persuadir y convencer al juez de que lo pedido corresponde puesto que es justo, oportuno y ajustado a los hechos del caso y a la prueba producida en la causa.

2. Congruencia entre la petición planteada en sede administrativa y la pretensión incluida en la demanda judicial

Hemos visto ya que en ciertas ocasiones el primer paso hacia la judicialización de un caso de responsabilidad estatal debe darse en sede administrativa porque el agotamiento de la vía resulta obligatorio. Pero también puede ocurrir que la propia víctima haya decidido transitar este camino voluntariamente.

En virtud del informalismo que rige en el procedimiento administrativo, ni los recursos ni los reclamos están sujetos a ningún recaudo sacramental en cuanto a su forma y contenido (cónf. art. 1° inc. c) LNPA y semejantes en el orden local).

Sin embargo, entre la instancia administrativa y la acción judicial existe una vinculación importante en punto a la estructura argumental del caso de responsabilidad ya que el art. 30 de la LNPA establece que “el reclamo versará sobre los

mismos hechos y derechos que se invocarán en la demanda judicial...”, principio que es lógico pensar que también se refiere a los recursos que eventualmente pudieran plantearse en sede administrativa para habilitar la vía judicial.

Esta norma, que recepta el *principio de congruencia*, representa una manifestación del pretendido carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa (MAIRAL, 1984) en virtud del cual se considera, incorrectamente a nuestro criterio, que el procedimiento administrativo es una suerte de primera instancia en relación con la posterior tramitación judicial.

Aunque evidentemente hay una continuación lógica entre la plataforma fáctica y las peticiones que se articulan primero en sede administrativa y luego en sede judicial ante el rechazo recibido en aquella, en verdad se trata de ámbitos totalmente diferentes: jurisdiccional uno, administrativo el otro.

Por ello una interpretación adecuada de la norma citada es entender que la congruencia se refiere a los hechos y a las pretensiones, pero no a la fundamentación jurídica del caso, de forma tal que lo que se exige es **una relación razonable entre los hechos y la petición formulada en sede administrativa y el sustento fáctico y la pretensión que posteriormente se introducirá en la demanda judicial**. No se trata de una equivalencia exacta entre las peticiones formuladas en sede administrativa y las incoadas en el ámbito judicial, sino de que pueda hallarse coherencia sustancial entre los hechos y el encuadre pretendido en ambas sedes (BALBÍN, 2011; CANOSA, 2015).

Aunque en materia de reclamaciones de responsabilidad resulta imprescindible que el afectado cuente con asesoramiento letrado para presentar su caso en sede administrativa (cónf. art. 1° inciso f) LNPA), no puede olvidarse que el procedimiento administrativo es típicamente informal. Por esto sería excesivo y violatorio del principio de la tutela judicial efectiva exigir una coincidencia total entre lo planteado en el escrito presentado en sede administrativa y lo posteriormente reclamado en la demanda judicial.

De todos modos, y al menos por prudencia, los abogados que litigan un caso de responsabilidad estatal deben estar alertas acerca de la existencia de este precepto legal; y más allá de la flexibilidad que postulamos para su interpretación, lo recomendable es que ajusten sus escritos inaugurales a la pauta que aquel contiene.

3. Unidad de acción y dualidad de pretensiones: acumular o separar la acción resarcitoria de la impugnatoria

Cuando el origen del caso de responsabilidad estatal se ubica en un acto administrativo, un reglamento o una ley que se pretenden nulos o inconstitucionales,

una decisión crucial de estrategia procesal que debe adoptar el abogado de la víctima es resolver si reclama la indemnización al mismo tiempo que la nulidad o la inconstitucionalidad de dichos actos; o si lo hace luego de haber logrado una sentencia que declare esta nulidad y/o inconstitucionalidad.

La opción es posible puesto que el art. 8° de la LRE autoriza a deducir la acción indemnizatoria **juntamente** con la acción de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad de leyes; **o bien después** de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

No perdamos de vista que aquí nos estamos refiriendo a un segmento muy preciso de los casos de responsabilidad estatal que son aquellos en los que al haberse derivado la lesión sufrida **del dictado de actos administrativos, reglamentos o leyes**, que los afectados sostienen que son nulos o inconstitucionales, **es menester agotar la vía administrativa a través de recursos o reclamos impropios**. Son casos en los que **existen dos pretensiones**: 1) la anulatoria o de inconstitucionalidad y 2) la resarcitoria propiamente dicha.

La LRE contempla la posibilidad de que el actor opte por acumular las dos pretensiones en una sola demanda o bien se decida por separarlas, de forma tal que en el primer caso se articule una acción única, con una pretensión doble (nulidad más resarcimiento) y en el segundo, dos acciones independientes y sucesivas, cada una con una pretensión específica.

Este régimen reconoce su origen en la decisión adoptada en el plenario de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal “**PETRACCA**”, reiterada luego por la Corte Suprema en “**ALCÁNTARA DÍAZ COLODRERO**” (en este caso el actor, que había resultado adjudicatario de un inmueble en una subasta llevada a cabo por el Banco Nación, reclamó los daños y perjuicios derivados de que la referida entidad financiera, a través de un acto administrativo específico, dispuso no aprobar el remate, por lo que el actor perdió los gastos de comisión y la pertinente seña que había abonado). Conforme a estos dos precedentes, no se pueden reclamar daños y perjuicios cuando ellos fueran derivación de un acto administrativo nulo y este no haya sido impugnado, ya que en tal caso la acción de daños se transformaría en un recurso indirecto contra una decisión firme y consentida.

La decisión de demandar en forma única o sucesiva dependerá de la **estrategia procesal** diseñada por los abogados que llevan el caso, que en no pocas ocasiones obedecerá a las pruebas con las que cuentan y con los costos de iniciar la demanda. Así, hablando en términos generales, las acciones impugnatorias suelen pagar aranceles y devengar costas y gastos inferiores a las reclamatorias. Ello es así puesto que en el primer caso la tasa de justicia está determinada en un monto fijo mientras que en el otro resulta ser un porcentaje de la suma reclamada como indemnización. Similarmente, las costas de un eventual resultado desfavorable son en general, más bajas en un juicio impugnatorio que en uno resarcitorio, pues en el último caso se calculan como un porcentaje de la suma reclamada.

4. *¿A qué órgano estatal se demanda?*

Una vez decidido que la solución más conveniente para el caso de responsabilidad estatal planteado por un cliente es su judicialización, hay que tener en claro a qué órgano del Estado se imputará la responsabilidad y resolver si también serán demandados los agentes o funcionarios causantes del daño, en caso de que hubieran sido identificados.

Entre el Estado y los funcionarios no existe un litisconsorcio necesario, por lo que el actor no está obligado a demandar a los agentes, pero sí es posible que el Estado decida citarlos en los términos del art. 94 del CPCCN y semejantes en el ámbito local.

Una vez iniciada la demanda y asignado el juzgado interviniente, si la causa tramita en el orden federal, deberá cumplirse con lo dispuesto el artículo 8º de la Ley 25344 que contempla que en todos los casos en los que se promoviera una acción judicial contra el Estado Nacional, sus organismos y entes, se deberá remitir por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación, copia de la demanda con la totalidad de la prueba documental acompañada y se procederá a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de su procedencia y competencia del Tribunal.

Estos formularios se encuentran disponibles en <https://www.ptn.gov.ar/page/descargar-formularios> y a través de ellos se materializa el traslado de la demanda al órgano administrativo demandado.

Empieza ahora la tarea de los abogados de los servicios jurídicos de los órganos demandados de armar una estrategia defensiva que convenga al juez de que lo pedido no puede prosperar.

5. *El ofrecimiento de prueba*

La regla número uno en cualquier proceso judicial es que quien afirma un hecho debe probarlo (art. 377 CPCCN y normas concordantes de los códigos procesales locales).

Y en el contexto de un juicio de daños, la norma básica en materia probatoria es que el damnificado **debe acreditar la presencia de todos los requisitos de la responsabilidad** (daño –art. 1744 CCyC–, relación de causalidad –art. 1736 CCyC– y factor de atribución –art. 1734 CCyC–), y **el demandado debe acreditar la existencia de una causa ajena**.

Ello significa que el actor deberá probar la presencia del factor de atribución invocado (la falta de servicio, la intervención en la producción del daño de una cosa o actividad riesgosa, la existencia de un sacrificio especial diferenciado, el

error judicial, etc.), que los daños experimentados son ciertos y concretos y que hay un adecuado nexo causal entre los daños y la actividad u omisión atribuida a algún órgano del Estado. Por su parte, el demandado tendrá que acreditar que media algún eximente u otra circunstancia que aminore su responsabilidad, como sería, por ejemplo, que los daños son generalizados y no particulares en la responsabilidad lícita, que el actor provocó con su conducta la lesión, que esta fue causada por terceros por los que no debe responder, etc.

A fin de sustentar la línea argumental ensayada en la demanda y en la contestación, los abogados deberán valerse de las pruebas de las que ya disponen (por ejemplo, filmaciones, documentos, constancias notariales, etc.) y de otras cuya producción tendrá lugar durante el desarrollo del proceso.

6. Los medios de prueba

Los medios probatorios que pueden emplearse en el juicio de responsabilidad estatal no difieren sustancialmente de los que contemplan los códigos procesales para cualquier otra causa de daños y perjuicios. Todos los elementos de prueba regulados allí sirven para formar la convicción en el juzgador de que se verifican los extremos necesarios para que la acción intentada contra el Estado proceda.

Ello no quita que algunos **casos típicos de responsabilidad estatal requieren la producción de pruebas específicas** que no suelen generarse en los juicios de responsabilidad planteados entre particulares. Además, en algunos juicios de daños contra el Estado hay medios de prueba que suelen resultar determinantes para la admisión de la demanda, por lo que no pueden dejar de ser ofrecidos y producidos por la parte que pretende vencer.

Consideremos algunas situaciones:

Pruebas específicas para casos particulares

- A. Responsabilidad del Estado por los daños derivados del **mal uso del arma reglamentaria por parte de los agentes policiales**:
 - En la mayoría de los casos, se abre una causa penal (por ejemplo, por el delito de lesiones leves, graves o gravísimas, o por homicidio), de modo tal que es elemental **solicitar por vía de oficio la remisión de la causa penal**, máxime a tenor de la *prejudicialidad* que existe entre ambas acciones (cónf. art. 1774/1780 CCyC).

- **El legajo personal** del agente policial en cuestión aporta relevantes datos al momento de analizar si este tenía la aptitud psicofísica necesaria para portar el arma reglamentaria y/o sanciones previas por hechos semejantes, por lo que esta prueba documental también deberá ofrecerse y requerirse por vía oficiatoria.
 - **Filmaciones y registros de las cámaras de seguridad** ubicadas en los lugares en que ocurrieron los hechos.
- B. Responsabilidad del Estado derivada de una **mala praxis médica** en un hospital público:
- La historia clínica es la constancia escrita de la actuación profesional adoptada respecto de un paciente determinado. Allí se debe consignar diagnóstico de ingreso, tratamientos que se efectuaron, evolución del cuadro de salud, fármacos recetados, etc. Por ello, es fundamental en estos casos hacerse de **la historia clínica del damnificado** y asegurar la producción de esta prueba, por ejemplo a través de una diligencia preliminar o una prueba anticipada (cónf. arts. 323 y 326 del CPCCN y concordantes en el orden local).
 - **La prueba pericial médica** adopta un rol protagónico, pues aporta datos estrictamente técnicos de las ciencias médicas en relación con las lesiones sufridas, sus causas, el desempeño profesional, cuáles son los protocolos de atención conforme a la ciencia médica, etc.
- C. Responsabilidad del Estado por **caídas de peatones en veredas** en mal estado de conservación:
- **Relevamientos fotográficos** certificados por escritura pública del mal estado de la vereda en la que se provocó la lesión.
 - **Testigos presenciales** para demostrar el nexo de causalidad (es decir que esas heridas provienen de haber tropezado en la acera y no por otra razón).
 - Si tuvo lugar, **la atención médica inmediata** que haya recibido la víctima (por ejemplo a través del SAME o de una Obra Social).
- D. Responsabilidad del Estado por **error judicial o por mal funcionamiento del servicio de justicia**:
- La actuación judicial presuntamente dañosa siempre se instrumenta y documenta en uno o varios expedientes judiciales,

de allí que **no puede prescindirse de ellos** para analizar la presencia de los factores de atribución invocados.

E. Responsabilidad del Estado por **actividad legítima** derivada de la revocación de licencias o autorizaciones, o ante supuestos de inundaciones de campos:

- Muchas de estas demandas han sido rechazadas puesto que, pese a haberse configurado el sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño, no se probaron adecuadamente los daños invocados. **La prueba de los rubros requeridos (principalmente, del lucro cesante) debe ser contundente y sólida** ya que aquí no operan en favor del requirente presunciones genéricas sino que, por el contrario, rige la pauta jurisprudencial de que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general (“**EL JACARANDÁ**”). **De allí que la prueba pericial contable y la documental resulta determinante** para reflejar los daños invocados. Si se alega la existencia de un lucro cesante, la prueba pericial debe convencer acerca del modo en que se ha frustrado el negocio invocado por la actuación regular del Estado así como también pronunciarse acerca de la cuantía del detrimento patrimonial sufrido mediante un análisis financiero, económico y contable, consistente y plausible.

F. Responsabilidad del Estado por actos administrativos irregulares:

- Es elemental **requerir por vía de oficio todas las actuaciones administrativas relacionadas con el acto administrativo** que provocó el daño alegado.

7. Las cargas probatorias dinámicas

El art. 1734 CCyC contempla que pueden existir disposiciones legales contrarias al principio general de que quien alega la existencia de un hecho debe probarlo. Por ejemplo, en los casos en los que la ley presume la culpa del agente, como ocurre en la responsabilidad de los tutores o curadores (art. 1756 CCyC),

o cuando el juez se encuentra facultado para aplicar la **teoría de las cargas probatorias dinámicas** (cónf. art. 1735 CCyC).

En efecto, luego de sentado el principio general respecto a la carga de la prueba del factor de atribución y de los eximentes, el art. 1735 del CCyC contempla una salvedad, al disponer:

el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Esta norma receipta la teoría de las cargas probatorias dinámicas que es una construcción teórica que permite invertir la carga de la prueba de determinados hechos cuando el juez tenga fundados motivos para considerar que el demandado está en mejores condiciones para acreditar su propia diligencia que el actor para probar la culpa.

Esta teoría parte de la idea de que muchas veces la víctima se enfrenta a serias dificultades a la hora de acreditar la culpa del agente y, en estos casos, una aplicación estricta y cerrada de las normas procesales conspiraría con la posibilidad de alcanzar la verdad jurídica objetiva. De esta manera la carga de la prueba pasa a ser matizada por el criterio del juez acerca de quién está en mejores condiciones para acreditar determinados hechos en cada caso. Ya no hay preceptos estrictos en materia de prueba sino que prevalece la búsqueda de la solución según las circunstancias del caso concreto.

El artículo 1735 CCyC limita la aplicación de esta teoría a la prueba del factor *subjetivo de atribución y de sus eximentes* y también establece algunas pautas tendientes a preservar el derecho de defensa del demandado. Por esta razón, la norma dispone que el juez debe hacer saber a las partes que resolverá el pleito haciendo uso de este criterio, a fin de posibilitarles que ejerzan sus defensas en este sentido.

Aunque la responsabilidad estatal es *objetiva*, no hay motivo para descartar la aplicación de esta teoría frente a la falta de servicio, o a la mala praxis médica o daños al consumidor. Los hospitales conservan las historias clínicas de los pacientes, los prestadores estatales de servicios públicos cuentan con registros de los desperfectos e interrupciones que sufre la prestación, los organismos públicos otorgan habilitaciones y permisos; todos ellos cuentan con muchísima información que es difícilmente accesible para los damnificados.

Además, y más allá de la inversión de la carga de la prueba, los jueces cuentan con **potestades ordenatorias e instructorias** que les permiten adoptar y ordenar todas las medidas de prueba que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos que tienen que juzgar. Todos los Códigos procesales atribuyen estas

facultades a los jueces para que conduzcan los procesos con celeridad y economía y para que arriben a un resultado ajustado a la realidad de los hechos que deben juzgar.

8. Pruebas anticipadas, diligencias preliminares, acceso a la información pública

Imaginemos esta situación: un policía pretende iniciar una demanda para obtener una indemnización por un accidente de trabajo y necesita acceder a su historia clínica en las juntas y comisiones médicas pues se trata de un elemento necesario para iniciar la demanda. A pesar de haberla requerido por vía extrajudicial, le es retaceada y no puede obtenerla.

Otro ejemplo. Un empleado es objeto de un sumario a raíz de un incidente que protagonizara por una supuesta ingesta de drogas. El análisis de las muestras de las que se valió el laboratorio de la Policía Federal para arribar al informe químico, por sus características, puede verse afectado por el mero transcurso del tiempo, lo que puede dificultar o hasta llegar a impedir la corroboración del informe químico efectuado en sede penal. Es evidente que el empleado tiene motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba.

¿Cómo se puede preservar una prueba de importancia estratégica que corre el riesgo de ser adulterada? ¿De qué modo se puede acceder a elementos probatorios de difícil obtención? ¿Cómo se consigue información esencial que está en poder de algún órgano administrativo y que es necesaria para preparar la demanda resarcitoria?

Las *diligencias preliminares* y las *pruebas anticipadas* que contemplan los códigos procesales (arts. 323 y 326 del CPCCN y concordantes en el orden local) e inclusive, un *pedido de acceso a la información pública* (ley 27275 y análogas en el orden local, como la ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) pueden facilitar la preparación de la demanda y la obtención y conservación de prueba relevante.

Recordemos que las *diligencias preliminares* tienen por objeto asegurar a las partes la posibilidad de plantear sus alegaciones en la forma más precisa y eficaz respecto a una demanda judicial que se desea intentar y para lo cual se carece de algún dato o información que deviene trascendente a ese fin y a la que no ha podido acceder mediante vías extrajudiciales. Es el medio al que podría recurrir el policía de nuestro ejemplo si las gestiones privadas intentadas siguieran sin dar resultado.

La *prueba anticipada*, que es una figura cercana a la anterior, posee como finalidad asegurar elementos probatorios, y se pide cuando quien va a ser parte actora en un pleito tiene razones justificadas para temer que su producción pu-

diere resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba. Sin duda, es la herramienta procesal que puede encauzar la situación del agente sumariado de nuestro segundo ejemplo.

El *pedido de acceso a la información pública*, previsto en el ámbito nacional en la ley 27275, a diferencia de la prueba anticipada y las diligencias previas que se realizan en sede judicial, se encauza a través de un procedimiento administrativo. Es gratuito (art. 6). No es necesario acreditar un derecho subjetivo o interés legítimo, ni justificar el pedido (art. 4). Únicamente indicar nombre y apellido, datos de contacto e identificar claramente la documentación o información que se solicita. La presentación debe hacerse ante el órgano administrativo que la posea o se presume que la posee (art. 9). Este recurso puede ser útil para obtener información necesaria para preparar la demanda de daños, por ejemplo, para averiguar datos referidos a una contratación que se dejó sin efecto afectando de este modo a un oferente, o cuáles fueron las medidas y acciones adoptadas por los órganos competentes para sanear un ambiente contaminado que causó daños a la salud de una determinada población, etc.

9. Relación entre la demanda resarcitoria y la acción penal. La prejudicialidad

Un mismo hecho dañoso puede originar varias acciones judiciales de distinta naturaleza. Por ejemplo, cuando una persona muere por una deficiente atención médica en un hospital, dicha muerte no solo posee implicancias a nivel de la responsabilidad patrimonial –estatal y/o personal de los médicos intervinientes– sino que al mismo tiempo compromete la responsabilidad penal de estos últimos. Mientras que en el ilícito patrimonial son los deudos los únicos interesados en que las consecuencias derivadas de aquel sean reparadas, con respecto al ilícito penal hay un interés público comprometido en su represión.

Cuando a raíz de un único hecho dañoso se inician acciones penales y resarcitorias, entre ambos procesos se entablan una serie de relaciones que están reguladas en los arts. 1774/1780 del CCyC.

Aunque el principio general del que debe partirse es el de la independencia entre la acción civil y la penal pues cada una posee autonomía conceptual y se sustenta en un régimen jurídico específico (BUSTAMANTE ALSINA, 1997), lo que sucede en la práctica es que cuando las dos acciones son promovidas simultáneamente se corre el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias. Esto ocurriría, por ejemplo, si en un contexto de lesiones derivadas de la mala praxis médica, en la sentencia penal se aseverase que el médico interviniente no esterilizó los instrumentos quirúrgicos antes de emplearlos en la víctima, mientras que en la sentencia civil se afirmara que dicho galeno efectivamente lo hizo.

A fin de resolver estos problemas el CCyC establece como **premisa general la de la suspensión del dictado de la sentencia del juicio de daños.**

En efecto, si al momento de promover la acción indemnizatoria se halla en trámite la acción penal, o si esta es intentada durante el curso de la primera, **el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal** (cónf. art. 1775 CCyC).

Para que la suspensión del dictado de la sentencia civil proceda, deben verificarse algunas condiciones:

- la existencia de una acción penal en curso,
- que ambas acciones hayan nacido del mismo hecho.

Es importante tener en cuenta que **la suspensión se produce únicamente respecto del dictado de la sentencia**, mas **no del trámite del proceso**, el cual podrá continuar su curso hasta tal acto procesal. Además **la suspensión cesa** luego de que quede firme la sentencia penal, ya sea que se trate de una condena, absolucón o bien de un sobreseimiento provisional.

Existen, no obstante, algunas excepciones a esta regla ya que el artículo 1775 CCyC establece **tres supuestos frente a los cuales no se suspende el dictado de la sentencia civil:**

- A) si median causas de extinción de la acción penal.** De acuerdo con el artículo 59 del Código Penal, según la modificación efectuada por la ley 27147, la extinción de la acción criminal se produce en estos casos: ante el fallecimiento del imputado, su amnistía, el transcurso del plazo correspondiente a la prescripción, la renuncia del agraviado –en los casos en que se trate de delitos de acción privada–, aplicación de un criterio de oportunidad según las leyes procesales, conciliación o reparación integral del perjuicio y por cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba.
- B) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado.** Esta es una excepción lógica ya que la excesiva demora de los procesos lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (“ATAKA”).
- C) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.** Si el fundamento de la demanda resarcitoria reposa en un factor de atribución objetivo (por ejemplo, el riesgo creado), la suspensión no procede, dado que el análisis que se realice en torno a la responsabilidad patrimonial no importará necesariamente el peligro de pronunciar sentencias contradictorias. Por ejemplo, imaginemos que por un desperfecto de una estufa se produce una fuga de monóxido de carbono en una escuela, lo que causa una explosión y la muerte de una maestra. En

ese caso, nacen dos acciones: una penal por el presunto delito de homicidio culposo y otra civil, por la responsabilidad por los daños y perjuicios producidos. Si en esta última se demanda al Estado exclusivamente por su calidad de dueño de la cosa riesgosa, la existencia de la acción penal –por ejemplo contra el personal de maestranza del colegio que tenía a su cargo la verificación de las condiciones de seguridad de las estufas del establecimiento escolar– no provoca la aludida suspensión del juicio patrimonial, pues el análisis que deberá efectuarse para que prospere el reclamo indemnizatorio no se apoya en los extremos a probarse en sede penal. Y ello de por sí reduce la posibilidad de dictar sentencias contradictorias.

Pero ¿qué pasaría si luego de dictada la sentencia civil, en el proceso penal se absuelve al imputado por considerar inexistente el hecho dañoso en el que intervino la cosa? En estos casos, el art. 1780 habilita **la revisión de la sentencia civil**.

10. Efectos de la condena penal sobre la acción de responsabilidad estatal

Si la sentencia penal es condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil tanto respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito como de la culpa del condenado. Es decir, estos dos aspectos no podrán ser revisados en el juicio de daños.

A su vez, **si la sentencia penal es absolutoria, con base en que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias tampoco pueden ser discutidas en el proceso resarcitorio.**

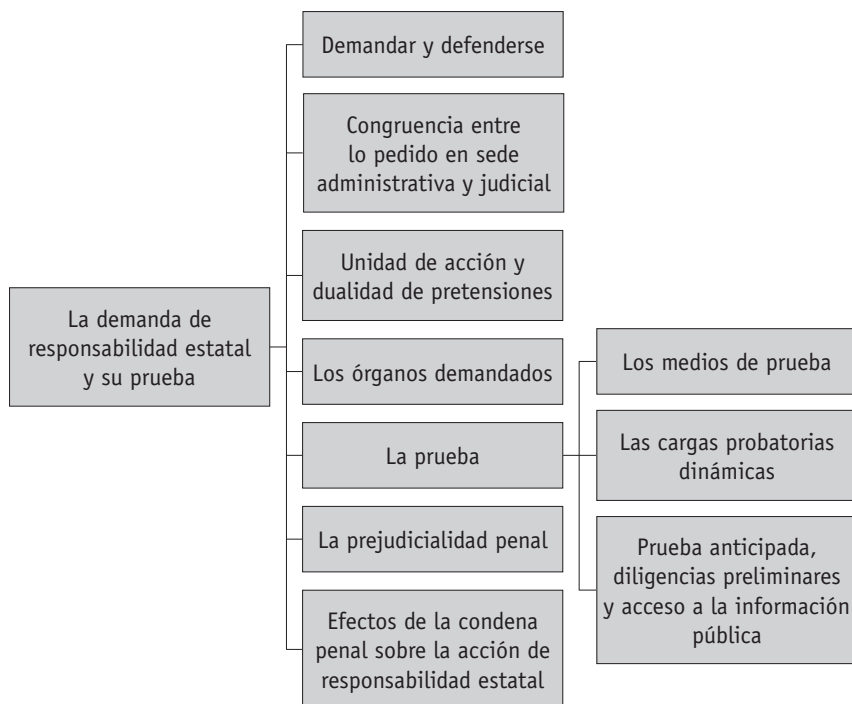
En cambio, si la sentencia penal decide que un hecho **no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad patrimonial.** Esto es así porque la circunstancia de que una conducta no sea reprochable desde la óptica penal no impide que pueda llegar a serlo desde la perspectiva del derecho de daños puesto que los bienes jurídicos que se amparan en una y otra sede son diferentes.

Finalmente, otra pauta relevante en este tema es la que introduce el art. 1780 del CCyC, ya que establece:

la sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y esta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b)

en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley.

Esquematizando



Bibliografía

- AGUILAR VALDEZ, OSCAR; CANOSA, ARMANDO; HALPERIN, DAVID; JUAN LIMA, FERNANDO Y POZO GOWLAND, HÉCTOR (DIRS.), *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BALBÍN, CARLOS F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y anotado.*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

- BOTASSI, CARLOS A. (DIR.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- BUSTELO, ERNESTO, “Ley de Responsabilidad del Estado 26944”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 909-999.
- CARRIÓ, GENARO R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- GORDILLO, AGUSTÍN & NIETO, ALEJANDRO *Las limitaciones al conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.
- CANOSA, ARMANDO, “Comentario a los artículos 30 y 31 de la Ley de procedimientos administrativos”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 455-464.
- MAIRAL, HÉCTOR, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARCER, ERNESTO, “Las condiciones especiales de admisibilidad de las acciones resarcitorias por la responsabilidad del Estado. El régimen federal y el de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 369-388.
- MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- RETMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SAENZ, JORGE A., “Prólogo al Tratado de Derecho Administrativo del Dr. Agustín Gordillo” en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/prologo_saenz.pdf.
- TAWIL, GUIDO S., (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

- TAWIL, GUIDO S., (DIR.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- VEGA, SUSANA Y CRIVELLI, JULIO C. “Obras públicas nacionales. Comentario a los artículos 34 de la Ley 13064” en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 413-613.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 319:1476).
- CSJN, “Ataka y Cía. Ltda. c/ Ricardo Gómez y otros s/ ejecución”, (Fallos: 287:248).
- CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 328:2654).
- CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (Fallos: 337:548).
- CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense) y otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:563).
- CSJN, “Serradilla, Raul Alberto c/ Mendoza Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 330:2748).
- CNCAE, en pleno, “Petracca e Hijos, S. A. y otros c. Gobierno nacional -Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos”, sentencia del 24/04/1986.

Jurisprudencia clave

CSJN, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento” (Fallos: 319:1476).

CSJN, “Ataka y Cía. Ltda. c/ Ricardo Gómez y otros s/ ejecución” (Fallos: 287:248).

CNCAF en pleno, “Petracca e Hijos, S. A. y otros c. Gobierno nacional-Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos”, sentencia del 24/04/1986.



CAPÍTULO 22

La sentencia condenatoria y su ejecución

Leer este capítulo te llevará:
40 minutos aproximadamente

1. La atribución de responsabilidad estatal y la condena a reparar daños

El esquema constitucional que conforma la estructura dogmática y axiológica de nuestro derecho administrativo responde al modelo del *rule of law*, régimen federal, división de poderes, sistema de frenos y contrapesos recíprocos y sometimiento de la Administración al control de los tribunales judiciales.

El Presidente de la Nación tiene prohibido ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109 CN) y toda la actuación de la Administración, federal y local, de cualquier naturaleza –actos administrativos, reglamentos, simples actuaciones materiales, contratos, etc.– está sujeta al control amplio del Poder Judicial de la Nación, de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 109, 116, 117, 122, 129 CN).

Conforme a este marco constitucional y dejando a un lado supuestos especiales como la expropiación o regímenes legislativos de responsabilidad estatal tarifada a los que nos referiremos seguidamente, la atribución de responsabilidad al Estado **se efectúa en el contexto de un proceso judicial en el que se juzga la existencia de los presupuestos del deber de responder y se condena a reparar los daños**. No rige en nuestro sistema un procedimiento administrativo para dirimir la responsabilidad patrimonial de la Administración, como sí existe en el Reino de España (ESTEVE PARDO, 2017) o en Francia (MORAND-DEVILLIER, 2017).

Es cierto que se verifican algunas situaciones que, al menos en apariencia, podrían considerarse anómalas a la luz de este paradigma.

En efecto, por un lado, el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos lleva a que múltiples órganos nacionales y locales tengan atribuciones para resolver controversias entre particulares y en este cometido, fijen sanciones y algún tipo de resarcimientos frente al incumplimiento de las normas de las que son autoridad de aplicación. Por ejemplo, las direcciones nacionales

o locales de defensa del consumidor pueden fijar daños directos a favor de los consumidores lesionados por entidades públicas proveedoras de servicios, como serían los bancos oficiales o las prestadoras estatales de servicios públicos; los entes reguladores también tienen atribuciones asignadas por los marcos regulatorios para ordenar a los concesionarios el reintegro de los gastos que tengan que afrontar los usuarios debido a roturas o desperfectos provocados por la provisión deficiente de los servicios. Y recordemos que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos es constitucional en la medida que se cumplan ciertas condiciones vinculadas con el sustento legal de las atribuciones que les han sido conferidas para resolver controversias, la independencia del órgano que las tiene asignadas y el control amplio por el Poder Judicial de la decisión adoptada (“FERNÁNDEZ ARIAS”, “ÁNGEL ESTRADA”).

Por otra parte, en su carácter de autoridad de aplicación de leyes que reconocen la responsabilidad estatal por la causación de ciertos daños (por ejemplo, por el atentado a la AMIA o a las víctimas del terrorismo de Estado), la Administración puede adjudicar los resarcimientos tarifados que estipulan tales normas en concepto de reparación.

No obstante, en ninguna de estas dos situaciones lo decidido por los órganos administrativos en ejercicio de potestades legislativas de la naturaleza antedicha es definitivo. Lo que así resuelven **no hace cosa juzgada y está siempre sujeto a la revisión judicial**. De modo de que en ningún caso la decisión administrativa que imputa o reconoce responsabilidad puede asimilarse a la atribución de responsabilidad y condena que imponen los jueces del Poder Judicial, que son los únicos que poseen autonomía e independencia institucional, cualidades de la que los órganos administrativos por regla general carecen (“ÁNGEL ESTRADA”).

2. Indemnizaciones estatales tarifadas

Sin necesidad de que exista una condena judicial previa, los Estados pueden reconocer su responsabilidad por la causación de ciertos daños en situaciones muy particulares en las cuales a tenor de los hechos dañosos y de la participación que el propio Estado asume haber tenido en aquellos, resulte altamente probable que sea condenado en un hipotético pleito resarcitorio articulado por la víctima (VINCENTI, 2008).

Para facilitar y agilizar la reparación de los damnificados y a la vez para delimitar el costo económico para las arcas públicas del pago de los hipotéticos resarcimientos a que hubiera lugar, se sancionan leyes especiales que instrumentan **regímenes de indemnizaciones tasadas o tarifadas**, que por lo general estipulan que la compensación económica que se reconoce a los damnificados se identifica con una escala salarial del empleo público (v.gr., el nivel A del escalafón de

empleados de la Administración Pública) o con una suma máxima de dinero por cada evento dañoso que se repara.

Si bien estos microsistemas de responsabilidad estatal no son novedosos (ya a mediados del siglo pasado la ley 14414 reconoció el pago de subsidios a quienes sufrieron perjuicios por el golpe de Estado de junio de 1955) han recobrado actualidad a raíz de los compromisos que la República Argentina ha ido asumiendo en el contexto de diversas denuncias realizadas en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a los derechos humanos que conllevan el deber estatal de reparar a las víctimas de tales violaciones.

Ejemplos de estos mecanismos de indemnizaciones tasadas se encuentran en varias leyes nacionales que establecen sistemas de beneficios a las víctimas del terrorismo de Estado (leyes 24043, 24411 y 25914); del atentado a la AMIA (ley 27139) y de la explosión de la Fábrica Militar Río Tercero (ley 27179). En el orden local, la ley 1575 de la Ciudad de Buenos Aires rige el reconocimiento de daños materiales causados por inundaciones en el ámbito porteño y la ley 12183 de la provincia de Santa Fe instituyó un régimen de reparación excepcional destinado a atender los menoscabos padecidos por los habitantes de zonas inundadas como consecuencia del desborde del río Salado durante 2003.

Habitualmente estas normas regulan un procedimiento administrativo a cargo de las autoridades de aplicación, que se encargan de tramitar y asignar los beneficios, a través del dictado de actos administrativos específicos, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos fijados por cada normativa. Esta decisión no es definitiva sino que siempre queda abierta a la revisión judicial, que por lo general se viabiliza a través de recursos directos que se interponen ante las cámaras de apelaciones con competencia territorial y material que corresponda.

Responsabilidad estatal por el atentado a la AMIA

El lunes 18 de julio de 1994 la sede porteña de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) sufrió un ataque terrorista con un coche bomba que dejó un saldo de 85 personas asesinadas y 300 heridas.

Con motivo del atentado, el Estado Argentino fue denunciado por un grupo de entidades ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su responsabilidad por la falta de adopción de medidas de prevención en el atentado.

En el marco de ese trámite, las partes suscribieron un acta en la cual el Estado Argentino reconoció su responsabilidad por la violación de los derechos humanos denunciada en la presentación efectuada ante la Comisión Interamericana. El Estado admitió que existió un incumplimiento de la

función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en la Argentina. También reconoció que existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación y una clara denegatoria de justicia.

En este marco, el Estado Argentino se comprometió a adoptar una serie de medidas, tales como la amplia difusión del reconocimiento de responsabilidad formulado y la promoción de la sanción de una ley de reparación para todas las víctimas del atentado.

Esta **ley** fue sancionada en 2015 con el número **27139. Ella otorga un beneficio extraordinario, por única vez, a las personas que hubiesen fallecido o sufrido lesiones graves o gravísimas** en el atentado. Este beneficio alcanza a todos los damnificados o a sus herederos o derechohabientes, hayan o no iniciado juicios por daños perjuicios contra el Estado nacional.

El Ministerio de Justicia es la autoridad de aplicación de la ley, y en tal carácter tramita todas las solicitudes del beneficio y tiene a su cargo comprobar, en forma sumarísima, el cumplimiento de los recaudos necesarios para su otorgamiento.

Según lo dispone la norma, la solicitud del beneficio debía efectuarse bajo “apercibimiento de caducidad, dentro de los ciento ochenta (180) días de la fecha de entrada en vigencia de la reglamentación de la ley”.

La resolución que deniegue en forma total o parcial el beneficio es recurrible dentro de los diez (10) días de notificada ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

3. La sentencia condenatoria y el procedimiento para hacerla efectiva

Cuando a través del desarrollo del proceso judicial el damnificado logró convencer a los magistrados intervinientes de que los hechos lesivos cuya autoría atribuyó a algún órgano estatal, ocurrieron del modo y con la gravedad con los que los describió, lo lógico es que la acción de responsabilidad sea acogida y que el Estado sea condenado a pagar, en un determinado plazo, una suma de dinero por cada uno de los rubros indemnizatorios por los que procedió la demanda.

Cuando esta sentencia condenatoria se satisface en tiempo y forma, el proceso judicial logra recomponer la situación dañosa y la víctima sale virtualmente indemne de aquella.

Ocurre, sin embargo, que dado que el Estado cuenta con ciertas prerrogativas vinculadas con la ejecución de las sentencias dictadas en su contra, en la práctica el cobro de las indemnizaciones impuestas por condenas judiciales firmes termina siendo un proceso tortuoso y sistemáticamente lento.

En efecto, aunque lo natural en un Estado de Derecho en el que rige la división de poderes y la tutela judicial efectiva es que dicho Estado cumpla en tiempo y forma los mandatos judiciales (PERRINO, 2015), lo cierto es que ya sea por cuestiones vinculadas con la planificación presupuestaria y la organización administrativa, la inembargabilidad de los fondos públicos, el carácter declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado Nacional o la situación de emergencia pública a la que aquel estuvo sometido durante varias décadas, lo más usual es que el damnificado se vea obligado a esperar varios años hasta poder hacerse de la indemnización que le ha sido acordada en una sentencia de condena.

Esta **tensión entre la existencia de un derecho ya reconocido como resultado de un proceso judicial y las concretas dificultades que tiene la víctima para percibir la indemnización** que le fue impuesta al Estado constituye uno de los puntos más débiles del régimen de responsabilidad estatal.

El sistema actual es engorroso y excesivamente dilatado en el tiempo. La LRE nada ha aportado para mejorar este estado de cosas, ya que no tiene ninguna previsión relativa a la ejecución de las sentencias condenatorias, lo que constituye sin duda uno de los mayores déficits de esta reciente legislación.

Vale aclarar que todo lo que venimos diciendo y expondremos de aquí en más está vinculado con el sistema de ejecución de sentencias de condena dictadas contra el Estado Nacional exclusivamente, ya que cada una de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires han regulado en forma autónoma el mecanismo de ejecución de sentencias condenatorias contra sus respectivos órganos estatales, siendo estos regímenes, en muchos casos (v.gr., Ciudad de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén) más simples y eficaces para los acreedores que el ordenamiento nacional.

4. ¿Qué quiere decir que las sentencias dictadas contra el Estado tienen carácter meramente declarativo?

El art. 7° de la ley 3952 de demandas contra la Nación establece el carácter *meramente declarativo* de las sentencias condenatorias dictadas contra el Estado Nacional.

A contrario de lo que podría pensarse a partir de una lectura aislada de esta previsión, ella no significa que el Estado no esté obligado a cumplir las sentencias dictadas en su contra, ni menos que aquel pueda decidir unilateralmente si las cumple o no. Esto sería contrario a principios básicos del Estado de Derecho como el derecho de defensa, la división de poderes y el derecho a la tutela jurisdiccional,

pues nunca podría haber tutela judicial efectiva si el Estado pudiera por su solo arbitrio no cumplir con las condenas judiciales que lo alcanzan.

En “PIETRANERA” la Corte Suprema interpretó esta norma legal diciendo que ella no significa una carta blanca para que el Estado no cumpla las sentencias, sino que su propósito es brindarle a la Administración la posibilidad de adoptar las medidas de índole presupuestaria o administrativa acordes a los mecanismos que regulan el funcionamiento de los órganos estatales. En esa dirección, el Superior Tribunal sostuvo que el propósito del precepto legal examinado:

no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde este punto de vista la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto. Por ello ha dicho este tribunal que el artículo 7º de la ley 3952 no descarta la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la administración pública (Fallos 253:312; 265:291).

De todo lo anterior se desprende que el carácter declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado se vincula con razones de *orden presupuestario o financiero*. Pero **el principio general es que el Estado está obligado a acatar y cumplir todas las sentencias judiciales**, ya que como ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación en diversas oportunidades:

el cumplimiento de una decisión judicial es incuestionable y en nuestra tradición jurídica tiene el carácter de dogma, máxime cuando el que debe cumplirla es el propio Estado –persona ética por naturaleza– que es el que debe empezar por dar el ejemplo (conf. Dict. 201:167; 212:14) (“DICTÁMENES 237:204”).

En conclusión, las sentencias condenatorias **son siempre obligatorias para el Estado pero, dado su carácter declarativo, en ciertas condiciones pueden carecer de fuerza ejecutiva, aunque solo temporalmente.**

5. El régimen ordinario de ejecución de sentencias contra el Estado

El bloque normativo que rige la ejecución de las condenas dinerarias que debe pagar el Estado Nacional es denso y heterogéneo.

Está integrado por normas legales y reglamentarias diversas, algunas de carácter permanente y otras transitorias, que abarcan tanto el procedimiento ordinario para lograr el cobro de una acreencia judicial como supuestos especiales vinculados con mecanismos de consolidación de estas deudas y su cancelación con bonos.

Nosotros solo nos referiremos al sistema común o general de ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero y dejaremos fuera de nuestras explicaciones el procedimiento aplicable para el cobro de deudas previsionales y de aquellas que fueron consolidadas en virtud de diversas leyes de emergencia (ley 23982, ley 25344, etc.). Estos regímenes de excepción suspendieron el cumplimiento de las sentencias condenatorias y contemplaron un sistema de quitas y de pago mediante la entrega de bonos de consolidación, lo que significó para el Estado poder cancelar tales obligaciones a plazo, en efectivo o con bonos, sometiendo al acreedor a una espera y reemplazando los intereses ordenados en la sentencia, por los previstos en las leyes de consolidación (ADAGLIO, 2012).

El régimen común, ordinario o normal **para efectivizar una condena judicial dineraria a cargo del Estado Nacional** se asienta en tres premisas:

1. la necesidad de la realización de **la previsión presupuestaria**, que es contemplada en el art. 22 y ss. de la ley 23982, en la ley 11632 complementaria permanente de presupuesto, en la ley 24624, ley 25401 y en otras disposiciones legales complementarias;
2. **la existencia de fondos suficientes una vez realizada la reserva**, ya que como los pagos se efectúan siguiendo un “estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial” (art. 20 ley 24624) es posible que el crédito, aun habiendo sido previsionado, no pueda saldarse por el agotamiento de las partidas asignadas a tal fin en el presupuesto, por lo cual el acreedor deberá esperar hasta el ejercicio siguiente o subsiguiente (art. 95 ley 25401);
3. **la inejecutabilidad de la sentencia –y la consiguiente inembargabilidad de fondos públicos–** durante el ejercicio en que fue previsionado el crédito, y eventualmente, durante el ejercicio presupuestario subsiguiente.

Veamos:

1. Necesidad de previsión presupuestaria y existencia de partidas presupuestarias para atender la condena: las condenas judiciales solo pueden ser canceladas si cuentan con el pertinente respaldo en la ley de presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida.

El presupuesto anual cuenta con partidas específicas para atender acreencias judiciales, pero por razones de ordenamiento administrativo y racional administración de los recursos públicos, es necesario que aquellas sean previstas anualmente.

Con este propósito el art. 22 de la ley 23982 y sus normas complementarias obligan al Poder Ejecutivo a comunicar al Congreso de la Nación todos los requerimientos de pago surgidos de sentencias judiciales firmes a fin de que aquellos sean contemplados y atendidos en el ejercicio presupuestario del año siguiente.

Además dicha ley dispone que las condenas serán satisfechas con los recursos que anualmente autorice el Congreso “siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial” y que producido su agotamiento, se atenderá el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente. No basta entonces con prever el crédito porque podría ocurrir que incluso habiéndose previsto, los requerimientos de pago superen las partidas presupuestarias aprobadas para tal fin.

Esto significa que una vez reservado el crédito para atender la condena judicial, su ejecución entra en una **etapa de paralización temporal**. El acreedor solo podrá ejecutar su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo. En el supuesto de que las partidas previstas se agotaran porque se habían pagado antes créditos de una fecha de antigüedad mayor, operarían un nuevo diferimiento por un año más.

No se produce esta paralización y, por ende, el acreedor está facultado a ejecutar la condena dineraria, cuando el Estado deudor incumple con la obligación que le impone el art. 22 de la ley 23982 de efectuar la reserva presupuestaria pues no es admisible que el Estado Nacional demore el acatamiento de un fallo judicial mediante el incumplimiento de un deber legal (“**GIOVAGNOLI**”).

2. **Inembargabilidad de los fondos públicos**: las leyes 24624 y 25973 contemplan la inembargabilidad de los fondos destinados a la ejecución del presupuesto general de gastos y recursos del Estado Nacional. Por ende, este régimen, en principio, impide al acreedor de una condena judicial embargar bienes estatales susceptibles de ejecución para cobrarse sobre su producido.

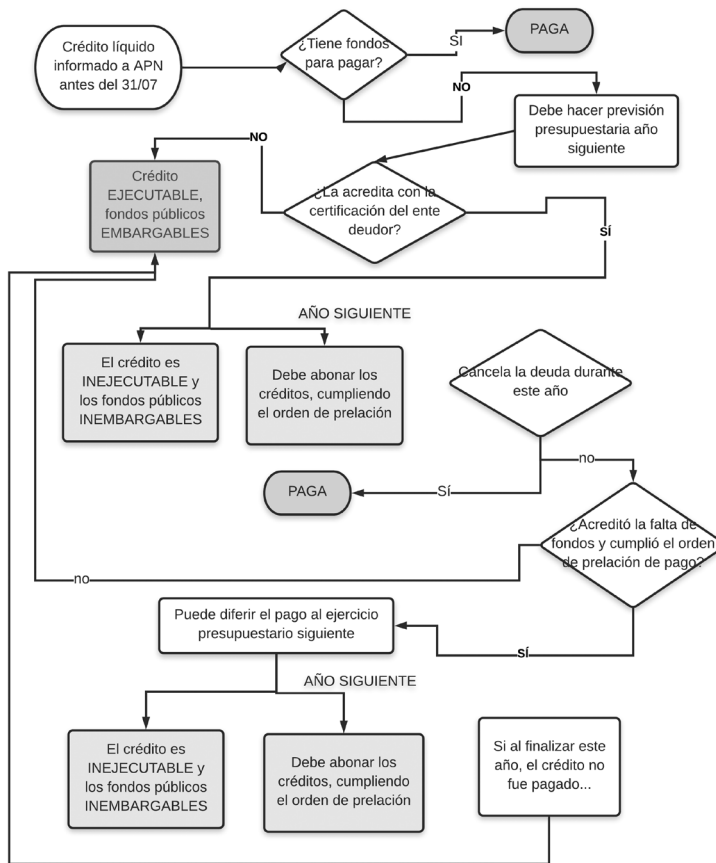
¿Qué ocurre entonces con el acreedor? ¿De qué bienes podrá valerse para cobrar su indemnización?

El modo de **armonizar el derecho del acreedor a cobrar la suma acordada en una condena judicial y los principios de previsión presupuestaria e inembargabilidad de los fondos públicos** es comprender que la sentencia dictada contra el Estado Nacional es de cumplimiento obligatorio pero queda diferida temporalmente. Mientras se está ejecutando el ejercicio presupuestario en el que fue previsionada la condena judicial o el subsiguiente, si llegan a agotarse las partidas del año anterior, el acreedor debe esperar.

El régimen confiere al Estado Nacional la prerrogativa de diferir por única vez el pago de la condena en el supuesto de que se agote la partida presupuestaria correspondiente al ejercicio en el que se encontraba prevista su cancelación. Mientras esto suceda, la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución presupuestaria se mantiene plenamente (“**CURTI**”).

Pero si el Estado deudor omitió realizar la previsión presupuestaria a pesar de haber sido notificado de la condena firme y líquida (“GIOVAGNOLI”, “ROQUE REYMUNDO”); si no acredita el agotamiento de la partida; si incumple el orden de prelación para el pago o si concretado el diferimiento, transcurre el ejercicio sin que se verifique la cancelación de la condena dineraria, (“CURTI”), el acreedor está legitimado para ejecutar su crédito.

Visualicemos en el siguiente esquema los **pasos que deben seguirse cada vez que el Estado carezca de fondos para hacer frente al pago de una condena judicial firme y líquida:**



1. Si la sentencia que ordena el pago de una suma de dinero líquida es notificada antes del 31 de agosto (art. 20 de la ley 24624) y el organismo deudor prueba la insuficiencia de fondos para satisfacer el crédito con los fondos del presupuesto de ese año (mediante una constancia emitida por el servicio administrativo contable de la jurisdicción deudora acerca de la carencia efectiva de partida para atender el pago), el crédito debe

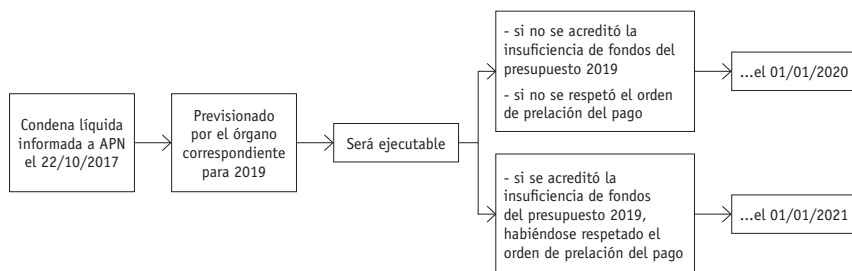
ser previsionado para ser incluido en el ejercicio financiero del año inmediato posterior. La previsión presupuestaria **es un deber del deudor** y su realización se acredita en el juicio mediante una certificación que extiende el servicio administrativo contable del organismo o entidad involucrado (ADAGLIO, 2012).

2. Dentro del período anual en el que se ejecuta la ley de presupuesto en la que se incluyó la condena impuesta en la sentencia esta es inejecutable (art. 22 de la ley 23982 y art. 19 ley 24624).
3. Si el crédito no fue cancelado durante el ejercicio presupuestario en el cual fue previsionado y el Estado Nacional acredita fehacientemente el agotamiento de las partidas presupuestarias para atenderlo –mediante una certificación extendida por el servicio administrativo contable del organismo–, **se abre un nuevo período de espera de un año**, durante el cual la sentencia sigue siendo inejecutable (art. 22 de la ley 23982, art. 19 de la ley 24624 y 25 de la ley 26895, incorporado como art. 170 de la ley 11672, complementaria permanente de presupuesto).
4. Si concretado este diferimiento, transcurre este nuevo plazo de un año y la condena no es cancelada, el acreedor está facultado para ejecutar el crédito (“**CURTI**”), por lo que podrá pedir el embargo de cuentas y fondos públicos.

Para ejemplificar todo lo dicho hasta aquí, imaginemos:

¿Cuándo se puede cobrar la indemnización?

El 22 de octubre de 2017 se notificó al Ministerio de Educación la liquidación definitiva de una condena a pagar una indemnización de daños y perjuicios. El deudor informa que no cuenta con partidas presupuestarias para proceder a su pago. ¿Cuándo sería ejecutable la sentencia?



6. Los dilemas constitucionales del régimen ordinario de pago de sentencias condenatorias del Estado

Como acabamos de ver, la aplicación del régimen vigente conduce a que, por regla general, las víctimas de daños atribuibles al Estado deban tener que esperar varios años para cobrar las indemnizaciones que les fueron acordadas por una sentencia judicial.

La pregunta surge inmediatamente. ¿Es esto compatible con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral?

Es paradójico que aunque la Corte Suprema haya promovido enfáticamente en su jurisprudencia la protección y el amparo de las víctimas del accionar o las omisiones estatales, la habitual y corriente postergación del pago de las indemnizaciones por daños no haya merecido reproches desde la perspectiva constitucional. Sobre todo, cuando las sentencias cuyo cumplimiento se difiere en el tiempo apuntan a recomponer daños extrapatrimoniales irrogados a la salud, a la vida o a la integridad física o emocional de los seres humanos pertenecientes a grupos especialmente vulnerables (discapacitados, ancianos, niños).

No estamos hablando aquí de mecanismos que posponen el pago de las condenas por razones de emergencia pública y para remediar el déficit económico financiero del Estado Argentino. Estos regímenes de excepción, como el diferimiento del plazo de pago de las sentencias, la consolidación de deudas judiciales o la entrega de bonos del Tesoro Nacional para saldar acreencias han sido avalados jurisprudencialmente en tanto y en cuanto importen suspensiones temporales de los efectos de las sentencias firmes y no alteren la sustancia de los derechos reconocidos en los pronunciamientos judiciales (“PERALTA”; “VIDELA CUELLO”, “GUTIÉRREZ”).

Lo que estamos poniendo en cuestión es el régimen actual y permanente de pago de acreencias judiciales que, sin invocar ninguna emergencia pública, establece un mecanismo que normalmente impide ejecutar una sentencia indemnizatoria por varios años.

Es verdad que en situaciones excepcionales, vinculadas con discapacidades graves (“COTS”), edad avanzada de la víctima (“IACHEMET”), rubros indemnizatorios destinados a afrontar de inmediato terapias psiquiátricas, estéticas y kinesiológicas, la compra de material ortopédico o tratamientos de rehabilitación (“GUTIÉRREZ”, “ESCOBAR”) o severos problemas de salud (“M.M.M.G”, “CAMAL”) la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de los sistemas de consolidación de deuda pública dispuestos por las leyes 23982 y 25344.

Pero cuando estos cuadros igualmente dramáticos se presentan en el marco de la aplicación del sistema normal, regular u ordinario de ejecución de sentencias,

este no ha tenido cuestionamientos de constitucionalidad. Solo en algunos casos extremos, considerando la naturaleza de los hechos y las características de los daños de cuya indemnización se trata, algunos tribunales de segunda instancia han exhortado al Estado deudor a abonar la indemnización en forma inmediata y voluntaria para que las víctimas no se vieran obligadas a la ejecución forzada (v.gr., “A., R.H.”, en la que dos niñas reclamaban por la muerte de sus padres en un contexto de violencia familiar, en la que la policía interviniente omitió proveer el deber de seguridad que tenía a su cargo y en “CACHAMBI”, donde la joven esposa y las dos hijas pequeñas de un capitán de la Armada reclamaban por los daños causados por su fallecimiento a raíz de un accidente de servicio que se produjo cuando estaba destinado en la Antártida).

Aunque es doctrina del Tribunal Supremo que cuando se evalúan situaciones vinculadas con la cobertura de daños de carácter extrapatrimonial de índole alimentaria es necesario efectuar un análisis particularmente cuidadoso a favor de los derechos de los beneficiarios (“DUPUY”), el mecanismo ordinario de cancelación de las sentencias judiciales no contempla ningún tipo de situación particular que justifique apartarse de su régimen. Tampoco la reciente LRE ha incluido un mecanismo específico de pago de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual del Estado ni ha excluido del sistema general supuestos particulares que merecerían una tutela constitucional preferente, como serían aquellos vinculados con personas con discapacidad, niños o ancianos; o cuando, en general, el resarcimiento se refiere a daños a la integridad psicofísica que apuntan a remediar el proceso de degradación de la salud integral mediante una rehabilitación oportuna y una atención inmediata.

Esta deficiencia es notoria porque incluso diversas leyes de emergencia que establecieron mecanismos de consolidación de deuda pública han contemplado situaciones de excepción en casos de grave vulnerabilidad de los acreedores (“CAMAL”). Así por ejemplo, el art. 18 de la ley 25344 prescribe:

el Poder Ejecutivo en la reglamentación establecerá un límite mínimo de edad a partir del cual se podrá excluir de la consolidación que se establece por la presente, a titulares de créditos previsionales derivados del régimen general. Asimismo se podrá disponer la exclusión cuando mediaren circunstancias excepcionales vinculadas a situaciones de desamparo e indigencia en los casos en que la obligación tuviere carácter alimentario.

Mutatis mutandi, la ley de medidas cautelares –ley 26854– también contempla situaciones especiales a las cuales exceptúa del régimen general, entre ellas: **la afectación a derechos de sectores socialmente vulnerables** o cuando **se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental**. En esos casos, se exceptúan: la obligación de informe previo de la Administración (art. 4), la necesidad de un plazo de vigencia de la medida cautelar (art. 5), la imposibilidad de dictar medidas cautelares por parte

de jueces incompetentes (art. 2), el efecto suspensivo del recurso de apelación (art. 13), entre otros.

Como en el derecho presupuestario rigen normas de orden público, es lógico y razonable que la cancelación del pasivo estatal se realice según pautas ordenatorias. Pero lo que es insostenible es que en tiempos de Administración 3.0 sean necesarios tres o cuatro ejercicios presupuestarios para controlar el orden en el que el Estado paga sus acreencias. Por eso es necesario *deconstruir* el remanido argumento de que el art. 22 de la ley 23982 establece un mecanismo que procura armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia puesto que, en verdad, las razones por las cuales el Estado paga tarde es el rojo fiscal permanente de las cuentas públicas que hizo siempre difícil o imposible que pague a todos sus deudores en tiempo y forma.

El déficit estructural que padecen las cuentas públicas y no la necesidad de provisionar las acreencias es lo que impide al Estado nacional pagar debidamente a sus acreedores judiciales.

Pero ocurre que, como hemos dicho tantas veces, la responsabilidad estatal tiene sustento constitucional y supranacional. La protección a la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo constituye un rasgo dominante del principio *pro homine*. Se trata de un derecho preexistente a toda legislación positiva y resulta garantizado por la Constitución Nacional. El ser humano, eje y centro del sistema jurídico, constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (“CAMPODÓNICO DE BEVIACQUA”, “FLOREANCIG”).

Incluso enfocado el tema desde el sistema interamericano de los derechos humanos, vemos que el art. 27 de la CADH establece que las razones de emergencia que afecten la seguridad del Estado no autorizan la suspensión, siquiera limitada o transitoria, del derecho a la vida y a la integridad física, reconocidos por los arts. 4 y 5 de aquel Pacto. Y en relación con la discapacidad y a la niñez, la Convención sobre los derechos de las personas discapacitadas y la Convención sobre los derechos del niño también imponen estándares internacionales que obligan a cumplir sin demora las sentencias que involucran a los tutelados por estos pactos.

Frente a este paradigma es evidente que **el sistema ordinario de pago de deudas judiciales presenta deficiencias a nivel constitucional** pues no establece distinciones ni preferencias entre los acreedores. Dentro de este universo tan heterogéneo, el régimen general no registra si el origen de la acreencia es una actuación ilícita o lícita del Estado ni tampoco pondera cuál puede ser la gravedad del cuadro que presenta la víctima a consecuencia de la irregularidad estatal cometida. Todos los acreedores por sentencia judicial –tanto un contratista al que judicialmente se le ha reconocido el derecho a cobrar una factura por provisión de artículos de librería como una víctima menor de edad que ha padecido una

incapacidad severa a raíz de un episodio de *gatillo fácil*– deben aguardar años para cobrar su acreencia.

Y con esta falta de diferenciación entre situaciones que son esencialmente diversas se pone en tensión la existencia misma de la responsabilidad del Estado, en la realidad de los hechos y más allá de toda teorización.

Por eso, y aunque el mecanismo de previsión presupuestaria pueda ser idóneo a los efectos de sistematizar la gestión de los pagos de las deudas del Estado, se impone contemplar por vía legal situaciones especiales derivadas de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita del Estado que queden por fuera del régimen general de espera.

Ejemplos de lo dicho se manifiestan cuando se indemnizan graves discapacidades; cuando la víctima tiene la necesidad de afrontar en forma inmediata terapias reparadoras, intervenciones quirúrgicas o tratamientos; cuando la reparación cumple una función alimentaria o, en términos generales, cuando la postergación del pago de la sentencia resarcitoria en los hechos neutraliza los efectos de la cosa juzgada y desvirtúa el sentido reparatorio de las indemnizaciones.

La efectivización inmediata de la reparación fijada en contextos fácticos de estas características importa un imperativo de justicia porque de no ser así, el derecho a la reparación solo se cubriría en apariencia.

Será necesaria, entonces, una reforma legal que contemple la situación que exponemos, y hasta que ello ocurra, quedará a cargo de los abogados convencer a los jueces de que frente a situaciones particulares de alto nivel de vulnerabilidad es justo apartarse del régimen general, porque este resulta inadecuado para dar una respuesta inmediata a una situación que así lo requiere.

El caso Furlan

En el caso “*Furlan y Familiares contra Argentina*” la CIDH declaró la responsabilidad del Estado Argentino por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal y a las garantías judiciales. En este marco, el Tribunal internacional tuvo oportunidad de examinar el sistema de ejecución de sentencias dispuesto por la ley 23982, particularmente en lo referido al sistema de consolidación de deudas y pago con bonos que dicha norma contempla.

Según se desprende de la ficha del caso disponible en http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_246_esp.pdf, el 21 de diciembre de 1988, con 14 años de edad, Sebastián Furlan ingresó con fines de esparcimiento a un predio, propiedad del Ejército Argentino, que no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera su ingreso, hasta

el punto que “era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes”. Una vez, allí, el menor intentó colgarse de “un parante transversal o travesaño” perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él, le golpeará con fuerza la cabeza y le ocasionara pérdida instantánea del conocimiento. A raíz del accidente estuvo en coma e internado durante más de dos meses. Posteriormente, mientras estaba en recuperación, Sebastián Furlan tuvo dos intentos de suicidio. Como resultado de todo este cuadro se le diagnosticó un 70% de discapacidad.

Su padre interpuso una demanda el 18 de diciembre de 1990 contra el Estado con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo.

Doce años después de planteada la demanda se dictó sentencia en su favor y se estableció que el daño sufrido por Sebastián Furlan fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio.

El resarcimiento reconocido quedó comprendido dentro del sistema de consolidación de deuda pública previsto por la ley 23982. Vale recordar que dicha ley estipuló dos formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo.

Teniendo en cuenta las precarias condiciones en las que se encontraba y la necesidad de una rápida obtención del dinero, Danilo Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional. El 12 de marzo de 2003 el Estado entregó 165.803 bonos al beneficiario. Ese mismo día Danilo Furlan vendió dichos bonos. Tomando en cuenta que Sebastián Furlan tuvo que pagar honorarios a su apoderado por un valor de 49.740 bonos y una parte de las costas procesales, Sebastián Furlan recibió en definitiva 116.063 bonos, equivalentes a 38.300 pesos argentinos aproximadamente, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

La CIDH declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales, quienes a criterio del Tribunal incurrieron en violación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable.

En lo que hace al tema que venimos tratando, la CIDH consideró que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, por cuanto se encontró probado que Sebastián Furlan debía recibir \$130.000 pesos argentinos y realmente cobró aproximadamente \$38.000 pesos argentinos, lo cual es un monto excesivamente menor al que había sido inicialmente ordenado.

El Tribunal indicó que las autoridades administrativas nunca tuvieron en consideración que al aplicarse la modalidad de pago establecida en la ley 23982 se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlan para una adecuada rehabilitación y mejores condiciones de vida, teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad. En este sentido, la Corte manifestó que habría sido necesario que las autoridades que ejecutaron la sentencia judicial hubieran realizado una ponderación entre el estado de vulnerabilidad en el que se hallaba Sebastián Furlan y la necesidad de aplicar la ley que regulaba estas modalidades de pago. El Tribunal también afirmó que la autoridad administrativa debía prever este tipo de impacto desproporcionado e intentar aplicaciones alternativas menos lesivas respecto a la forma de ejecución más perjudicial para las personas en mayor vulnerabilidad. Por tanto, el Tribunal concluyó que la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización a Sebastián Furlan no fue efectiva y generó su desprotección judicial por cuanto no cumplió la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos mediante la sentencia judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior, la CIDH consideró que se vulneró el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, consagrados en los artículos 25.1, 25.2.c) y 21, en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Furlan.

7. *Astreintes*

Una de las características de la noción de *jurisdicción* es la facultad que tienen los jueces para hacer cumplir sus decisiones. Cuando quien es condenado a través de una medida cautelar o una sentencia definitiva no acata los términos de la sentencia que lo alcanza en tiempo y/o en forma, los jueces pueden imponerle sanciones para forzarlo a hacerlo.

En el orden nacional las *astreintes* (que en francés significa ‘multas’) están contempladas en los arts. 37 y 513 del CPCCN. Los códigos procesales locales también las prevén como medios de coerción para el incumplidor e incluso algunos de los códigos provinciales procedimentales más recientes facultan a los jueces a imponerlas directamente en la persona del funcionario responsable del organismo que incurre en incumplimiento (v.gr., art. 30 CCAyT Ciudad de Buenos Aires).

En el día a día del proceso judicial, las *astreintes* son la culminación de una serie, más o menos larga, de intimaciones al condenado para que dé cumplimiento

con la obligación de dar o de hacer impuesta en una sentencia, interlocutoria o definitiva.

Las *astreintes* procuran vencer la resistencia del incumplidor creando a través de las intimaciones que preceden la imposición de ellas, una presión psicológica que mueva al remiso a cumplir; de allí que los jueces las gradúan con la intensidad que sea necesaria para doblegar la resistencia del obligado. Frente a la porfía de este, el juez concreta las amenazas previas y aplica la multa que fue anticipada en los apercibimientos, que consistirá en el pago de una suma de dinero (\$500, \$1000, etc.) por cada día de demora en el cumplimiento de la orden judicial. Como las *astreintes* poseen carácter provisional y no causan estado, pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas en cualquier momento luego de que el remiso dé cumplimiento a la sentencia (cónf. art. 37 *in fine* CPCCN).

El Estado, como cualquier otro litigante, puede verse expuesto a la aplicación de *astreintes* cuando no cumple las obligaciones que se le imponen en una sentencia en tiempo y forma.

Sin embargo, al sancionarse el CCyC se incorporó al art. 804 que regula las *astreintes* de una forma semejante a la que lo hacía el art. 666 bis del Código Civil un párrafo que prevé que "la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo". A su vez, si bien la LRE no alude expresamente a las *astreintes*, su art. 1° *in fine* dispuso que "las sanciones pecuniarias disuasivas son improcedentes contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

¿Cómo deben interpretarse estas disposiciones? ¿La ley permite o prohíbe aplicar *astreintes* a la Administración? **¿Si la LRE, que es una norma propia del derecho administrativo, nada regula sobre el particular, significa que en los pleitos de responsabilidad las autoridades públicas no pueden ser objeto de multas en caso de no cumplir las sentencias?**

Definitivamente, no. Derivar del art. 804 del CCyC o del art. 1 *in fine* de la LRE estas consecuencias es incorrecto y debe descartarse.

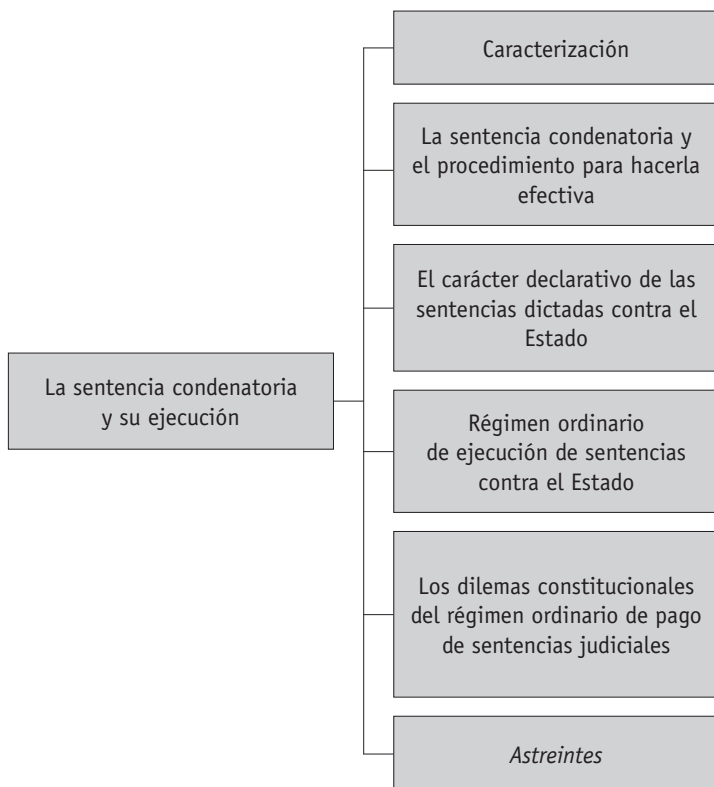
Es verdad que la LRE no dispone nada acerca de las *astreintes* o de otros modos de compeler a los renuentes a cumplir los deberes impuestos en una resolución judicial, pero de ello no se sigue que no puedan aplicarse *astreintes al Estado* ("BERNARDES") – independientemente de lo que dispone el art. 9° de la ley de medidas cautelares 26854 con respecto a la imposibilidad de sancionar a los funcionarios a título personal– ni que, más específicamente, las sentencias que se dicten en juicios de responsabilidad estatal escapen de la aplicación de estas multas.

Las *astreintes* son medidas de índole procesal y por ello están reguladas en los códigos de forma. Tal como dijimos, así lo disponen el art. 37 del CPCCN y la gran mayoría de los códigos procesales provinciales, que no distinguen según el carácter público o privado del incumplidor. Además, en sentido estricto, el

art. 804 del CCyC tampoco impide actualmente la aplicación de *astreintes* al Estado sino que remite a lo que disponga la normatividad administrativa. Por ende, y en síntesis, no existe obstáculo para imponerlas al Estado frente a la falta de cumplimiento de un mandato judicial.

Es que sería directamente inmoral que el Estado, persona ética por excelencia, pretenda quedar al margen de la aplicación de sanciones por incumplimiento de las sentencias judiciales cuando el deber de acatar y cumplir todas las sentencias judiciales, tanto para el Estado como para los particulares, en “nuestra tradición jurídica es una especie de dogma” (“DICTÁMENES” 237:204).

Esquematisando



Bibliografía

- ADAGLIO, ALEJANDRO, “Procedimientos administrativos y ejecución de sentencias contra el Estado”, en AGUILAR VALDEZ, OSCAR; CANOSA, ARMANDO; HALPERIN, DAVID; JUAN LIMA, FERNANDO Y POZO GOWLAND, HÉCTOR (DIRS.), *Procedimiento Administrativo*, Tomo 4, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1207-1248.
- AGUILAR VALDEZ, OSCAR; CANOSA, ARMANDO; HALPERIN, DAVID; JUAN LIMA, FERNANDO Y POZO GOWLAND, HÉCTOR (DIRS.), *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Beneficio reparatorio a las víctimas del atentado a la Amia. Ley 27.139. Recuperado de: <http://www.jus.gob.ar/la-justicia-argentina/beneficio-reparatorio-a-las-victimas-del-atentado-a-la-amia.aspx>.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Lecciones de Derecho administrativo*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2017.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- LEYES REPARATORIAS. “Reparación para víctimas de terrorismo de Estado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/leyesreparatorias>.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- PERRINO, PABLO E., *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PERRINO, PABLO E., “Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional”, en CICERO, NIDIA K. (DIR.), *Legislación Usual Comentada – Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 497-527.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- REIJMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SCHAFRIK, FABIANA, “La ejecución de sentencias contra el Estado y el respeto a la tutela judicial efectiva”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 11-2017, p. 394-440.
- TAWIL, GUIDO S., (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

- TAWIL, GUIDO S., (DIR.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- VINCENTI, ROGELIO, “Responsabilidad tarifada del Estado”, en *Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 593-612.
- Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- El Derecho Administrativo Argentino, hoy. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- Responsabilidad del Estado. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la profesora María Graciela Reiriz*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

Jurisprudencia

- CSJN, “Ángel Estrada Y CIA. S.A. c/ RESOL. 71/96 - Sec. Energ. y Puertos (Expte. N°750-002119/96) s/ recurso extraordinario” (Fallos: 328:651).
- CSJN, “Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración” (3/03/2020)
- CSJN, “Camal, Liliana Beatriz y otro c/ Ministerio del Interior Policía Fed. Compl. Pol. Churruca s/ responsabilidad médica” (Fallos: 326:1733).
- CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos: 323: 3229).
- CSJN, “Cots Libia Elda c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y obras y servicios públicos y otros s/sumario s/ Incidente de embargo” (Fallos: 336:244).
- CSJN, “Recurso Queja N° 2 - Curti Gustavo Alberto - Inc. ejec. sent. - y otros c/ EN - Min. de Defensa - Ejército - Dto 1104/05 1053/08 Y OTRO s/Proceso de ejecución” (Fallos: 339:1812).
- CSJN, “Dupuy Daniel Oscar y otros c/ Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/ daños y perjuicios res. prof. médicos y aux.” (Fallos: 334:1361).
- CSJN, “Escobar, Héctor Oscar c/ Fabrizio, Daniel - Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino s/ sumario” (Fallos: 318:1593).

- CSJN, “Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José s/ suc.” (Fallos: 247:646).
- CSJN, “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo” (Fallos: 329:2552).
- CSJN, “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro” (Fallos: 322:2132).
- CSJN, “Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios (acc. tránsito c/ lesiones o muerte)” (Fallos: 321:1984).
- CSJN, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)” (Fallos: 316:779).
- CSJN, “M.M.M.G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/incidente familia” (Fallos: 334:842).
- CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo” (Fallos: 313:1513).
- CSJN, “Pietranera, Josefa y otros c/ Nación. Chiodetti, Remo José y otros c/ Nación” (Fallos: 265:291).
- CSJN, “Roque Reymundo e hijos S.A.C.I.F.A.I. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4170).
- CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 313:1638).
- CNCAF, Sala II, “A., R.H.”, y Otra c/ E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios.”, sentencia del 11/07/2017.
- CNCIVCOMF, Sala III, “Cachambi de González, Mónica Andrea c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 18/09/2014.

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

Dictámenes 237:204.

Jurisprudencia clave

- CSJN, “Camal, Liliana Beatriz y otro c/ Ministerio del Interior Policía Fed. Compl. Pol. Churruca s/ responsabilidad médica” (Fallos: 326:1733).
- CSJN, “Cots Libia Elda c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y obras y servicios públicos y otros s/sumario s/ Incidente de embargo” (Fallos: 336:244).
- CSJN, “Recurso Queja N° 2 - Curti Gustavo Alberto - Inc. ejec. sent. - y otros c/ EN - Min. de Defensa - Ejército - Dto 1104/05 1053/08 Y OTRO s/Proceso de ejecución” (Fallos: 339:1812).

- CSJN, “Escobar, Héctor Oscar c/ Fabrizio, Daniel - Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino s/ sumario” (Fallos: 318:1593).
- CSJN, “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro” (Fallos: 322:2132).
- CSJN, “Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios (acc. tránsito c/ lesiones o muerte)” (Fallos: 321:1984).
- CSJN, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)” (Fallos: 316:779).
- CSJN, “M.M.M.G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/incidente familia” (Fallos: 334:842).
- CSJN, “Pietranera, Josefa y otros c/ Nación. Chiodetti, Remo José y otros c/ Nación” (Fallos: 265:291).
- CSJN, “Roque Reymundo e hijos S.A.C.I.F.A.I. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:4170).
- CNCAE, Sala II, “A., R.H. y Otra c/ E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2017.
- CNCIVYCOMF, Sala III, “Cachambi de González Mónica Andrea c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 18/09/2014.







